

WYROK

z dnia 13 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**
Izabela Niedziałek-Bujak
Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, Trakcja System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Track Tec Construction Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i Intop Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;
- B. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców: **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, Trakcja System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie i Trakcja System Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Jednostka prowadząca postępowanie - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji z/s w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie i wykonanie robót dla zadania pn. „Rewitalizacja linii kolejowej nr 181 Herby Nowe – Oleśnica na odcinku Kępno – Oleśnica z elektryfikacją”, nr. Ref.: 9090/IRZR3/22165/06125/22/P, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. UE. 2023/S 001-000102 w dniu 02.01.2023 r.

Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w składzie: PORR S.A. Warszawa (lider konsorcjum) i Trakcja System Sp. z o.o. Wrocław („Odwołujący”) dnia 23 października 2023 r. wniósł odwołanie i zaskarżył czynności i zaniechania Zamawiającego polegające na nieprawidłowym dokonaniu czynności badania i oceny ofert oraz w konsekwencji wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. („PNIUIK”).

Czynności Zamawiającego zarzucił naruszenie:

2.1. art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty PNIUIK jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy ceny zaoferowane za wykonanie istotnych części składowych oferty tj.:

- „Dostawa, montaż zewnętrznych urządzeń srk” (pkt. 2.3.3.1 Tomu IV SWZ -RCO),
- „Wzmocnienie podtorza” (pkt. 2.1.8 Tomu IV SWZ -RCO), są nierealne, nie pozwalają na należyłą realizację przedmiotu zamówienia, co prowadzi do wniosku, że zaoferowana przez PNIUIK cena ofertowa jest rażąco niska,

2.2. art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty PNIUIK z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż nie uwzględnia pełnego zakresu koniecznego do realizacji zamówienia w zakresie pkt. 2.3.3.1 Tomu IV SWZ (RCO) - Dostawa, montaż zewnętrznych urządzeń srk, podczas gdy realizacja tego elementu zamówienia wymagała uwzględnienia szeregu kosztownych elementów i urządzeń służących do sterowania ruchem kolejowym, których PNIUIK nie uwzględnił, o czym świadczy cena zaoferowana za ten element przedmiotu zamówienia,

2.3. art. 224 ust. 1, 2, 5 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 16 pkt 1) PZP przez dalsze prowadzenie procesu wyjaśnień rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty PNIUIK, podczas gdy już po otrzymaniu pierwszych wyjaśnień PNIUIK Zamawiający powinien był dojść do wniosku, że PNIUIK nie sprostало obowiązkowi wykazania, że zaoferowana cena

nie jest rażąco niska, a w dodatku prowadzony następnie przez Zamawiającego proces był niezgodny z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,

2.4. art. 462 ust. 1 w. zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 3) PZP w zw. z art. 58 Kc przez zaniechanie odrzucenia oferty PNiUIK, choć wykonawca ten w ofercie powierzył wykonanie całości przedmiotu zamówienia podwykonawcom, podczas gdy w świetle art. 462 ust. 1 PZP jest to niedopuszczalne i powinno prowadzić do odrzucenia oferty jako niezgodnej z przepisami ustawy,

2.5. (zarzut cofnięty),

2.6. art. 226 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 w zw. art. 118 ust. 1, 2 i 4 PZP przez zaniechanie wykluczenia PNiUIK i odrzucenia jego oferty, w sytuacji w której PNiUIK co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału pkt. 8.6.1 lit c) IDW w ten sposób, że w ofercie PNiUIK jako podmiot udostępniający zasoby i jednocześnie będący podwykonawcą w zakresie robót w branży srk jedynie dla pozorów, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, wskazał Zakłady Automatyki „KOMBUD” S.A., podczas gdy z wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny PNiUIK wynika, że w rzeczywistości roboty w branży srk PNiUIK zamierza powierzyć innemu podwykonawcy, nie zgłoszonemu jako podmiot udostępniający zasoby i w konsekwencji nie poddanemu procedurze weryfikacji pod względem spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i istnienia braku podstaw do wykluczenia,

2.7. art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 pkt. 1) PZP przez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę PNiUIK niejawnych części wyjaśnień ceny, podczas gdy PNiUIK nie wykazało, że w stosunku do jakiegokolwiek części wyjaśnień zachodzą przesłanki uzasadniające skuteczne zastrzeżenie ich jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a ponadto poprzez nierówne traktowanie wykonawców w sytuacji w której Zamawiający w analogicznej sytuacji zdecydował się odtajnić wyjaśnienia Odwołującego.

W związku z powyższymi wskazanymi zarzutami wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty PNiUIK z 11 października 2023 r.;
4. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia PNiUIK i odrzucenie oferty,
5. odtajnienie informacji składanych przez PNiUIK w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny,

Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na 2. miejscu w rankingu ofert. Gdyby nie naruszenia przepisów wskazane w niniejszym odwołaniu to oferta Odwołującego, zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu wśród ofert.

1. Stan faktyczny

1.1-1.9. W wyznaczonym terminie składania ofert, oferty złożyło dwunastu wykonawców, wśród nich PNiUIK oraz Odwołujący.

W dniu 11 października 2023 roku Zamawiający poinformował o wyborze oferty PNiUIK jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Cena ofertowa PNiUIK wynosi 711 056 108,94 PLN brutto, zaś cena Odwołującego 724 088 700 PLN brutto. Zamawiający wypełniając dyspozycję art. 224 ust. 1, mając na uwadze art. 224 ust. 2 pkt 2 PZP, wezwał obu wykonawców do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, przy czym PNiUIK był wzywany w tym zakresie trzykrotnie i trzykrotnie składał wyjaśnienia. Zamawiający nie miał podstaw do wzywania PNiUIK aż trzykrotnie i powinien był odrzucić ofertę ze względu na składanie nierzetelnych wyjaśnień elementów cenotwórczych. Choć ceny ofert PNiUIK i Odwołującego mogą wydawać się zbliżone, to cena PNiUIK ma charakter rażąco niski z uwagi na niedoszacowanie kilku z istotnych elementów składowych ceny tj. ceny w zakresie „Dostawa, montaż zewnętrznych urządzeń srk” w ramach zadania „Zabudowa nowych urządzeń srk wraz ze zdalnym sterowaniem w stacji Syców” pkt. 2.3.3.1 Tom IV SWZ Rozbicie ceny ofertowej („RCO”), który to dokument wykonawcy mieli obowiązek złożyć wraz z ofertą. Analogicznie wobec prac w zakresie „Wzmocnienie podtorza” (pkt. 2.1.8 Tomu IV SWZ -RCO). W szczególności zwraca uwagę pkt. 2.3.3.1, gdzie PNiUIK wycenił ten element na kwotę zaledwie 56 915,87 zł, choć wszyscy pozostali wykonawcy ten sam zakres wyceniali na kwotę przewyższającą 2 mln zł. Tak drastycznie zaniżonej wyceny nie da się uzasadnić. Prowadzi to do wniosku, że Zamawiający niewłaściwie ocenił wyjaśnienia PNiUIK w tym zakresie.

Z oferty PNiUIK wynika, że wykonawca powierzył wykonanie całości przedmiotu zamówienia podwykonawcom, podczas gdy w świetle art. 462 ust. 1 PZP jest to niedopuszczalne i powinno prowadzić do odrzucenia oferty PNiUIK jako niezgodnej z przepisami ustawy.

Dowód: Formularz Ofertowy – w aktach Postępowania

Zamawiający zaniechał wykluczenia PNiUK i odrzucenia oferty, w sytuacji w której PNiUIK co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd mające istotny wpływ na decyzje Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, że istotne części wyjaśnień PNiUIK zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa co Zamawiający uszanował, choć jednocześnie zdecydował się odtajnić znaczną część wyjaśnień Odwołującego, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców. Zamawiający powinien był dokonać odtajnienia wyjaśnień PNiUIK, gdyż wykonawca ten nie wykazał, że zawarte w wyjaśnieniach informacje zasługują na ochronę.

2. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty PNIUIK zawierającej rażąco niską cenę istotnych elementów oferty [Dostawa, montaż zewnętrznych urządzeń srk” (pkt. 2.3.3.1 RCO)]

2.1-2.24. Zamawiający w ramach zamówienia przewidział zadanie pn. „Zabudowa nowych urządzeń srk wraz ze zdalnym sterowaniem w stacji Syców”. Jednym z kluczowych i kosztownych elementów w kontekście całej oferty jest „Dostawa, montaż zewnętrznych urządzeń srk”. Wykonawcy mieli obowiązek dokonać jego wyceny.

PNIUIK wycenił ten element oferty na zaledwie 56 915,87 zł, wszyscy pozostali wykonawcy ten sam zakres wyceniali na kwotę przewyższającą 2 mln zł, w tym na kwoty bliskie lub nawet przekraczające kwotę 3 mln zł. Nie ma możliwości zrealizować przedmiotu zamówienia z pkt. 2.3.3.1 RCO za kwotę zaoferowaną przez PNIUIK.

Porównanie wycen wykonawców w zakresie pozycji RCO:

2.3.3 Zabudowa nowych urządzeń srk wraz ze zdalnym sterowaniem w stacji Syców:

2.3.3.1 Dostawa, montaż zewnętrznych urządzeń srk

1	Konsorcjum Track Tec Construction Sp. z o.o. „INTOP Warszawa”	2 456 300,00
2	Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej	56 915,87
3	Konsorcjum PORR S.A. Trakcja System Sp. z o.o.	2 128 624,16
4	BUDIMEX S.A.	2 225 662,15
5	Konsorcjum S. Rail Polska Sp. z o.o. S. AG	2 727 653,82
6	TORPOL S.A.	2 393 854,89
7	STRABAG Sp. z o.o.	2 991 270,29
8	Konsorcjum Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej DOLKOM Sp. z o.o. INFRAKOL Sp. z o.o. Sp. k.	2 980 000,00
9	Konsorcjum „SBM” SPÓŁKA Z O.O. S.K. „SBM” Spółka TRAKCJA	2 001 118,06
10	Konsorcjum COLAS RAIL Polska AZD Polska AŽD Praha s.r.o.	3 343 367,27
11	Zakład Robót Komunikacyjnych DOM w Poznaniu Sp. z o.o. ALUSTA S.A.	
	E=R=G Polska sp. z o.o. sp. k.	2 275 321,39
12	ZUE S.A.	2 442 591,00

Wykonawcy specjalizują się w robotach w branży automatyki, posiadają bogate doświadczenie. Wykonawcy ci w następujący sposób wycenili ww. pozycję:

- AŽD Praha s.r.o. wskazał w swojej ofercie (oferta złożona przez konsorcjum COLAS – AZD Polska - AŽD Praha) cenę za wykonanie „Dostawy, montażu zewnętrznych urządzeń srk” w stacji Syców na kwotę znacznie przekraczającą 3 mln zł: 3 343 367,27 zł,
- E=R=G POLSKA sp. z o.o. sp.k. wskazał w swojej ofercie (oferta złożona przez konsorcjum ZRK DOM – Alusta – ERG Polska) cenę za wykonanie „Dostawy, montażu

zewnątrznych urządzeń srk” w stacji Syców na kwotę znacznie przekraczającą 2 mln zł: 2 275 321,39 zł.

Zgodnie z wymaganiem z pkt. 12.5 SWZ TOM I INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW („IDW”) wykonawca miał obowiązek dołączyć do oferty rozbić cenę ofertową oraz wycenić wszystkie pozycje „Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej („RCO”).

Zgodnie z pkt. 12.5 IDW „Każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO”. Zamawiający nie dopuszczał przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami RCO.

Zgodnie z pkt. 12.7 IDW „W przypadku niezachowania w ofercie (także będącej wynikiem aukcji elektronicznej) wymagań określonych w pkt. 12.5 i 12.6 oferta zostanie uznana za niezgodną z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ i będzie podlegać odrzuceniu”. Zamawiający nie pozostawił zatem wątpliwości, że niezastosowanie się do pkt. 12.5 IDW (przenoszenie kosztów pomiędzy pozycjami RCO) niesie za sobą odrzucenie oferty.

Zgodnie z Warunkami umowy pkt. 1.1.4.13 istotny jest również Zasadniczy Przedmiar Robót Stałych („ZPRS”). „Zasadniczy Przedmiar Robót Stałych sporządzany jest w oparciu o Rozbicie Ceny Ofertowej”. Oznacza to, że oczekuje się sporządzenia ZPRS przez odniesienie się RCO. Przyjęcie przez PNiUIK kwoty ryczałtowej 56 915,87 zł uniemożliwia prawidłowe sporządzenie ZPRS w sytuacji, gdyby została z nim zawarta umowa. Cena w tym zakresie jest bowiem tak zniżona, że nie jest możliwe jej prawidłowe uwzględnienie w ZPRS.

Zgodnie z warunkami umowy (str. 117) „Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć ZPRS oparty o jego własne wyliczenia z rozbić cen poszczególnych elementów rozliczeniowych, na podstawie Projektu budowlanego sporządzonego przez Wykonawcę zgodnie z Wymaganiami Zamawiającego”.

Zgodnie z warunkami umowy (zdanie ostatnie str. 119) „Każdy ZPRS ma być zgodny z Harmonogramem Płatności oraz Rozbiciem Ceny Ofertowej”.

Z powyższego wynika, że Zamawiający kategorycznie wymaga rozbić ceny ofertowej na mniejsze pozycje. Przyjęcie kwoty 56 915,87 zł uniemożliwia prawidłowe sporządzenie ZPRS. Wycena pozycji jest tak rażąco niska, że biorąc pod uwagę szeroki zakres robót koniecznych do wykonania dla stacji Syców, nie jest możliwe rzetelne sporządzenie ZPRS. Co istotne, Wykonawca po zawarciu umowy będzie zobowiązany do przedstawienia ZPRS, zgodnie z którym będą dokonywane płatności częściowe. Tak znaczne zaniżenie wartości robót nie pozwala na zrealizowanie wymogu, a w konsekwencji właściwe fakturowanie robót.

„Dostawa, montaż zewnętrznych urządzeń srk” dla stacji Syców jest jedną z kluczowych pozycji RCO. Skrót „srk” odnosi się do wykonania sterowanie ruchem kolejowym, a więc element kluczowy również w punktu widzenia bezpieczeństwa ruchu pociągów. Zakres prac jaki wykonawca jest obowiązany w tym przypadku wykonać jest bardzo szeroki i kosztowny, co znajduje potwierdzenie w wycenie ofert innych wykonawców, w których koszty wykonania tego zakresu robót to ponad 2 000 000 zł.

Zgodnie z PFU pkt. 3.7.6 Urządzenia sterowania ruchem kolejowym ppkt. 2) stacje Bralin, Syców, Jemielna Oleśnicka zakres prac obejmuje między innymi:

zabudowę nowej sieci kablowej do zewnętrznych urządzeń srk wraz z osprzętem (szafy kablowe, garnki rozdzielcze, skrzynki kablowe), uwzględnić kontrolę kabli relacyjnych z sygnałem do dyżurnego ruchu, zabudowę nowych sygnalizatorów, wskaźników, napędów zwrotnicowych, zewnętrznych elementów urządzeń układowej kontroli nie zajętości torów i rozjazdów oraz elektromagnesów torowych shp,

Przedmiot zamówienia ma być zrealizowany w formule zaprojektuj i wybuduj, zatem dokłada ilość urządzeń srk, komór poszczególnych semaforów etc. może się różnić w zależności od oferty (stąd różnice w cenach zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców - z których każda przekracza jednak 2 mln zł). Nie ma jednak możliwości aby zrealizować ten element zamówienia za zaoferowaną przez PNiUiK kwotę 56 tys zł.

Odwołujący wskazuje, że dla pozycji 2.3.3.1. dostawa, montaż zewnętrznych urządzeń srk na st. Syców należy przyjąć co najmniej następujące urządzenia zewnętrzne: 2 semafony wjazdowe, 2 tarcze ostrzegawcze dla semafora wjazdowego, 6 semaforów wyjazdowych, 2 tarcze manewrowe, min. 11 Liczników osi, 6 napędów zwrotnicowych, SHP około 10szt, oraz: sieć kablowa, podstawy semaforów/pale dla sygnalizatorów, zamki UZZ, umocowania napędów, szafy torowe, wskaźniki, pasy itp., ew. wykolejnice, koszt wykonania robót SRK. Koszt samej sieci kablowej przekracza wartość 400 tys zł. Koszt zakupu materiałów i sprzętu należy szacować na kwotę około 1 mln zł (bez kosztów wykonania robót).

Odwołujący w zakresie pkt. 2.3.3.1 dostawa, montaż zewnętrznych urządzeń srk przyjął ofertę Zakładu Automatyki „Kombud” S.A. na kwotę netto 2 128 624,16 zł. (Załącznik 6 do odwołania)

Również Odwołujący, w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, który obejmuje zabudowę urządzeń srk polega na potencjale tej samej firmy „Kombud” S.A. tj. Nie ma zatem żadnej możliwości aby PNiUiK wykonał tę część zamówienia za zaoferowaną cenę 56 tys zł.

Odwołujący podkreśla, że dostawa i montaż zewnętrznych urządzeń srk bez wątpienia stanowi istotną część składową całej oferty. Jest to przy tym element kluczowy zarówno biorąc pod uwagę jego wartość i przez to wpływ na całość ceny ofertowej jak i ze względu na jego wpływ na możliwość należytej realizacji całego przedmiotu zamówienia. Znajduje to potwierdzenie w wyroku KIO 587/21, który dotyczy postępowania w którym zamawiającym

była Gmina Żory działająca w imieniu i rzecz PKP PLK S.A., przedmiot zamówienia uwzględniał m.in. urządzenia srk. W związku z tym SWZ zawierał podobne uregulowania, a Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

„Kluczowe znaczenie ma postanowienie - wprowadzone przez Zamawiającego w Instrukcji dla wykonawców {i.d.w.}, stanowiącej tom I specyfikacji istotnych warunków zamówienia {"s.i.w.z."}, jako element obowiązującego wykonawców sposobu obliczenia ceny oferty - z pkt 12.5. i.d.w.: Wykonawca musi dołączyć wypełnione Rozbicie ceny ofertowej ("RCO") pod rygorem odrzucenia oferty. Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje. Rozbicia ceny ofertowej, gdzie zarówno ceny jednostkowe jak i cena za daną pozycję jest podana z matematycznym zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i jest różna od zera. Każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO”.

Zakres zamówienia obejmował urządzenia sterowania ruchem: „Ponadto z RCO - stanowiącego tom IV s.i.w.z. - wynika: po pierwsze - podział zakresu rzeczowego robót budowlanych objętych tym zamówieniem na 17 pozycji [...] 5. Prace w zakresie SRK (w tym zmiany aplikacji)”. „Ponieważ dla prawidłowego rozliczenia kosztów projektu, w ramach którego realizowane jest przedmiotowe zamówienie, istotne znaczenie ma, aby wycena każdej pozycji RCO obejmowała wyłącznie zakres rzeczowy robót nią objęty, wprowadzono zakaz przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami”.

„W konsekwencji wprowadzenia powyższej regulacji wycena każdej pozycji RCO co do zasady powinna być pochytywana za będącą istotną częścią składową ceny oferty, gdyż każda z tych cen musi zostać określona na takim poziomie, aby co najmniej pokrywać rzeczywisty koszt wykonania zakresu prac projektowych, robót czy innych świadczeń objętych daną pozycją. Jednocześnie wprost wyłączona została możliwość powoływania się, w razie zaniżenia wyceny danej pozycji poniżej kosztów realizacji ujętego w niej zakresu rzeczowego, na ujęcie tych kosztów w innej pozycji lub na brak zaniżenia łącznej ceny oferty w stosunku do kosztów realizacji całego przedmiotu zamówienia”.

„Natomiast w toku postępowania odwoławczego nie zostały wskazane żadne postanowienia s.i.w.z., które pozwalały na wyprowadzenie wniosku, że spośród 17. wyodrębnionych pozycji tylko niektóre dotyczą istotnych dla powodzenia całego przedsięwzięcia zakresów prac”.

„Podkreślić należy, że wprowadzone na potrzeby tego przetargu w pkt 12.5. i.d.w. szczególne uregulowania mają charakter wiążący zarówno dla jego organizatorów (czyli Zamawiających), jak i wykonawców, którzy zdecydowali się na wzięcie w nim udziału”.

Z wyżej przytoczonych fragmentów argumentacji Izby w uzasadnieniu wyroku KIO 587/21 wyraźnie wynika, że dostawa i montaż zewnętrznych urządzeń sterowania ruchem kolejowym mają charakter istotny dla realizacji zamówienia (zarówno co do wartości tych

prac jak i ich znaczenia dla realizacji zamówienia). SWZ dot. sprawy KIO 587/21 zawierał takie same zapisy, przesądzające o tym, że każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym i nie dopuszczono wliczania kosztów wykonania jakiegokolwiek pozycji RCO w inną pozycję RCO. W konsekwencji, wycena każdej pozycji RCO co do zasady powinna być poczytywana za będącą istotną część składową ceny oferty, gdyż każda z tych cen musi zostać określona na takim poziomie, aby co najmniej pokrywać rzeczywisty koszt wykonania prac.

Dodatkowo na istotność tego elementu wpływa to, że wykonawca po zawarciu umowy będzie zobowiązany do przedstawienia ZPRS, zgodnie z którym będą płatności częściowe. Rażąco zaniżenie wartości robót srk na stacji Syców przez PNiUIK nie pozwala na zrealizowanie tego wymogu, a w konsekwencji na właściwe fakturowanie robót przez Wykonawcę.

PNiUIK albo rażąco zaniżył wartość prac w pkt. 2.3.3.1. albo koszt przeniósł do innej pozycji, co jest wprost zabronione. Zaniżony element jest bardzo istotny pod względem wartości jak również w kontekście należytej realizacji całego zamówienia. Bez prawidłowego wykonania urządzeń srk na stacji Syców całość zamówienia nie zostanie wykonana w sposób należyty a linia kolejowa nie będzie prawidłowo funkcjonować. Powinno to skutkować odrzuceniem oferty co zresztą wynika z ustawy PZP i wprost z pkt. 12.7 IDW.

Należy wskazać, że w zakresie robót w branży srk PNiUIK zadeklarował w ofercie, że prace te wykona podmiot udostępniający zasoby - „KOMBUD” S.A. Do oferty załączono zobowiązanie do udostępnienia zasobów.

Odwołujący na ten sam zakres również zamierza skorzystać z podwykonawstwa firmy Kombud, stąd uzyskał od tego podmiotu ofertę obejmującą roboty srk na stacji Syców. – Załącznik nr 6 do odwołania . W zakresie pkt. 2.3.3.1 dostawa, montaż zewnętrznych urządzeń srk Kombud wycenił roboty na kwotę netto 2 128 624,16 zł.

Odwołujący nie ma dostępu do kluczowej części wyjaśnień cenowych PNiUIK, jednakże skoro PNiUIK w ofercie zadeklarował, że w zakresie robót w branży srk wykona je Kombud, zatem do wyjaśnień powinien załączyć ofertę Kombud. Skoro zaoferował wykonanie srk w Sycowie Odwołującemu za kwotę netto 2 128 624,16 zł, to trudno przypuszczać, że te same prace dla PNiUIK wyceniłby na kwotę 56 915,87 zł.

Odwołujący po analizie wezwania do wyjaśnień z 7 lipca 2023 r. doszedł do wniosku, że PNiUIK przedłożył do swoich wyjaśnień dwie różne oferty na ten sam zakres (całkowity zakres dla branży SRK) w tym m.in. obejmujący roboty na stacji Syców. Zamawiający w wezwaniu wskazał bowiem:

„Zamawiający w wyniku analizy ww. załączników stwierdził, że:

- oferta ujęta w zał. nr 3a zawiera całkowitą wycenę robót branży SRK i teletechnika, dla Zakresu Podstawowego i Praw Opcji,

- protokół ujęty w zał. nr 3c również odnosi się do całkowitej ceny branży teletechnika,
 - oferta ujęta w zał. nr 17 zawiera jedynie koszty dostawy urządzeń i nie obejmuje robót związanych z ich zabudową jak również robót temu towarzyszących. Koszty urządzeń zostały ujęte w Tabeli nr 1 (Zestawieniu kosztów bezpośrednich),
 - oferta ujęta w zał. nr 18 również pokazuje jedynie całkowite koszty dla branży SRK".
- Zamawiający wskazuje zatem na ofertę z zał 3a i 18 jako oferty odnoszące się do całkowitego kosztu robót dla branży srk. Złożono zatem dwie oferty na podobny zakres, choć to Kombud miał wykonywać te prace zgodnie z ofertą. Odwołujący przypuszcza, że jedną ze złożonych ofert jest zatem oferta Kombud.

Odwołujący nie może stwierdzić od kogo pochodzi druga oferta ani w jaki sposób obie oferty odnoszą się do wyceny dotyczącej srk Syców. Jednak oferta innego podmiotu nie powinna pochodzić od dalszego podwykonawcy, gdyż Kombud odpowiedział że nie zamierza korzystać z dalszych podwykonawców. Odwołujący zakłada, że PNiUiK w ramach wyjaśnień, nie będąc w stanie przedstawić od Kombud oferty, która tłumaczyłaby cenę, posłużył się ofertą innego podmiotu na kwotę niższą, odbiegającą od warunków rynkowych. Potwierdza to, iż cena jest rażąco niska, skoro PNiUiK nie był w stanie przedstawić adekwatnej w zakresie warunków rynkowych wyceny oferty od podmiotu, który był przez niego dedykowany w ofercie do realizacji robót w branży srk. Przedstawienie oferty od Kombud z realną ceną, podobną to tej jaką od Kombud otrzymał Odwołujący, byłoby dowodem bezpośrednim na rażąco niską cenę PNiUiK.

[Wzmocnienie podtorza - pkt. 2.1.8 Tomu IV SWZ -RCO] 2.25 Odwołujący wskazuje, że w ofercie – w pkt. 2.1.8 -RCO – PNiUiK wycenił „Wzmocnienie podtorza” na kwotę 1 321 021,77 zł netto. Ten sam element został wyceniony w ofercie Odwołującego na kwotę 3 193 510,95 zł netto. Nie ma możliwości wykonać zamówienia w analizowanym zakresie za kwotę niższą niż 3 mln zł, a tym bardziej niższą niż 2 mln zł. Wzmocnienie podtorza to jedna z kluczowych części zamówienia, szczególnie pod względem bezpieczeństwa ruchu pociągów.

3.Zarzut zaniechania odrzucenia oferty PNiUiK z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia. Zarzut ściśle wiąże się z zarzutem z pkt. 2 dotyczącym rażąco niskiej ceny oferty w pkt. 2.3.3.1. RCO.

Zamawiający w ramach zadania polegającego na zabudowie nowych urządzeń srk wraz ze zdalnym sterowaniem w stacji Syców wymaga dostawy i montażu zewnętrznych urządzeń srk.

Zadanie ma wpływ na bezpieczeństwa ruchu pociągów. PFU w pkt. 3.7.6 Urządzenia sterowania ruchem kolejowym ppkt. 2) stacje Bralin, Syców, Jemielna Oleśnicka opisuje

zakres prac. Konieczne jest uwzględnienie wielu urządzeń zewnętrznych, które są kosztowane, co Odwołujący wykazał w ramach argumentacji wyżej.

Wszyscy poza PNiUIK wycenili ten element na kwotę przekraczającą 2 mln zł. Sam zakup materiałów i sprzętu to około 1 mln zł. Nie ma zatem żadnej możliwości wykonania tego za cenę 56 tys zł. Zatem PNiUIK nie uwzględnił i nie zaoferował większości koniecznych i kosztownych elementów na przedmiot zamówienia opisany w pkt. 2.3.3.1. RCO.

Zaniechanie objęcia ofertą pełnego zakresu powoduje, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP.

4. Zarzut bezpodstawnego kilkukrotnego wezwania PNiUIK do wyjaśnień ceny

Zamawiający 6 czerwca 2023 r. na podstawie art. 224 PZP wezwał PNiUIK do „udzielenia szczegółowych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej dla przedmiotowego zamówienia, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny za realizację zamówienia”.

Z wezwania Zamawiającego wynika, że wyjaśnienia miały mieć charakter kompleksowy:

- „Żądam od Państwa udzielenia szczegółowych wyjaśnień [...] w tym złożenia dowodów”
- „Ww. wyjaśnienia oraz dowody powinny w sposób nie budzący wątpliwości wykazać, że zaoferowana cena umożliwi wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz uwzględniać wszystkie elementy związane z należytym wykonaniem zamówienia. Należy jednocześnie wskazać istnienie konkretnych uwarunkowań i obiektywnych czynników, jakie towarzyszyć będą realizacji zamówienia, które wpłynęły na wysokość oferowanej ceny wraz ze wskazaniem opisu tych czynników oraz skali tego wpływu (zarówno merytorycznego jak i finansowego)”
- „Zważywszy na obowiązek Wykonawcy, wynikający z treści art. 224 ust. 5 Ustawy PZP, wyjaśnienia należy przedstawić w sposób szczegółowy i merytoryczny, a także przekazać Zamawiającemu materiał konieczny do oceny czynników powodujących możliwość obniżenia ceny oraz stopień, w jakim dzięki ich wpływowi uzyskano zaoferowaną cenę. W zakresie wyjaśnień powinny znajdować się również czynniki wpływające na ceny usług przeznaczonych do podwykonawstwa. Tym samym to na Wykonawcy ciąży obowiązek przekazania właściwych merytorycznie informacji i dowodów, które mają lub mogą mieć wpływ na wysokość skalkulowanej ceny”.

To na PNiUIK ciąży obowiązek przekazania właściwych merytorycznie informacji i dowodów. Tymczasem PNiUIK w Wyjaśnieniach 1 nie przedstawił szeregu kluczowych informacji i dowodów, które pozwalałby na weryfikację realności zaoferowanej ceny. Świadczy o tym treść drugiego wezwania Zamawiającego z 7 lipca 2023 r. gdzie Zamawiający wskazuje w na szereg braków Wyjaśnień 1.

Dowód: Wezwanie oraz wyjaśnienia z 21.07.2023 r. („Wyjaśnienia 2”)

Zamawiający w siedmiu punktach wskazuje na braki w wyjaśnieniach, w tym na tak podstawowe jak brak kalkulacji własnych dla wskazanych kwot (pkt. 1, 4, 5, 6, 7). Innymi słowy PNiUIK powoływał się w wyjaśnieniach na kalkulacje własne ale ich nie przedstawiał choć jest oczywiste, że bez ich złożenia wyjaśnienia są wadliwe. Nie przedstawił zatem koniecznych dowodów, choć Zamawiający taką konieczność w wezwaniu podkreślał.

Z odpowiedzi PNiUIK na pierwsze wezwanie wynika również, że w ramach „Tabeli 1 Zestawienie kosztów bezpośrednich” PNiUIK nie oznaczył w Tabeli rzeczywistych dowodów, które uzasadniają cenę dla pozycji „2.2. Roboty branży automatyki i telekomunikacji” zarówno dla Prawa Opcji 1, 2 i 3.

Zgodnie z treścią drugiego wezwania „oferta ujęta w zał. nr 17 zawiera jedynie koszty dostawy urządzeń i nie obejmuje robót związanych z ich zabudową jak również robót temu towarzyszących” a „Oferta dostawcy (zał. nr 12) zawiera w sobie jedynie ceny wybranych materiałów”. Zatem PNiUIK nie przedstawił podstawowych informacji. Koszty tzw. robocizny zawsze są znaczące i w sposób oczywisty powinny zostać odpowiednio przedstawione w Wyjaśnieniach 1, podobnie jak PNiUIK miał obowiązek przedstawić koszt wszystkich materiałów i elementów mających wpływ na ogólną cenę ofertową czego zaniechał.

Zamawiający błędnie przyjął w drugim wezwaniu dla praw opcji, że „Wykonawca na potwierdzenie wyceny Robót branży automatyki i telekomunikacji zawartych w działach 2.3 RCO dla Zakresu Podstawowego (poz. 2.3.1 do 2.3.9) i 2.2 RCO dla Prawa Opcji 1, 2, 3, powołuje się na kalkulację własną oraz oferty podwykonawcze ujęte w załącznikach nr 3a , 3c, 17 i 18”. Z przedłożonej Tabeli oraz wyjaśnień w części jawnej nie wynika, aby PNiUIK wskazywał kalkulację własną oraz oferty podwykonawcze dla uzasadnienia pkt 2.2 t.j. Prawa Opcji 1,2 i 3 co również wpływa na konieczność negatywnej oceny tych wyjaśnień i ich niekompletność.

Wykonawca nie przedstawił w Wyjaśnieniach 1 informacji wystarczająco szczegółowych pozwalających na weryfikację ceny ofertowej, w tym „tak aby Zamawiający był w stanie jednoznacznie odczytać z nich koszty wykonania poszczególnych pozycji zawartych w RCO” (str. 2 akapit 1 drugiego wezwania z dnia 7.07.2023 r.). Nie przedstawiono też dowodów. W konsekwencji uniemożliwiło to Zamawiającemu weryfikację realności ceny ofertowej.

Co więcej, z treści trzeciego wezwania do wyjaśnień z 22 sierpnia 2023 r. wynika, że w odpowiedzi na drugie wezwanie PNiUIK przedłożył dla różnych pozycji RCO (branż) tj. od 2.2.1 do 2.2.4 RCO ten sam załącznik. Zamawiający w trzecim wezwaniu wezwał zatem PNiUIK do „wyjaśnienie załączenia w odpowiedzi na wezwanie do uszczegółowienia oferty podwykonawczej w odniesieniu do pozycji od 2.2.1 do 2.2.4 RCO tego samego załącznika co dla pkt 4 wyjaśnień, kalkulacji własnej Wykonawcy obejmującej inne poz. RCO niż wynikające z punktu 2 wezwania [...]”. PNiUIK wskazał, „że tabela II – 2 została załączona omyłkowo”.

Ponowne wezwanie w tym samym zakresie co poprzednie było bezprawne. Zamawiający, zamiast uznać, że PNiUIK nie zdołał obalić domniemania rażąco niskiej ceny składając nieprawidłowe wyjaśnienia, po raz wtóry umożliwił konwalidowanie ewidentnego braku, wzywając po raz trzeci i tym samym umożliwiając uzupełnienie braku załącznika, który nie został złożony w odpowiedzi na drugie wezwanie. Załącznik został zatem złożony po terminie.

Odwołujący stwierdza, że jedynie pierwsze wezwanie było uzasadnione i zgodne z art. 224 PZP. Z powszechnie przyjętej linii orzeczniczej oraz poglądów doktryny wynika że zamawiający może wezwać ponownie do złożenia wyjaśnień tylko takiego wykonawcę, który rzetelnie sporządził i złożył pierwsze wyjaśnienia.

Powyższe znajduje potwierdzenie w licznych orzecznictwie.

Podsumowując, to na wykonawcy zgodnie z art. 224 ust. 5 PZP ciąży obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a zgodnie z ust. 5 odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zdaniem Odwołującego:

- 1) Zamawiający już po otrzymaniu pierwszych niekompletnych wyjaśnień powinien uznać, że wykonawca nie wykazał, że cena nie jest rażąco niska, w świetle orzecznictwa nie było podstaw do drugiego wezwania a oferta PNiUIK powinna zostać odrzucona;
- 2) Zamawiający tym bardziej nie był uprawniony do wystosowania trzeciego wezwania, w którym ponownie wzywał w tym samym zakresie co poprzednio, co potwierdzono w Wyjaśnieniach 3 gdzie stwierdzono, że uprzednio dodano nieprawidłowy załącznik omyłkowo, co świadczy o braku należytej staranności.

5. Zarzut powierzenia wykonania całości przedmiotu zamówienia podwykonawcom

Z oferty PNiUIK wynika, że wykonawca powierzył wykonanie całości przedmiotu zamówienia podwykonawcom. Wskazuje na to treść Formularza Oferty gdzie w pkt. 12 wskazano, że PNiUIK zamierza powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom w następującym zakresie:

- Roboty branży SRK – podmiot udostępniający zasoby Zakłady Automatyki „KOMBUD” S.A., Dokumentacja projektowa - podmiot udostępniający zasoby Infrasolution Sp. z o.o., Roboty branży sieć trakcyjna - podmiot udostępniający zasoby PKP Energetyka S.A. ,Roboty branży automatyki i telekomunikacji – podwykonawca, Obiekty inżynieryjne – podwykonawca, Przejazdy kolejowo - drogowe i przejścia – podwykonawca, Elektroenergetyka nietrakcyjna – podwykonawca, Budowle kolejowe – podwykonawca, Roboty pozostałe – podwykonawca,

Geodezja – podwykonawca, Certyfikacja – podwykonawca, Branża drogowa – podwykonawca, Ochrona środowiska – podwykonawca, Kolizje – podwykonawca.

Wskazany zakres obejmuje całość przedmiotu zamówienia.

W szczególności PNiUIK wskazał w poszczególnych punktach zakresy zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom. Jednocześnie jeden z punktów ma szeroki zakres „Roboty pozostałe” – co oznacza, że wszystkie prace, które nie zostały indywidualnie zapisane w odrębnych pozycjach, zostały ujęte w tym punkcie.

Z art. 462 ust. 1 PZP wynika, że o ile udział podwykonawców w realizacji zamówienia jest dopuszczalny, to wykonawca nie może powierzyć im wykonania całości zamówienia.

Powyższe potwierdza wyrok KIO 907/23. /.../ Powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcom, należy uznać za nie tylko sprzeczne z ustawą, ale czynność taka byłaby również nieważna w świetle art. 58 k.c., jako stanowiąca wyraz obejścia przepisów ustawy. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w której poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcom, a nie wykonawcy - pomijając w ten sposób regulację pzp.

PNiUIK, który choć nie wskazał w formularzu procentowego udziału poszczególnych prac, to uwzględnił kategorię „Roboty pozostałe” co ma takie samo znaczenie jak wskazanie, że 100 % zamówienia zostanie powierzone podwykonawcom.

Odwołujący stoi na stanowisku, że powierzenie całości zamówienia podwykonawcom przez PNiUIK w okolicznościach stanu faktycznego, należy uznać za sprzeczne z ustawą PZP (art. 462), a czynność taka może zostać uznana za nieważną również w świetle art. 58 k.c., jako stanowiąca wyraz obejścia przepisów ustawy. Z tego względu oferta PNiUIK podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 3 PZP.

6. Zarzut zaniechania wykluczenia PNiUIK i odrzucenia jego oferty z uwagi na wprowadzenie w błąd co do spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Infrasolution w zakresie wymaganego doświadczenia (zarzut wycofany)

7.-7.10. Zarzut zaniechania wykluczenia PNiUIK i odrzucenia jego oferty z uwagi na wprowadzenie w błąd co do powierzenia wykonania robót w branży SRK firmie Kombud S.A. Zamawiający przewidział w SWZ (pkt 8 ppkt 8.7.) wykluczenie wykonawcy na podstawie przesłanek fakultatywnych - m.in. na podstawie art. 109 ust. 1 punkt 8 oraz 10 PZP.

W zakresie robót w branży srk (a zatem również RCO pkt. 2.3.3.1 dla stacji Syców) PNiUIK zadeklarował w ofercie, że prace te wykona podmiot udostępniający zasoby – Kombud. Do oferty załączono zobowiązanie do udostępnienia zasobów.

Odwołujący na ten sam zakres zamówienia również zamierza skorzystać z podwykonawstwa Kombud, stąd uzyskał od tego podmiotu ofertę obejmującą roboty srk na stacji Syców.

W zakresie pkt. 2.3.3.1 srk Kombud wycenił roboty na kwotę netto 2 128 624,16 zł.

Skoro PNiUIK w ofercie zadeklarował, że w zakresie robót w branży srk wykona je Kombud, zatem do wyjaśnień powinien załączyć ofertę tego podmiotu. Trudno przypuszczać, że te same prace dla PNiUIK wyceniłby na kwotę 56 915,87 zł., a więc 2,68% kwoty zaoferowanej. Pomimo braku dostępu do wyjaśnień, Odwołujący po analizie wezwania z 7 lipca 2023 r. doszedł do wniosku, że PNiUIK przedłożył do swoich wyjaśnień dwie różne oferty na ten sam zakres (całkowity zakres dla branży SRK) w tym m.in. obejmujący roboty w branży SRK na stacji Syców. Zamawiający w wezwaniu wskazał bowiem:

- oferta ujęta w zał. nr 3a zawiera całkowitą wycenę robót branży SRK i teletechnika, dla Zakresu Podstawowego i Praw Opcji, [...]

- oferta ujęta w zał. nr 18 również pokazuje jedynie całkowite koszty dla branży SRK”.

Złożono zatem dwie oferty na podobny zakres, choć to Kombud miał wykonywać te prace zgodnie z ofertą jako podwykonawca i podmiot udostępniający zasoby.

Odwołujący wskazuje, że oferta innego podmiotu niż Kombud nie powinna pochodzić od dalszego podwykonawcy, gdyż Kombud nie zamierza korzystać z dalszych podwykonawców. Odwołujący zakłada, że PNiUIK w ramach wyjaśnień posłużył się ofertą innego podmiotu niż Kombud, na kwotę niższą, odbiegającą od warunków rynkowych.

Działania PNiUIK świadczą o tym, że wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w Postępowaniu pkt. 8.6.1 lit c) IDW w ten sposób, że PNiUIK wskazał udostępniający zasoby i jednocześnie podwykonawcę w zakresie branży srk dla pozoru, firmę Kombud, podczas gdy w rzeczywistości roboty w branży srk zamierza powierzyć innemu podwykonawcy, nie zgłoszonemu jako podmiot udostępniający zasoby i nie poddanemu weryfikacji pod względem spełnienia warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia.

Z powyższych względów powinien zostać wykluczony a jego oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 PZP.

8. Zarzut zaniechania odtajnienia i udostępnienia zastrzeżonych przez wykonawcę PNiUiK niejawnych części wyjaśnień ceny

W okolicznościach niniejszej sprawy, należy stwierdzić, że PNiUIK ani nie wykazał, że zastrzegane w wyjaśnieniach ceny informacje posiadają wartość gospodarczą, ani nie wykazało, że podjęło działania w celu utrzymania tych informacji w poufności w sposób, który uzasadniałby całkowite utrzymanie tych informacji w poufności.

PNiUIK zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa istotną część wyjaśnień ceny z 23 czerwca 2023 r. oraz załączniki do tych wyjaśnień, a także załączniki do wyjaśnienia ceny z 21 lipca 2023 r. oraz z dnia 23 sierpnia 2023 r.

PNIUIK w wyjaśnieniach nie wykazało wartości gospodarczej zastrzeganych informacji w zakresie szczegółowych wyjaśnień kalkulacji ceny i ofert podwykonawców w sposób wystarczający do uznania ich poufności, ograniczając się do gołosłownych twierdzeń, sprowadzających się do wniosku, że są one wyrazem przewagi konkurencyjnej wykonawcy. PNIUIK wskazało w uzasadnieniu tajemnicy między innymi: „Powyższe informacje posiadają zatem istotną wartość gospodarczą, jako że zawierają dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat stosowanych przez Wykonawcę strategii realizacyjnych, metod pozyskiwania korzystnych warunków współpracy z dostawcami i podwykonawcami, a w konsekwencji stosowanych przez Wykonawcę rozwiązań organizacyjnych związanych ze stosowanymi strategiami cenowymi i handlowymi, co w przypadku ujawnienia tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkurowania przez Wykonawcę z innymi przedsiębiorcami działającymi na rynku robót budowlanych w infrastrukturze kolejowej”.

„Ujawnienie zastrzeżonych informacji wiązałoby się z udostępnieniem konkurencji informacji na temat strategii gospodarczej pozyskiwania kontrahentów”. „Wykonawcy udało się zbudować bazę zaufanych podwykonawców, których rzetelność zweryfikował [...]”

Ujawnienie ww. informacji mogłoby wyrządzić Wykonawcy szkodę – rywalizujący z Wykonawcą przedsiębiorcy mogliby bowiem próbować nawiązać z ww. podwykonawcami i dostawcami Wykonawcy relację handlową”

Dalej skonstruował, że „Powyższe ryzyka związane z potencjalnym ujawnieniem zastrzeżonych informacji także potwierdzają ich wartość gospodarczą dla Wykonawcy”.

Powyższe stwierdzenia mają charakter ogólny i nie świadczą o tym czy i jaką mają rzeczywistą wartość gospodarczą dla PNIUIK.

PNIUIK ograniczył się do ogólnego wskazania, że informacje podane w wyjaśnieniach stanowią wyraz jego strategii, metod pozyskiwania korzystnych warunków współpracy z dostawcami, przejaw strategii gospodarczej pozyskiwania kontrahentów a ich ujawnienie mogłoby spowodować, że konkurencyjni wykonawcy mogliby próbować nawiązać z ww. podwykonawcami i dostawcami Wykonawcy relację handlową. Nie wskazano zatem wartości gospodarczej chociażby poprzez odniesienie się do szacowanej wartości szkody majątkowej jaką może ponieść PNIUIK.

Odwołujący wskazuje, że nawet jeżeli uznać część informacji za poufne (np. indywidualnie wynegocjowane ceny) to nie ma uzasadnienia utrzymywanie w tajemnicy całości załącznika i wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający powinien odpowiednio zanonimizować oferty i inne dokumenty od dostawców, ujawniając dane kontrahentów i pozostałą treść załączników. Analogicznie dotyczy to również innych załączników zastrzeżonych przez PNIUIK.

Podsumowując, informacje zastrzeżone przez PNiUIK jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zasługują na ochronę wobec braku wykazania, że w istocie posiadają one określoną, konkretną wartość gospodarczą.

Niespełniona została również przesłanka podjęcia przez wykonawcę działań mających na celu utrzymanie tych informacji w poufności. PNiUIK nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na tę okoliczność.

Przedstawiono jako dowody dokumenty takie jak „Regulamin ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa”, „Umowa o zakazie”, czy „Zobowiązanie” stanowiące wzór dokumentu jaki, zgodnie z twierdzeniem PNiUIK podpisują pracownicy [dokumenty te zostały słusznie odtajnione przez Zamawiającego]. Umowa o zakazie jest zanonimizowana, nie ujawniono nawet daty. Podpisał ją prezes zarządu umocowany 26 marca 2015 r., a zatem przeszło osiem lat temu. Należy zatem uznać, że PNiUIK nie wykazał, że informacje przedstawione w wyjaśnieniach rzeczywiście są chronione i że podejmowane są realne działania w celu utrzymania ich w poufności.

PNiUIK nie wykazało, że zastrzegane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny informacje posiadają wartość gospodarczą, ani nie wykazało, że podjęto działania w celu utrzymania tych informacji w poufności. Z tego względu wszystkie wyjaśnienia z załącznikami (w szczególności oferty podwykonawców) powinny zostać przez Zamawiającego ujawnione.

Załączono: 5) Oferta Zakładu Automatyki „Kombud” S.A. dla Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie zarzutów w całości jako bezpodstawnych. Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

Zamawiający 6 czerwca 2023 r. wezwał wykonawcę PNiUIK i Odwołującego do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaproponowanej, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny za realizację zamówienia. W terminie wyznaczonym zadośćuczynili oni wezwaniu Zamawiającego.

Pismem z 7 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał ww do uzupełnienia i uszczegółowienia złożonych wyjaśnień w zakresie, który wzbudził wątpliwości.

22 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał PNiUIK do złożenia wyjaśnień niewłaściwie dołączonego załącznika do wyjaśnień z 7 lipca 2023 r.

11 października 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty PNiUIK jako najkorzystniejszej. Cena PNiUIK: 711 056 108,94 brutto, cena Odwołującego 724 088 700 zł. Zamawiający w całości podtrzymał stanowisko z rozstrzygnięcia postępowania.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp (zarzut nr 1) /

Zamawiający podkreślił, że odrzuceniu podlega oferta z rażąco niską ceną, co oznacza, że badaniu podlega cena całkowita oferty oraz istotne części składowe ceny.

Wskazał na art. 224 ust. 1 Pz.

W związku z powyższym, dla skutecznego podniesienia zarzutu ceny rażąco niskiej („RNC”) należy odwołać się do ceny całkowitej lub co najmniej do istotnych części składowych ceny.

Ustawa Pzp nie zawiera definicji RNC.

Odnosząc się do zarzutów rażąco niskiej ceny, jest to zarzut bezpodstawny. Zamawiający dokonał szczegółowej oceny oferty i wyjaśnień i stwierdził, że wyjaśnienia te potwierdzają, iż oferta została skalkulowana prawidłowo na poziomie rynkowym i zapewnia wykonawcy zysk.

Pismem z 23 czerwca 2023 r., a następnie z 21 lipca 2023 r. oraz 24 sierpnia 2023 r. PNiUIK złożył szczegółowe wyjaśnienia dowodami. Wobec otrzymanych wyjaśnień przystąpiono do jej sprawdzania. Szczegółowo dokonano analizy wartości złożonej kalkulacji cenowej, w tym:

kosztów prac projektowych, kosztów wymagań ogólnych czy kosztów robót budowlanych.

Zamawiający stwierdził, że przedłożone wyjaśnienia odpowiadają wymogom określonym w wezwaniu Zamawiającego, a załączone do nich dowody, w szczególności kalkulacje cenowe oraz oferty podwykonawców, potwierdzają, że zaoferowane ceny są cenami rynkowymi.

Argumentując zarzuty dot. rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał, że PNiUIK wycenił element oferty – dostawa i montaż zewnętrznych urządzeń srk w stacji Syców na kwotę 56 915,87 zł, gdy pozostali wykonawcy ten zakres wyceniali na kwotę ponad 2 mln zł, co świadczy o tym, że PNiUIK nie ma możliwości zrealizować przedmiotu zamówienia z pkt.2.3.3.1 RCO za zaoferowaną kwotę.

Odwołujący wskazuje również, że w ofercie w pkt. 2.1.8 RCO PNiUIK wycenił „wzmocnienie podtorza” na kwotę 1 321 021,77 zł netto, podkreślając, że ten sam element odwołujący wycenił na kwotę 3 193 510,95 zł netto.

Zamawiający podkreśla, że o wystąpieniu rażąco niskiej ceny nie mogą świadczyć tylko różnice między zaoferowaną ceną, a wartością pozostałych ofert. Tymczasem Odwołujący czyni z tego odrębną podstawę faktyczną zarzutu, mającą świadczyć o rażąco niskiej cenie.

Okoliczności te mogą być argumentem potwierdzającym konieczność przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, a w odniesieniu do oceny wyjaśnień mogą stanowić jedynie pomocniczą, uzupełniającą argumentacją.”

Należy wskazać że Odwołujący upatruje „istotności” danego składnika w samej różnicy w jego wycenie.

Zamawiający wskazuje, iż wymienione przez pozycje RCO nie stanowią istotnej części przedmiotu zamówienia, stanowiąc 0,01% w przypadku dostawy i montażu zewnętrznych urządzeń srk oraz 0,25% w przypadku „wzmocnienia podtorza”. Zamawiający ocenił też "istotność" przywołanych pozycji także przez określenie udziału danych pozycji do oferty

Odwołującego i ustalił, że stanowią one odpowiednio 0,39% oraz 0,61% wartości oferty Odwołującego.

Pozycje do których odnosi się Odwołujący nie stanowią nawet 1% zarówno oferty wykonawcy PNiUIK, jak i Odwołującego.

W złożonych wyjaśnieniach PNiUIK wskazał zysk na poziomie 7 717 538 PLN. Różnica analizowanych pozycji RCO pomiędzy ofertą PNiUIK a Odwołującego wynosi 1 872 489,18 zł w przypadku „wzmocnienia podtorza” oraz 2 071 708,29 zł w przypadku dostawy i montażu zewnętrznych urządzeń srk, co oznacza, że pozostała kwota stanowiąca zysk firmy wyniesie 3 773 340,53 zł, co ciągle wskazuje na zysk z realizacji zamówienia, nawet w przypadku rozpatrywania go z punktu widzenia poszczególnych pozycji, a nie całości oferty. Nie można więc uznać, że w tych pozycjach mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Ponadto, PNiUIK do poszczególnych pozycji RCO, w tym dostawy i montażu zewnętrznych urządzeń srk dołączył oferty podwykonawców, które potwierdzają realność zaoferowanej ceny.

Wymaga podkreślenia fakt, że Zamawiający w toku badania oferty oraz złożonych wyjaśnień PNiUIK nie dostrzegł przenoszenia przez PNiUIK kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami RCO, a tym samym zawyżenia przy tym wartości jednej pozycji kosztem innej, a także wycenienia ich wbrew rzeczywistemu kosztowi poszczególnych prac.

Odwołujący przedstawia ogólną i lakoniczną argumentację, nie popartą dowodami, a brak staranności w tym zakresie powoduje, że Odwołujący ponosi negatywne skutki niewykazania swoich twierdzeń.

Zamawiający wskazuje, że to na Odwołującym spoczywa ciężar okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. Odwołującym nie wykazał i nie udowodnił, że PNiUIK dopuścił się wliczania kosztów jednej pozycji RCO w inną pozycję. Odnosząc się do kwestii Zasadniczego Przedmiaru Robót Stałych (ZPRS) Zamawiający podkreśla, że fakt sporządzenia ZPRS nie powoduje żadnych zmian i poszczególne kwoty wskazane przez PNiUIK w RCO umożliwiają prawidłowe sporządzenie ZPRS.

Odwołujący uzasadnia również, że dostawa i montaż zewnętrznych urządzeń srk stanowi istotną część składową całej oferty, gdyż jest to element kluczowy zarówno biorąc pod uwagę jego wartość i wpływ na całość ceny ofertowej, jak i ze względu na jego wpływ na możliwość należytej realizacji całego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wyjaśnia, że od strony wykonania przedmiotu zamówienia każdy element zamówienia uznaje się za istotny, natomiast co do uznania elementu za istotną część składową, która podlega badaniu pod kątem ceny rażąco niskiej to należy odnosić się do istotności z punktu widzenia cenotwórczego, co oznacza, że wycena dostawy i montażu zewnętrznych urządzeń srk nie stanowią istotnej składowej.

Niezależnie od powyższego, pomimo modyfikacji reguły ciężaru dowodu w obszarze ceny rażąco niskiej, Odwołujący nadal zobowiązany jest wykazać i udowodnić okoliczności, że oferta PNiUIK zawiera rażąco niską cenę. Powyższe potwierdza orzecznictwo.

Wobec powyższego, zarzut w zakresie rażąco niskiej ceny nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp (zarzut nr 2)

Odwołujący zarzuca naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty PNiUIK z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia gdyż nie uwzględnia pełnego zakresu koniecznego do realizacji zamówienia w zakresie pkt. 2.3.3.1 Tomu IV SWZ (RCO) podczas gdy, realizacja tego elementu wymagała uwzględnienia szeregu kosztownych elementów i urządzeń służących do srk, których PNiUIK nie uwzględnił, o czym świadczy cena zaoferowana za ten element przedmiotu zamówienia, Stanowisko Odwołującego w tym zakresie również należy uznać za nieprawidłowe.

Przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zostały uregulowane w odrębnych przepisach. Dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty na tych podstawach konieczne jest ziszczenie się innych rodzajowo okoliczności.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Chodzi o niezgodność oferty z merytorycznymi warunkami, co do przedmiotu lub realizacji zamówienia postawionymi w dokumentach zamówienia.

Zastosowanie wskazanej przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia.”

Odrzucając ofertę, Zamawiający musi stwierdzić jednoznacznie, że złożona oferta nie zapewni realizacji zamierzonego celu.

Odwołujący formułując zarzut w tym zakresie powinien wykazać w jakim zakresie oferta PNiUIK jest niezgodna z warunkami zamówienia. Natomiast argumentację opiera na fakcie, że wycena przez PNiUIK pozycji 2.3.3.1 RCO prowadzi do wniosku, że PNiUIK nie uwzględnił i nie zaoferował większości koniecznych elementów zamówienia w pkt. 2.3.3.1 RCO.

Zamawiający podkreśla, że wykonawca w Formularzu ofertowym złożył oświadczenia:

O akceptacji w pełni i bez zastrzeżeń SWZ, wyjaśnień do tej SWZ oraz modyfikacji tej SWZ uznając się za związanych postanowieniami;

O gwarancji wykonania całości Zamówienia zgodnie z SWZ;

O realizacji przedmiotowego Zamówienia obejmującego zakres podstawowy, zakres wynikający z Prawa opcji nr 1, nr 2 i nr 3, zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ (...) „cena brutto uwzględnia wszystkie wymagania niniejszej SWZ oraz obejmuje wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia, zysk oraz wszelkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy.” Zamawiający podkreśla, że wykonawca PNiUIK na żadnym etapie Postępowania nie zmodyfikował ani nie cofnął swoich oświadczeń wskazanych w treści oferty. Wobec tego PNiUIK jest w stanie zrealizować całość zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ. Mając na uwadze powyższe, zarzut dotyczący niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia (zarzut nr 2) jest bezpodstawny i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1,2,5 i 6, 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z 16 pkt. 1 Pzp (zarzut nr 3) Odwołujący zarzuca Zamawiającemu niewłaściwe prowadzenie procesu wyjaśnień rażąco niskiej ceny w stosunku PNiUIK, podczas gdy już po otrzymaniu pierwszych wyjaśnień PNiUIK Zamawiający powinien był dojść do wniosku, że PNiUIK nie sprostало obowiązkowi wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a w dodatku prowadzony następnie proces był niezgodny z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp w przypadku uznania, że zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy wyjaśnień oraz złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przepis nie wskazuje w sposób precyzyjny i konkretny, w jakich sytuacjach zamawiający może powziąć wątpliwości co do ceny lub kosztów zawartych w ofercie. Ustawodawca w tym zakresie pozostawił zamawiającemu możliwość wyboru okoliczności, które skutkowały będą powzięciem wątpliwości i wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zatem w pierwszej kolejności zamawiający nie dokonuje szczegółowej analizy dotyczącej cen i kosztów zawartych w ofercie, jednak sprawdza czy wskazane ceny lub koszty lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie.

Z orzecznictwa wynika, że zamawiający może ponownie zwrócić się o wyjaśnienia zaoferowanej ceny wtedy, gdy wyjaśnienia, które wykonawca złożył za pierwszym razem są rzetelne i merytoryczne, lecz rodzą nowe wątpliwości, w szczególności gdy treść wyjaśnień jest niejasna dla zamawiającego i oczekuje on doprecyzowania poszczególnych zagadnień wskazanych w złożonych wyjaśnieniach.

Zgodnie z wyrokiem KIO 321/17: „Możliwość wezwania do dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zachodzi wyłącznie w sytuacji, gdy sam zamawiający nie poinformował wykonawcy, jakie elementy oferty budzą wątpliwości zamawiającego co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty.”

Podobnie wyrok KIO 918/21: „Możliwość ponownego zwrócenia się do wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ceny budzących wątpliwości, istnieje tylko i wyłącznie wtedy, gdy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie są ogólnikowe i wymijające, ale tzw. merytoryczne. Za wyjaśnianie rażąco niskiej nie można utożsamiać z uzupełnianiem treści tych wyjaśnień, w odpowiedzi na kolejne wezwania zamawiającego. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia w zakresie ceny oferty prowadzą do nadania jej zapisom z wcześniejszych wyjaśnień nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją treści wyjaśnień, a nie ich uszczegółowieniem. Wyjaśnić można tylko to co w ofercie, czy złożonych na wezwanie zamawiającego informacjach, już istnieje. Wprowadzenie nowej treści jest uzupełnieniem, a nie wyjaśnieniem.”

Zamawiający dnia 6 czerwca 2023 r. wezwał wykonawcę PNiUIK do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej. PNiUIK pismem z 23 czerwca 2023 r. złożył szczegółowe wyjaśnienia wraz dowodami. Wobec otrzymanego wyjaśnienia PNiUIK przystąpiono do jej sprawdzania z należytą starannością. Szczegółowo dokonano analizy wartości złożonej kalkulacji cenowej, w tym: kosztów bezpośrednich dla wyceny ze szczególnym uwzględnieniem i uszczegółowieniem pozycji kosztowych mających wpływ na wartość oferty oraz kosztów ogólnych.

Zamawiający wyjaśnia, że wezwanie z 7 lipca 2023 r. dotyczyło doprecyzowania konkretnych kwestii, które wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, a Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach zadośćuczynił temu obowiązkowi.

Natomiast wezwanie Zamawiającego z 22 sierpnia 2023 r. dotyczyło wyjaśnienia niewłaściwie dołączonego załącznika do wyjaśnień. PNiUIK w odpowiedzi na wezwanie przesłał prawidłowy załącznik, który był uszczegółowieniem oferty ujętej w załączniku nr 5 do złożonych wyjaśnień z dnia 23 czerwca 2023 r. w odpowiedzi na pkt 2 wezwania Zamawiającego z 7 lipca 2023 r.

Ponadto, wezwanie Zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2023 r. nie dotyczyło ustalenia nowych okoliczności, a wynikało jedynie z omyłki Wykonawcy, który do wyjaśnień z 21 lipca 2023 r. dołączył niewłaściwy załącznik. Może to być uznane za oczywistą omyłkę z uwagi na podobny opis (nazwę) załączników, ale przede wszystkim data podpisania uzupełnionego załącznika. Kwalifikowany podpis elektroniczny wskazany na załączniku potwierdza, że wykonawca dysponował przedmiotowym dokumentem już na dzień złożenia wyjaśnień z 21 lipca 2023 r.

Podkreślenia wymaga również, że PNiUIK oraz Odwołujący byli dwukrotnie wzywani do wyjaśnień ceny rażąco niskiej, a wezwania były zbliżone do siebie pod względem merytorycznym i dotyczyły podobnego obszaru zagadnień, a w niektórych kwestiach zakres wezwań był identyczny np. w kwestii uszczegółowienia ofert podwykonawczych.

Biorąc pod uwagę powyższe, w tej sytuacji oferta Odwołującego też powinna podlegać odrzuceniu.

Zamawiający podkreśla, że nie narzucał wykonawcom sposobu i formy udzielenia wyjaśnień. W toku badania ofert stwierdził, że wyjaśnienia PNiUIK odpowiadają wymogom określonym w wezwaniu, są ze sobą spójne i rzetelne, a załączone dowody, w szczególności oferty podwykonawców oraz kalkulacje własne potwierdzają, że zaoferowane ceny są cenami rynkowymi.

Zamawiający wskazuje że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia winien być postrzegany z uwzględnieniem celu postępowania, którym jest wybór oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 239 Pzp.

Powyższe oznacza odrzucenie z postępowania ofert, na podstawie których nie można zrealizować zamówienia zgodnie z wymaganiami oraz niedających możliwości prawidłowego ustalenia ceny i w konsekwencji prawidłowego wykonania umowy.

Zamawiający wskazuje, że błędny jest wniosek Odwołującego jakoby Zamawiający niezasadnie przeprowadził proces wyjaśnień rażąco niskiej ceny w stosunku do PNiUIK, podczas gdy już po otrzymaniu pierwszych wyjaśnień PNiUIK Zamawiający powinien był dojść do wniosku, że PNiUIK nie sprostало obowiązkowi wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a w dodatku prowadzony następnie przez Zamawiającego proces był niezgodny z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Jak wskazano wyżej, Zamawiający miał prawo, ale także i obowiązek wyjaśniania oferty PNiUIK przez skierowanie do niego 3 wezwań i uwzględnienia odpowiedzi PNiUIK w tym zakresie, a tym samym był zgodny z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zarzut naruszenia art. 462 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt. 3 Pzp w zw. z art. 58 Kc (zarzut nr 4)

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego w zakresie zaniechania odrzucenia oferty PNiUIK z uwagi na powierzenie całości przedmiotu zamówienia podwykonawcom, Zamawiający wskazuje, że stanowisko Odwołującego w tym zakresie należy uznać za nieprawidłowe.

Odwołujący opiera argumentację w oparciu o fakt, że wykonawca PNiUIK w pkt. 12 oferty w pozycji „Roboty pozostałe” wskazał, że ten zakres realizacji zamówienia powierzy podwykonawcy.

Dokonana przez Odwołującego ocena treści oferty PNiUIK jest zbyt daleko idąca, a wyciąga on bezpodstawne wnioski w tym zakresie. Nie jest prawdą, jakoby wykonawca PNiUIK powierzył całość przedmiotu zamówienia do realizacji podwykonawcom.

Zamawiający zauważa, że zgodnie z Zał 8 do IDW – Wykazem osób skierowanych do realizacji Zamówienia, wykonawca PNiUIK skierował do realizacji zamówienia osoby zatrudnione na umowę o pracę.

Również w Zał nr 9 do IDW – Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych, wykonawca PNiUIK wskazał, że do realizacji przedmiotu zamówienia użyje własnego sprzętu i urządzeń.

Wobec powyższego, wykonawca PNiUIK skierował do realizacji zamówienia pracowników pełniących funkcje Kierownika Budowy, który nadzoruje jak przebiegają roboty oraz odpowiada za wszelkie działania na placu budowy z zakresem obowiązków wynikającym z Prawa budowlanego oraz Kierownika robót branży sterowania ruchem kolejowym.

Skierowanie swoich pracowników do realizacji przedmiotu zamówienia, jednoznacznie potwierdza, że wykonawca PNiUIK będzie osobiście wykonywał zadania w zakresie koordynacji, zarządzania oraz nadzorem nad przebiegiem inwestycji.

Potwierdza to orzecznictwo m.in. wyrok KIO 1794/18, KIO 1816/18: „Powierzenie natomiast wykonania części zamówienia podwykonawcom, nawet w przeważającym zakresie, wówczas, gdy jest możliwe wyodrębnienie poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, jako części, nie jest sprzeczne z art. 7 ust. 3 Pzp, który wymaga, aby zamówienie było udzielone wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W takiej bowiem sytuacji wykonawca nadal jest podmiotem, który zawiera umowę i jest odpowiedzialny za działania podwykonawców, jak za swoje własne.”

W okolicznościach niniejszego Postępowania, w którym przedmiot zamówienia składa się w zasadniczej części z robót budowlanych, których rozdzielenie na fragmenty jest możliwe, wykonawca PNiUIK mógł powierzyć podwykonawcom cały zakres tych robót, co jednocześnie nie stanowi powierzenia podwykonawcom realizacji całości zamówienia.

Przedmiot zamówienia obejmuje oprócz robót budowlanych szerszy zakres prac wskazany w OPZ, który będzie realizowany przez PNiUIK osobiście.

Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń, iż wykonawca PNiUIK zamierza powierzyć całość przedmiotu zamówienia podwykonawcom.

Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu w tym zakresie, nie wykazał, że czynności Zamawiającego względem oferty PNiUIK były nieprawidłowe i ze szkodą dla Odwołującego naruszały wskazane przez niego przepisy. Zarzut nr 4 również nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 Pzp (zarzut nr 5 cofnięty)

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2, z art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10, art. 118 ust. 1, 2 i 4 PZP (zarzut nr 6)

79. Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia PNiUIK i odrzucenia jego oferty, w sytuacji w której PNiUIK co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w Postępowaniu pkt. 8.6.1 lit c) IDW w ten sposób, że w swojej ofercie PNiUIK jako podmiot udostępniający zasoby i jednocześnie będący podwykonawcą w zakresie robót w branży srk jedynie dla pozorów, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, wskazał Zakłady Automatyki „KOMBUD” S.A., podczas gdy z wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny PNiUIK wynika, że w rzeczywistości roboty w branży srk PNiUIK zamierza powierzyć innemu podwykonawcy, nie zgłoszonemu jako podmiot udostępniający zasoby i w konsekwencji nie poddanemu procedurze weryfikacji pod względem spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i istnienia braku podstaw do wykluczenia, Zamawiający wskazuje że zarzut jest bezzasadny.

Aby została spełniona przesłanka z art. 109 ust. 8 i 10 należy wykazać, iż wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd, które musi być wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriami selekcji lub wynikiem zatajenia określonych informacji. Działania wykonawcy muszą być wynikiem zamierzonego działania, niedbalstwa lub lekkomyślności. Przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie.

Zamawiający wskazał również, że w orzecznictwie podkreśla się wyjątkowy charakter tej przesłanki z uwagi na szczególną dotkliwość, m.in. w wyroku KIO 211/22:

„Ocena w zakresie naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 pzp, w razie uznania przesłanki za spełnioną, odnosi skutek w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania, zatem z uwagi na szczególną dotkliwość, winna być dokonywana ze szczególną ostrożnością w procesie oceny zachowania wykonawcy. Wymaga przypomnienia fakt, że w zakresie dokumentów podmiotowych, ich treść nie potwierdzająca spełnienia warunku udziału w postępowaniu, skutkuje co do zasady, procedurą naprawczą przewidzianą w art. 128 p.z.p. wskazującym na prawo uzupełniania, poprawienia i udzielania zamawiającemu wyjaśnień. Na tej podstawie dopuszczalne jest żądanie dowodów, w tym dokumentów, jakkolwiek z uwzględnieniem zasady wypracowanej orzecznictwo wobec zasady równości wykonawców, jednokrotności żądania informacji na ten sam temat w tożsamym zakresie.”

Zgodnie z art. 118 ustawy Pzp:

„1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji

finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

3. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.”

Wykonawca PNiUIK w celu spełnienia warunku udziału określonym w pkt 8.6.1 lit. c) IDW posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego tj. Zakłady Automatyki Kombud S.A. i wypełniając dyspozycję art. 118 Pzp załączył wymagane oświadczenia i dokumenty, w tym również Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby na potrzeby realizacji zamówienia w którym osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu Kombud S.A. oświadczyły, iż:

„udostępniam Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie:

Zdolność techniczna lub zawodowa w zakresie wykonania w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: roboty budowlane polegające na Budowie lub Przebudowie co najmniej 1 (jednego) systemu stacyjnych, scentralizowanych komputerowych urządzeń srk lub przekaźnikowych urządzeń z komputerowym odwzorowaniem stanu urządzeń i sytuacji ruchowej.

„Prace na linii obwodowej w Warszawie (odc. Warszawa Gołąbki/Warszawa Zachodnia - Warszawa Gdańska)”

Termin realizacji: od 05.06.2017 r. do 07.06.2021 r.

Oświadczamy, że w ramach powyższego zadania ZAKŁADY AUTOMATYKI KOMBUD S. A faktycznie zrealizowała robotę budowlaną odpowiadającą swoim rodzajem robocie budowlanej stanowiącej przedmiot zamówienia na zakres której składa się m.in. roboty budowlane polegające na Budowie lub Przebudowie co najmniej 1 (jednego) systemu stacyjnych, scentralizowanych komputerowych urządzeń srk lub przekaźnikowych urządzeń z komputerowym odwzorowaniem stanu urządzeń i sytuacji ruchowej.

b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący:

W zakresie potencjału doświadczenia - Doradztwo techniczne i zawodowe oraz podwykonawstwo w zakresie robót, których dotyczy doświadczenie zawodowe podmiotu udostępniającego określone w pkt. a powyżej.

c) charakter stosunku łączącego mnie z Wykonawcą będzie następujący:

Oświadczamy, iż stosunek jaki będzie łączył naszą firmę z Wykonawcą będzie miał charakter umowy podwykonawczej.

d) zakres mojego udziału przy wykonywaniu Zamówienia będzie następujący:

Nasze zasoby będą wykorzystane przy realizacji robót których dotyczy doświadczenie zawodowe podmiotu udostępniającego określone w pkt a powyżej. Zakres będzie obejmował w szczególności roboty budowlane polegające na Budowie/Przebudowie systemu stacyjnych, scentralizowanych komputerowych urządzeń SRK/przełącznikowych urządzeń z komputerowym odwzorowaniem stanu urządzeń i sytuacji ruchowej

e) okres mojego udziału przy wykonywaniu Zamówienia będzie następujący:

Nasze zasoby będą wykorzystane w całym okresie niezbędnym do realizacji zamówienia.”

Z treści złożonego oświadczenia, Zamawiający nie ma żadnych wątpliwości, że zobowiązanie Zakładów Automatyki Kombud S.A. ma charakter realny i rzeczywisty.

Argumentując zarzuty dot. wystąpienia zdarzeń pozwalających kwalifikować jako wypełniające przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, Odwołujący wskazał, że wykonawca PNiUIK w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny niezasadnie wskazał ofertę innego podwykonawcy w zakresie realizacji zakresu z branży srk, a jedyną poprawną ofertą może być oferta Kombud S.A. Odwołujący wskazał również, że „zakłada, że PNiUIK w ramach wyjaśnień elementów cenotwórczych nie będąc w stanie przedstawić od Kombud oferty, która tłumaczyłaby cenę ustanowioną na tak niskim poziomie, posłużył się ofertą innego podmiotu na kwotę niższą, odbiegającą od warunków rynkowych.” Taka argumentacja prowadzi Odwołującego do wniosku, że wskazanie Zakładów Automatyki Kombud S.A. było czynnością jedynie pozorną.

Zamawiający wskazuje, że twierdzenia Odwołującego są nieprawidłowe i są to jedynie domysły nie poparte dowodami, a brak staranności w tym zakresie powoduje, że Odwołujący ponosi negatywne skutki niewykazania swoich twierdzeń.

Zamawiający podkreśla, że wyjaśnienia ceny rażąco niskiej oraz spełnianie warunków udziałów w Postępowaniu są odrębnymi instytucjami do których ustawodawca wprowadził inne przesłanki na ich spełnienie. Wykonawca składając wyjaśnienia ma obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, np. poprzez składanie ofert podwykonawców. Nie ma zakazu posługiwania się podmiotem rynkowym przy wyjaśnianiu ceny. Oferta podwykonawcy stanowi inny, posiłkowy dowód, który pokazuje realność zaoferowanej ceny.

Każdy wykonawca ma inne relacje ze swoimi kontrahentami, co oznacza również, że nieprawidłowe jest twierdzenie Odwołującego, że skoro dla Odwołującego Kombud S.A.

wyceniły roboty w zakresie branży srk na kwotę netto 2 128 624,16 zł to dla innych wykonawców ta kwota jest taka sama.

Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że w świetle przepisów ustawy Pzp dopuszczalna jest również zmiana podmiotu trzeciego na inny podmiot, o ile na taki sposób wykazywania warunków udziału w postępowaniu wykonawca powoływał się już w pierwotnie w ofercie lub zrealizowanie zadania zasobami własnymi.

Wobec powyższego zarzut jest bezzasadny i powinien podlegać oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 pkt. 1 PZP

Zamawiający wskazuje, że zarzut również nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 PZP: „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji , jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa, znajduje się w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.,

Zamawiający dokonał wnikliwej analizy zastrzeżeń wykonawcy.

Uznał, że PNUIK wykazał wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Wszyscy kontrahenci PNUIK zawarli w swoich ofertach/korespondencji informacje o konieczności zachowania ich w poufności. Oceniając wartość gospodarczą ofert podwykonawców, na uwagę zasługuje fakt, iż oferty to zostały specjalnie wycenione dla wykonawcy PNUIK, gdzie udzielono wyjątkowo korzystne rabaty. Okoliczność ta została potwierdzona w treści złożonych ofert. PNUIK w ocenie Opiniujących wykazał więc szczególną relację z podwykonawcami, którzy współpracują z wykonawcą na szczególnie korzystnych warunkach.

Następnie PNUIK wskazał, że: podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, iż Wykonawca nie dokonał ujawnienia do wiadomości publicznej ww. informacji, a nadto informacje te nie podlegały ujawnieniu osobom nieupoważnionym, jak również osobom nie objętym obowiązkiem zachowania poufności.”

Ostatnią przesłanką zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest, aby uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

PNUIK opisał przy tym, że: „co więcej Wykonawca podejmuje zgodnie z wymogiem zachowania należytej staranności działania organizacyjne wewnątrz swojego przedsiębiorstwa w zakresie zabezpieczenia oraz archiwizacji powyższych informacji w sposób uniemożliwiający ich przekazanie lub udostępnienie osobom trzecim, stosując

odpowiednie polityki dotyczące bezpieczeństwa informacji, czy zobowiązując pracowników, którzy posiadają dostęp do zastrzeżonych informacji umowy do zachowania ich w poufności. Należy podkreślić, że także wewnątrz organizacji Wykonawca ogranicza dostęp do poufnych informacji (również tych zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w związku z opracowanym wyjaśnieniem kwestii ceny) wyłącznie do tych swoich pracowników, członków organów korporacyjnych i doradców prawnych – adwokatów i radców prawnych (związanych tajemnicą zawodową), dla których posiadanie ww. informacji jest kluczowe do należytego wykonywania zobowiązań wobec Wykonawcy (np. w zakresie przygotowania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) i na których spoczywa obowiązek zachowania ww. informacji w poufności.”

Jako dowody działań podejmowanych celem ochrony poufności zastrzeganych informacji PNIUK przedstawił: zanonimizowaną umowę zakazu konkurencji zawierającą klauzulę poufności, Regulamin ochrony „tajemnicy przedsiębiorstwa”, Przykładowe oświadczenie pracownika o zachowaniu poufności, Politykę ochrony danych osobowych.

Wobec powyższego wykazał spełnienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa względem informacji zawartych w ofertach podwykonawczych złożonych jako załączniki do wyjaśnień ceny. Skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa wobec ofert podwykonawców.

Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie swoich twierdzeń i nie sprostał ciężarowi dowodu w tym zakresie, nie wykazał bowiem, że czynności Zamawiającego względem oferty PNIUIK były nieprawidłowe i ze szkodą dla Odwołującego naruszały wskazane przez niego przepisy ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia zastrzeżonych przez wykonawcę PNIUIK niejawnych wyjaśnień ceny (zarzut nr 7) jest bezpodstawny i nie zasługuje na uwzględnienie. Mając powyższe na uwadze wniósł, jak na wstępie.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Przedsiębiorstwo Napraw i Utrzymania Infrastruktury Kolejowej w Krakowie sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania w całości i dopuszczenie dowodów wskazanych.

[Zarzut 1 – rażąco niska cena]

Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny, sprowadza się do kwestionowania przez Odwołującego dwóch pozycji Rozbicia Ceny Ofertowej (dalej: „RCO”) Przystępującego, tj.:

- Poz. 2.3.3.1 RCO [Roboty branży automatyki i telekomunikacji, Zabudowa nowych urządzeń srk wraz ze zdalnym sterowaniem w stacji Syców: Dostawa, montaż zewnętrznych urządzeń srk] kwota ryczałtowa 56 915,87 PLN netto,
- Poz. 2.1.8 RCO [Roboty torowe i podtorzowe: Wzmocnienie podtorza] kwota ryczałtowa: 1 321 021,77 PLN netto.

Odwołujący nie wskazuje na inne elementy ceny. Zarzut opiera się zatem na kwestionowaniu możliwości wykonania zamówienia w cenie oferty z uwagi na wycenę dwóch elementów RCO: (-) dostawa i montaż zewnętrznych urządzeń srk w obrębie stacji Syców oraz (-) wzmocnienie podtorza.

Przystępujący zaprzecza, jakoby jego oferta zawierała rażąco niską cenę, w szczególności, aby kwestionowane poz. 2.3.3.1 RCO oraz poz. 2.1.8 RCO zawierały rażąco niską cenę.

W toku Postępowania wykazał i udowodnił, iż cena oferty oraz jej istotne części składowe nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i dają możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami.

Jak wynika z art. 228 ust. 1 pkt 8 Pzp, o rażąco niskiej cenie nie decydują poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena, jako wartość całkowita. Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc stwierdzenie, że cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp musi zostać poprzedzone procedurą z art. 224 Pzp. W jej ramach nie tylko cena całkowita oferty może podlegać badaniu, ale również jej istotne części składowe. Przyjmuje się, że istotnymi są przede wszystkim te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny. W szczególnych przypadkach, mogą to być również takie części wyceny przedmiotu zamówienia od których - ze względu na ich merytoryczne, realizacyjne znaczenie - zależy osiągnięcie celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, które samodzielnie mogą wpłynąć na należyte wykonanie całości zamówienia w cenie oferty. Najczęściej sprowadza się to do ustalenia, iż istotnymi częściami składowymi ceny będą te elementy, które ze względu na ich wartość, wielkość lub rozmiar, a tym samym znaczący udział w całości zamówienia, mają wpływ na wykonanie zamówienia.

Przepis stanowi o „istotnej części składowej” ceny oferty, nie zaś o jakiegokolwiek części składowej ceny. Nie odwołuje się „pozycji” wyceny, czy też do „ceny jednostkowej”.

Nie każda część składowa ceny ma charakter istotny. Jak wskazano w wyroku KIO 9/22: „Nie ma powodu badania każdego składnika cenowego w sytuacji, kiedy jest on niższy od cen podanych przez innych wykonawców. Oczywiście jest, że zawsze będą pojawiały się różnice w wycenie, wynikające przede wszystkim z walki konkurencyjnej. Natomiast, gdy bądź wycena danego elementu - istotnej części składowej jest na tyle niska, że ma istotny wpływ na zniżenie ceny całkowitej, bądź wycena danego - elementu składnika ceny wskazuje na wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia, ziszczają się przesłanki do zażądania

przez Zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy pzp od wykonawcy złożenia wyjaśnień w tym zakresie. W konsekwencji można żądać wyjaśnienia części składowej ceny, ale wówczas, gdy, zgodnie z art. 214 ustawy, ma ona charakter istotny.”.

Kwestia istotności elementów składowych ceny, podlega ocenie w odniesieniu do konkretnego postępowania.

Odwołujący w Zarzucie 1 buduje narrację dot. rażąco niskiej ceny oferty na tym, że 2 z ponad 200 pozycji ujętych RCO Przystępującego są niższe niż kwoty wskazane w jego ofercie lub ofertach konkurencji. Według Odwołującego poz. 2.3.3.1 RCO poz. 2.1.8 RCO stanowią na tyle kluczowe części składowe ceny oferty, że wpływają na realność wykonania całości zamówienia, co wykazuje m.in. przez porównanie ofert konkurencji. Odwołujący podnosi także, iż wg SWZ nie jest możliwe wliczanie kosztów danej pozycji RCO w inną pozycję.

Należy podkreślić w pierwszej kolejności, za Sądem Okręgowym w Katowicach, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu.

Całkowita cena brutto oferty PNiUIK wynosi 711 056 108,94 PLN i nie odbiega znacząco od innych ofert, w tym nie jest istotnie niższa od ceny Odwołującego, na co też wskazuje Odwołujący. Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia wynosi 889 290 000 PLN brutto. Całkowita cena brutto oferty PNiUIK stanowi zatem 80% budżetu Zamawiającego.

PNiUIK załączył do oferty RCO z rozbiem ceny oferty dla zakresu podstawowego, Opcji 1, Opcji 2, Opcji 3. Łącznie wykaz zawiera ok. 200 pozycji, z czego dla zakresu podstawowego rozbiem to obejmuje ponad 135 pozycji. Przystępujący wskazując podział ryczałtowej ceny zakresu podstawowego dla dwóch pozycji wskazał następujące wartości:

- Poz. 2.3.3.1 RCO [dostawa i montaż Dostawa, montaż zewnętrznych urządzeń srk w stacji Syców]: 56 915,87 PLN netto,

- Poz. 2.1.8 RCO [wzmocnienie podtorza]: 1 321 021,77 PLN netto.

Dowód: Oferta Przystępującego, Informacja o budżecie Zamawiającego

Brak istotności kwestionowanych pozycji RCO

Kwestionowane przez Odwołującego pozycje RCO nie są istotnymi częściami składowymi ceny. Udział procentowy wskazanych pozycji w cenie oferty dla zakresu podstawowego (czyli części składającej się na cenę oferty) wynosi:

Dla poz. 2.3.3.1 RCO 0,39% w ofercie Odwołującego, a 0,01% w ofercie Przystępującego

Dla poz. 2.1.8 RCO 0,61% w ofercie Odwołującego, a 0,25% w ofercie Przystępującego.

Wskazane pozycje nie są zatem - niezależnie od podmiotu składającego ofertę - istotnym czynnikiem cenotwórczym, ponieważ ich % udział w cenie dla zakresu podstawowego nie

zbliża się nawet do poziomu 1%. Wartość tych pozycji w ujęciu ceny całkowitej oferty jest jeszcze mniejsza. Wskazane pozycje są 2 z ok. 200, które należało podać w RCO i odnoszą się do wyceny zakresu podstawowego (ponad 135 pozycji RCO). Dotyczą jednego z czterech wyodrębnionych elementów zamówienia (zamówienie podstawowe, Opcja 1, Opcja 2, Opcja 3). Nie mogą zatem odgrywać kluczowej roli wpływającej na możliwość wykonania zamówienia za zaoferowaną przez wykonawców cenę. W tym znaczeniu nie stanowią istotnej części składowej ceny. Udział ww. pozycji w kształtowaniu ceny jest wręcz marginalny. Dotyczy to oferty Przystępującego ale i oferty Odwołującego. Należy zauważyć, że ww. pozycje kształtują się na podobnych % poziomach w pozostałych 10 złożonych ofertach, co tylko potwierdza tezę o ich nieistotnym znaczeniu w kontekście przepisów o rażąco niskiej cenie.

Nawet gdyby dokonać hipotetycznie zmiany kwestionowanych pozycji RCO w ofercie Przystępującego i w ich miejsce podstawić odpowiednie wartości z RCO Odwołującego, to oferta PNIUIK nadal byłaby ofertą najkorzystniejszą cenową. Podobnie, gdyby analogiczny zabieg wykonać w „drugą stronę”, czyli do oferty Odwołującego wprowadzić te wartości RCO Przystępującego, to oferta Przystępującego nadal byłaby na drugim miejscu rankingowym.

Ponadto należy wskazać, że zgodnie z:

Subklauzulą 14.1a SWZ-WU: Warunków Szczególnych Umowy („WSU”), Cena Kontraktowa jest zryczałtowaną Zaakceptowaną Kwotą Kontraktową, przy czym na mocy Subklauzuli 1.1.4.1 WSU, „Zaakceptowana Kwota Kontraktowa” oznacza całkowitą cenę brutto w rozumieniu IDW, po poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych, a jeżeli przeprowadzono aukcję elektroniczną oznacza całkowitą cenę brutto wg IDW uzyskaną w wyniku aukcji.

Pkt 12.4 SWZ-IDW, cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania oraz czynności i badania składające się na ich wykonanie, określone w PFU, w tym roboty tymczasowe i prace towarzyszące konieczne dla wykonania tych robót.

Pkt 12.5 SWZ-IDW, Wykonawca musi dołączyć do oferty wypełnione Rozbicie Ceny Ofertowej (RCO). Wykonawca musi wycenić wszystkie pozycje RCO, gdzie zarówno ceny jednostkowe, jak i cena za daną pozycję jest podana z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku i jest różna od zera. Każda pozycja RCO powinna zostać wyceniona zgodnie z zakresem w niej opisanym. Nie dopuszcza się wliczania kosztów jakiegokolwiek pozycji RCO w inną poz. RCO.

UWAGA: Wartość wykonania robót netto składających się na zakres Opcji nr 1 nie może być niższa niż 2% wartości robót netto składających się na Zakres podstawowy Zamówienia (bez Kwoty Warunkowej). Wartość wykonania robót netto składających się na zakres Opcji nr 2 nie może być niższa niż 1% wartości robót netto składających się na Zakres podstawowy Zamówienia (bez Kwoty Warunkowej). Wartość wykonania robót netto składających się na

zakres Opcji nr 3 nie może być niższa niż 4% wartości robót netto składających się na Zakres podstawowy Zamówienia (bez Kwoty Warunkowej).

Pkt 12.6 SWZ-IDW, sumaryczna wartość pozycji RCO dotyczących wykonania dokumentacji projektowej odrębnie dla każdego z zakresów (Zakres podstawowy – Opracowanie projektu budowlanego i projektów wykonawczych – pkt 1.1 – 1.15, Opcja nr 1 – Opracowanie projektów wykonawczych – pkt 1.1 – 1.6, Opcja nr 2 – Opracowanie projektów wykonawczych – pkt 1.1 – 1.5, Opcja nr 3 – Opracowanie projektów wykonawczych – pkt 1.1 – 1.6) nie może przekroczyć 7% wartości ceny ofertowej netto dla danego zakresu tj. Zamówienia podstawowego bez Kwoty Warunkowej, Prawa opcji nr 1 bez Kwoty Warunkowej, Prawa opcji nr 2 bez Kwoty Warunkowej oraz Prawa opcji nr 3 bez Kwoty Warunkowej.

Pkt 12.7 SWZ-IDW W przypadku niezachowania w ofercie (także będącej wynikiem aukcji elektronicznej) wymagań określonych w pkt. 12.5 i 12.6 oferta zostanie uznana za niezgodną z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ i będzie podlegać odrzuceniu.

Subklauzulą 1.1.1.11. WSU „Rozbicie Ceny Ofertowej”, które oznacza: arkusze ustalające podział Ceny Kontraktowej na poszczególne zagregowane pozycje w ustalonych podziałach branżowych.

Subklauzulą 1.1.4.13 WSU „Zasadniczy Przedmiar Robót Stałych (ZPRS)” stanowi uszczegółowienie Wykazu Płatności zgodnie z postanowieniami Subklauzuli 14.4 Warunków Szczególnych i służy do celów oszacowania wartości oraz zaawansowania Robót oraz nie ma żadnego wpływu na Cenę Kontraktową należną na mocy Kontraktu. ZPRS należy wykonać w formie uzgodnionej z Inżynierem i Zamawiającym. Zasadniczy Przedmiar Robót Stałych sporządzany jest w oparciu o Rozbicie Ceny Ofertowej.”,

Subklauzulą 14.6 WSU, Płatności będą dokonywane w następujący sposób:

- a) tam, gdzie pozycja w RCO jest wyceniona jako „kwota globalna”, płatność będzie dokonywana po zakończeniu wykonania tej pozycji, chyba że Zamawiający zatwierdzi dla szczególnych pozycji Płatność odpowiadającą procentowi ukończenia Robót („Uszczegółowienie RCO ofertowej”), podlegającą poświadczeniu przez Inżyniera;
- b) tam, gdzie pozycja w RCO jest wyceniona „za jednostkę”, płatność będzie dokonana po wykonaniu każdej jednostki lub kilku jednostek zależnie od wystąpienia Wykonawcy, a w przypadku zagregowanej pozycji będzie miała zastosowanie Subklauzula 14.1 (d) Warunków Szczególnych. Przejściowe Świadczenie Płatności wraz z protokołami odbioru są podstawą do wystawienia faktury przez Wykonawcę.

Wnioski:

- Cena oferty brutto jest ceną ryczałtową i uwzględnia wszelkie koszty związane z wykonaniem zamówienia, które można ustalić na podstawie opisu przedmiotu zamówienia (PFU). Zamawiający wskazał, że wymaga złożenia RCO, czyli arkuszy kalkulacyjnych

ustalających podział ceny kontraktowej (ceny oferty) na poszczególne zagregowane pozycje w ustalonych podziałach branżowych robót, zawierającego wycenę wszystkich pozycji. RCO w toku realizacji umowy będzie podstawą do dokonywania rozliczeń. Tam gdzie w RCO jako cenę pozycji podano cenę ryczałtową, płatność co do zasady będzie dokonywana po wykonaniu tego zakresu.

Pozycje 2.3.3.1 oraz 2.1.8 RCO zgodnie z RCO stanowią „kwoty ryczałtowe”, więc wykonawca powinien założyć zapłatę po wykonaniu/odbiorze tego zakresu. Zgodnie z Umową, ZPRS nie jest podstawowym wykazem służącym do dokonywania zapłaty za wykonanie i odebrane roboty.

- na etapie badania oferty RCO jest podstawą do ustalenia, czy wycena Opcji 1, Opcji 2, Opcji 3 oraz dokumentacji projektowej jest zgodna z zasadami narzuconymi przez Zamawiającego. RCO może być pomocne dla przy ustaleniu, czy istotne części składowe ceny oferty wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia ale powyższe nie oznacza automatycznie, że każda pozycja RCO jest „istotną częścią składową” ceny całkowitej w rozumieniu art. 224 ust. 1 Pzp. Brak jest uzasadnienia dla traktowania pojedynczych pozycji w RCO jako „istotnych części składowych” tylko dlatego, że zostały wyodrębnione. To, iż Zamawiający opisał w RCO elementy przedmiotu zamówienia, których wykonania wymaga, nie zmienia faktu, że są wśród nich zakresy o różnej wadze cenotwórczej. Natomiast treść pkt 12.5 i 12.6 SWZ-IDW wyraźnie wskazuje, że za istotne elementy składowe ceny brutto należy uznać ceny dla zakresu podstawowego, Opcji 1, Opcji 2, Opcji 3 i prac projektowych. Zamawiający dał temu wyraz jasno w SWZ.

Do zbieżnych wniosków prowadzi analiza funkcjonalności i rzeczowej istotności kwestionowanych przez Odwołującego.

Żadna z wyodrębnionych prac: dostawa, montaż zewnętrznych urządzeń srk na stacji Syców oraz wzmocnienie podtorza, samodzielnie nie jest w stanie funkcjonować jako kluczowa dla wykonania zakresu zamówienia.

W przypadku dostawy, montażu zewnętrznych urządzeń srk na stacji Syców, docelowe urządzenia zewnętrzne będą zabudowane w końcowej fazie projektu. Ich działanie jest ściśle uzależnione od zabudowanych urządzeń wewnętrznych. Nie ma możliwości, aby z funkcjonalnego punktu widzenia uruchomić same urządzenia zewnętrzne bez przygotowania wewnętrznych. Komisyjne Odbiory urządzeń srk odbywające się w terenie wymagają kompatybilnego działania równocześnie warstwy zewnętrznych i wewnętrznych urządzeń srk. Oznacza to, że kwestionowany przez Odwołującego zakres samodzielnie nie stanowi istotnego elementu składowego.

Należy zauważyć, że Odwołujący wskazuje na to, iż system srk ma istotne znaczenie realizacyjne. System srk to zespół różnych współdziałających ze sobą urządzeń.

Przedstawiono ujęcie cenowe „systemu srk” na stacji Syców wg RCO (w porównaniu do wybranych ofert wykonawców):

2.3.3 Zabudowa nowych urządzeń srk wraz ze zdalnym sterowaniem w stacji Syców

Suma Pozycji RCO (2.3.3.1-2.3.3.7) - 6 727 969,90, 6 429 086,52, 4 596 357,23 zł

Oferta Przystępującego zawiera najwyższą cenę z przedstawionych powyżej za wykonanie pełnego zakresu prac srk na stacji Syców. Jest wyższa także od oferty Odwołującego.

Podobnie należy traktować prace związane ze wzmocnieniem podtorza, które same w sobie nie stanowią istotnej części składowej ceny. Wyodrębnienie poz. 2.8.1 RCO potwierdza, iż jest to element ceny oferty, natomiast nie przesądza o istotności tej części składowej.

Reasumując żadna z kwestionowanych przez Odwołującego pozycji nie stanowi istotnej części składowej ceny oferty; nie oddziałują one w sposób kluczowy na wartość ceny oferty. Okoliczność, iż są one niższe od wartości, które podaje Odwołujący może co najwyżej świadczyć o tym, iż Przystępujący ma lepsze indywidualne właściwości związane z wyceną robót, w tym zasoby własne i pozycje negocjacyjne.

Dostawa, montaż zewnętrznych urządzeń srk

Przystępujący podkreśla, że w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny udowodnił Zamawiającemu, iż cena przewidziana w poz. 2.3.3.1 RCO jest ceną rynkową. Przedstawił w ofertę znanego i renomowanego podmiotu, która została opracowana dla przedmiotowego zamówienia. Nie ma żadnych przekonujących argumentów, które mogłyby podważyć prawidłowość dokonanej przez podwykonawcę wyceny.

Dowód: Wyjaśnienia Przystępującego z dnia 23 czerwca 2023 r. (załącznik 18) oraz 21 lipca 2023 r. (załączniki II-1b i II-1c) – załącznik do protokołu Postępowania

Wzmocnienie podtorza .

Należy podkreślić, że sformułowanie zarzutu rażąco niskiej ceny nie polega tylko na wskazaniu niektórych pozycji z kosztorysu ofertowego przeciwnika i porównaniu ich z własną ofertą. Odwołujący powinien wykazać, że obiektywnie dana istotna cena jednostkowa nie spełnia podstawowych wymogów realności. Oznacza to obowiązek opisanie w sposób konkretny okoliczności, które powinny budzić wątpliwości Zamawiającego. Za niewystarczające należy uznać więc budowanie Zarzutu 1 w zakresie „Wzmocnienia podtorza” na tym, iż Odwołujący sam przyjął za ten zakres cenę wyższą. Nie jest możliwe skonstruowanie skutecznego zarzutu w oparciu jedynie o subiektywne przekonanie Odwołującego co do rzeczywistości. KIO nie orzeka bowiem na podstawie przekonania stron.

Ponadto, w odniesieniu do zastrzeżenia Odwołującego, co do przedstawienia na rozprawie dowodów w zakresie rzekomo rażąco niskiej ceny, należy podkreślić, że - co prawda art. 535 Pzp pozwala na przedstawianie dowodów na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie

twierdzeń strony przeciwnej, aż do zamknięcia rozprawy - to jednak nie można tracić z pola widzenia istotnej zasady postępowania przed KIO, zasady szybkości postępowania. Należy zatem poddać ocenie także przyczyny złożenia wniosku dowodowego dopiero na rozprawie, a nie w terminie wcześniejszym.". Tak samo należy ocenić sytuację, gdy wniosek dowodowy został sformułowany w odwołaniu ale wraz z odwołaniem nie zostały przedstawione żadne dowody w tym zakresie. Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. KIO winna zatem odmówić przeprowadzania dowodów, o których wykonawca wiedział już na etapie składania odwołania, ale ich nie załączył.

Przystępujący wskazuje, iż przy wycenie robót wzmocnienia podtorza opierał się na danych PFU (m.in. pkt 3.7.2), Raportu z badań geotechnicznych dotyczący wstępnej oceny warunków gruntowo – wodnych toru nr 1 linii kolejowej nr 181 od km 103+300 do km 148+000 (Kępno - Oleśnica), oraz wyjaśnieniach do SWZ, w tym odp. na pytania 83, 84, 508, 623, 626, 627.

Generalnie wzmocnienie podtorza jest zakładane na odcinkach wskazanych w PFU i taką sumaryczną długość należy przyjąć do wyceny. Zamawiający wskazał, że przewiduje przede wszystkim wzmocnienie podtorza przez zabudowę warstw wzmacniająco-ochronnych i pokryć ochronnych (wzmocnienie podtorza warstwą ochronną), np. geowłókniną oraz dopuścił wykorzystanie w tym celu tłucznia, materiału istniejącego w torach.

Wykonawca przedstawił w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wycenę własną oraz ofertę podwykonawcy. Zamawiający nie miał wątpliwości, że wykonanie robót w tych warunkach jest możliwe za zaoferowaną cenę.

Reasumując, Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane pozycje RCO obejmują istotne części przedmiotowego zamówienia, które mogą mieć wpływ na przyjęcie, że całościowa cena oferty jest rażąco niska. Odwołujący nie wykazał również jaki jest wpływ kwestionowanych przez niego pozycji na prawidłowość wykonania całego zamówienia oraz, że Przystępujący nie jest w stanie wykonać całego przedmiotu zamówienia za cenę określoną w ofercie.

[Zarzut 2 – Niezgodność oferty Przystępującego z SWZ]

Odwołujący stwierdza, iż w zakresie dotyczącym poz. 2.3.3.1 RCO, Przystępujący oferuje wykonanie zamówienia niezgodnie z SWZ, przez nieuwzględnienie „szeregu kosztownych elementów i urządzeń służących do srk”, zatem oferta winna zostać odrzucona (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp).

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność taka polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy w ofercie ze

świadczeniem, którego wymaga Zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia. Aby zastosować tę podstawę musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność polega z konkretnie postanowieniami SWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jasno wskazuje, że świadczenie oferowane jest niezgodne z SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Odwołujący powinien jednoznacznie wskazać, w jakim zakresie oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, a nie wywodzić ten fakt jedynie z racji rażąco niskiej stawki za realizację określonej pozycji. Odwołujący całą argumentację opiera na wysokości kwoty poz. 2.3.3.1 RCO. Nie sposób przyjąć, że tylko na podstawie tych danych można wykazać niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Odwołujący w ramach Zarzutu 2 przedstawia wątpliwości, ale nie wskazuje jednoznacznie z jakimi warunkami zamówienia oferta jest niezgodna, jakich elementów Przystępujący nie wycenił lub w jakim zakresie poczynił błędne założenia.

Tymczasem z żadnego elementu oferty PNiUIK nie wynika, iż zamierza on realizować zamówienia niezgodnie z założeniami SWZ. Przy tym Zamawiający nie zażądał, aby wykonawcy przedstawili w ofertach jakikolwiek opis/koncepcję wykonywania robót, w szczególności w zakresie dostawy i montażu urządzeń zewnętrznych srk na stacji Syców. W konsekwencji kluczowe znaczenie mają oświadczenia złożone w ofercie odnoszące się do wykonania zamówienia. PNiUIK złożył w ofercie (załącznik nr 1- Formularz ofertowy) stosowne oświadczenia. Dowód: oferta – załącznik do protokołu Postępowania

W wyjaśnieniach ceny z dnia 23.06.2023 r., Przystępujący także podkreślał, że „Oferta zawiera wszystkie elementy przedstawione przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej, a cena zawiera wszystkie związane z tym koszty”. Ze szczegółowych wyjaśnień nie wynika natomiast zamiar wykonania zamówienia w sposób niezgodny z warunkami zamówienia.

Reasumując Zarzut 2, uznać należy za niewykazany. Argumentacja Odwołującego sprowadza się do przedstawienia niskiej ceny w kwestionowanej przez niego pozycji RCO. Przystępujący od początku oferował wykonanie zamówienia zgodnie z warunkami.

[Zarzut 3 – wielokrotne wzywanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny]

Odwołujący stwierdza, że Zamawiający nie powinien wzywać PNiUIK do wyjaśnień w zakresie rnc więcej niż jeden raz, gdyż po otrzymaniu pierwszych wyjaśnień przedłożonych przez PNiUIK, Zamawiający powinien był dojść do wniosku, że PNiUIK nie udowodnił, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Zarzut odnosi się wyłącznie do kwestii oceny poprawności przeprowadzenia procedury wyjaśnień, w kontekście liczby wezwań wykonawcy, oraz domniemanego braku obalenia podejrzenia rażąco niskiej ceny na to, iż – wg Odwołującego- oceniane przez

Zamawiającego winny być wyłącznie wyjaśnienia z 23 czerwca 2023 r. (bez kolejnych odpowiedzi). Odwołujący stoi na stanowisku, iż wyjaśnienia te nie są szczegółowe.

Przepisy ustawy Pzp nie ustalają liczby wezwań do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, które mogą zostać przekazane wykonawcy. Brak jest przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeśli pierwotne wyjaśnienia wykonawcy nie rozwiały wątpliwości zamawiającego lub gdy istnieje w danym zakresie potrzeba uzyskania bardziej szczegółowych wyjaśnień albo gdy wezwanie zamawiającego miało charakter na tyle ogólny, że nie można z jego treści wyczytać, które elementy kalkulacyjne budziły wątpliwości zamawiającego. Mogą również zdarzyć się sytuacje, kiedy bardziej szczegółowe wyjaśnienia okażą się konieczne także w przypadku wezwania szczegółowego.

Generalnym ograniczeniem dla kolejnych wezwań wykonawcy do wyjaśnień ceny oferty jest sytuacja, gdy uprzednio złożone przez wykonawcę wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne, a wykonawca nie podjął nawet próby udowodnienia, że skalkulowana przez niego cena jest ceną realną oraz rynkową i gwarantuje prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Zatem w sytuacji gdy wykonawca nie dołoży należytej staranności przy składaniu wyjaśnień, nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie wysokości ceny, to brak jest obowiązku ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Rygor dowodowy, który ustawa nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie Pzp.

Należy podkreślić, że Zamawiający miał prawo - i czynił to zgodnie z art. 224 Pzp- do kilkukrotnego wzywania PNiUIK do wyjaśnień i dowodów w zakresie rnc. Przystępujący przekazywał wyjaśnienia w terminach wyznaczonych (lub przedłużanych).

Przystępujący został wezwany do wyjaśnień 6 czerwca („Wezwanie 1”), 7 lipca („Wezwanie 2”) i 22 sierpnia 2023 r. („Wezwanie 3”).

Wezwanie 1 zostało sformułowane w sposób ogólny, w oparciu na literalnym brzmieniu przepisu. Zamawiający wskazał, że wymaga złożenia „szczegółowych”, „merytorycznych” wyjaśnień oraz dowodów w zakresie wyliczenia ceny za realizację zamówienia. Wezwanie 1 nie określało ani sposobu, ani konkretnego zakresu przedstawienia informacji odnośnie ceny. Zamawiający nie poinformował PNiUIK, jakie elementy oferty budzą wątpliwości co do ewentualnego rażącego zaniżenia oferty. Dowód: Wezwanie 1

Przystępujący złożył szczegółowe wyjaśnienia, poparł je dowodami, ale w ocenie Zamawiającego niektóre elementy wyjaśnień, co do kosztów, czy założeń kalkulacyjnych wymagały innego przedstawienia i w konsekwencji dalszego uzasadnienia. Z tego powodu, dopiero w Wezwaniu 2, Zamawiający sformułował oczekiwanie dotyczące przedstawienia określonych kosztów, co najmniej w stopniu szczegółowości wskazanym w RCO tj. dla każdej pozycji osobno, a ponadto wskazał, że tam gdzie PNiUIK opiera się na ofertach

podwykonawczych przedstawionych na dowód należytej wyceny, to również te oferty powinny odpowiadać swoją szczegółowością RCO. Pozostałe elementy wezwania odnosiły się do innego, niż przyjęty przez Przystępującego, sposobu przedstawienia wyceny oraz dowodów w tym zakresie. W wyroku KIO 834/1 Izba wprost wskazała, że „Fakt, iż dokonany przez wykonawcę podział prac przewidzianych do wykonania nie pokrywa się z podziałem prac w dokumentacji projektowej czy też innym podziałem w dokumentacji przetargowej nie przesądza o wadliwości jego sporządzenia, a w konsekwencji także o tym, że cena z niego wynikająca jest rażąco niską. Wykonawca ma przedstawić składniki zaoferowanej ceny oraz sposób kalkulacji, nie można uznać, że był zobligowany do sporządzenia i przedstawienia kalkulacji w formie odzwierciedlającej podział wskazany w dokumentacji przetargowej.”

W odniesieniu do przedstawionych dowodów PNiUIK w celu wykazania braku rażąco niskiej cen, że dowody takie zostały złożone już w odpowiedzi na Wezwanie 1. Jednocześnie rygor dowodowy, nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie. W Wezwaniu 1 Zamawiający nie domagał się przedłożenia konkretnych dowodów na potwierdzenie sposobu skalkulowania ceny. Nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca udowodnił brak rnc dowodami, które jego zdaniem uzasadniają przyjętą wycenę. W Wezwaniu 2, po analizie wyjaśnień, Zamawiający wskazał konkretnie oczekiwania względem informacji i w jakim zakresie – w odniesieniu do jakich konkretnie branż - należy złożyć dodatkowe wyjaśnienia. Odwołujący zadośćuczynił temu obowiązkowi.

W odniesieniu do Wezwania 3, gdzie Zamawiający dostrzegł niewłaściwie załączony załącznik, należy podkreślić dwie kwestie.

Po pierwsze, już z oferty podwykonawcy złożonej z wyjaśnieniami na Wezwanie 1 wynika, jaki zakres prac jest nią objęty w odniesieniu do RCO Przystępującego oraz jaka jest kwota założona przed podwykonawcą na wykonanie tego zakresu.

- Poz. 1, 2, 3 i 4 oferty podwykonawcy – poz. 2.2.1 RCO, poz. 2.2.2 RCO, poz. 2.2.4 RCO i poz. 2.2.3 RCO.

Przekazany w wyniku Wezwania 3 dokument nie odnosił się więc do udowodnienia ceny w nowym zakresie. Wycena pozycji RCO objętych ofertą podwykonawcy została przekazana już w ramach wyjaśnień z dnia 23 czerwca 2023 r.

Po drugie, wyjaśnienia nie są jedynie czysto formalnym elementem procedury udzielania zamówienia, lecz służą do uzyskania informacji, czy cena jest realna. W przypadku oferty PNiUIK powyższe zostało wykazane przed Wezwaniem 3. Trudno popierać zarzut, jakoby omyłka, która została szybko usunięta, miała stanowić podstawę odrzucenia oferty. Należy zaznaczyć, że formalizm postępowania nie jest ani nadrzędną wartością, ani celem samym w sobie, dlatego nie może wypaczać sensu wszczęcia postępowania o udzielenie

zamówienia, którym jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należy tego wykonania zamówienia.

Na zakończenie, że decyzja zamawiającego, czy wykonawca złożył wystarczające wyjaśnienia, jest autonomiczną oceną zamawiającego, który ocenia otrzymane informacje. Cytowane przez Odwołującego Wezwania nie wskazują na brak wywiązania się z obowiązku złożenia wyjaśnień dotyczących rnc, lecz na konkretne wątpliwości Zamawiającego.

Analiza treści Wezwań 1-3 oraz złożonych wyjaśnień i dowodów w zakresie rnc, potwierdza, iż Zamawiający miał prawo i obowiązek wyjaśniania oferty przez skierowanie do niego 3 wezwań i uwzględnienia odpowiedzi w tym zakresie. Odwołujący tendencyjnie interpretuje treść Wezwań 1-3 oraz wyjaśnień, wyłącznie w celu wsparcia z góry postawionej tezy, jakoby wyjaśnienia PNiUIK złożone na Wezwanie 1 był lakoniczne, ogólne i nieudowodnione do tego stopnia, że brak było podstaw do prowadzenia dalszych wyjaśnień w tym zakresie, a oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu. Przystępujący udzielił rzetelnych wyjaśnień znajdujących oparcie w załączonych dowodach. Z tego powodu wnioski Odwołującego nie mają żadnego przekonującego oparcia w stanie faktycznym sprawy. Odwołujący nie wskazał żadnych przekonujących argumentów mających przesądzić o tym, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny faktycznie są sporządzone w sposób nakazujący uznanie, iż Przystępujący nie udowodnił, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W przedmiotowym stanie faktycznym brak jest podstaw do odrzucenia oferty, Przystępujący udowodnił, iż cena jego oferty nie jest rażąco niska, a prowadzony przez Zamawiającego proces wyjaśnień był zgodny z ustawą.

[Zarzut 4 – zakres podwykonawstwa]

Odwołujący podnosi, że PNiUIK wskazał w ofercie, iż powierzy wykonanie całości przedmiotu zamówienia podwykonawcom, podczas gdy jest to niedopuszczalne i powinno prowadzić do odrzucenia oferty PNiUIK jako niezgodnej z ustawą. Wnioski Odwołujący wyprowadza z Formularza ofertowego, w którym PNiUIK, oprócz szczegółowo wymienionych branż, które planuje realizować za pośrednictwem podwykonawców, wskazał także „Roboty pozostałe”. To sformułowanie – zdaniem Odwołującego – przesądza o zamiarze powierzenia przez Przystępującego 100% zamówienia podwykonawcom.

Zgodnie z art. 462 ust. 1 Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Wskazany przepis jest powtórzeniem art. 36a ust. 1 ustawy Pzp z 2004 r. Na jego gruncie opinię dopuszczającą powierzenie całości realizacji zamówienia podwykonawcom przedstawił UZP, wskazując, że wykładni przepisu należy dokonywać łącznie z art. 36a ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. (odpowiednik obecnego art. 121 Pzp). W drugim z ww. przepisów przewidziana została możliwość zastrzeżenia przez zamawiającego

obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zamówienia. Zdaniem UZP, w sytuacji gdy zamawiający nie skorzysta z ww. uprawnienia, wykonawca będzie mógł powierzyć wykonanie całości zamówienia podwykonawcy, podwykonawcom. Analogiczne stanowisko wyraził przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu, w dnia 6 listopada 2018 r. (XI Ga 597/18), w którym stwierdził: „W świetle regulacji Pzp, jeżeli zamawiający nie skorzysta z uprawnienia określonego w art. 36a ust. 2 Pzp, to wykonawca może powierzyć realizację całości zamówienia publicznego innemu podmiotowi. W drugim z ww. przepisów przewidziana została możliwość zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zamówienia. A zatem, w sytuacji, gdy zamawiający nie skorzysta z ww. uprawnienia, wykonawca będzie mógł powierzyć wykonanie całości zamówienia podwykonawcy. Tym samym powierzenie podwykonawcy nawet całości przedmiotu zamówienia nie będzie mogło być uznane za naruszenie zasady pzp, zakazującej zmian podmiotowych. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za realizację zamówienia (art. 474 kc). Zamawiający, jako podmiot prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia, dla skutecznego skorzystania z uprawnienia do żądania osobistego wykonania określonych elementów (części) zamówienia, jest zobligowany do wyeksponowania w dokumentacji przetargowej (w treści siwz), które elementy zamówienia (objęte obowiązkiem osobistego wykonania) są przez niego definiowane jako kluczowe w rozumieniu art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp”..

Odpowiednio do art. 462 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Brzmienie przepisu wprowadzające fakultatywne wymaganie żądania o części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, przesądza o jego informacyjnym charakterze. W szczególności, gdy Zamawiający nie ograniczy zakresu podwykonawstwa, to informacja o zamiarze powierzenia prac podwykonawcy nie jest objęta zakresem treści oferty i nie przekłada się na treść przyszłego zobowiązania. Podanie zakresu prac, które będą wykonane przez podwykonawcę ma charakter informacyjny.

Warto wskazać, że w przypadku ewentualnych wątpliwości co do informacji o zakresie zadania przewidzianego do powierzenia podwykonawcom, zamawiający ma możliwość skorzystania z instytucji wyjaśnień z art. 223 ust. 1 Pzp (gdy informacje te stanowią treść oferty) lub w art. 128 ust. 4 ustawy Pzp (gdy informacje te stanowią element JEDZ).

Trzeba podkreślić, że Zamawiający w pkt 14 SWZ-IDW oraz w Subklauzuli 4.4 SWZ-WU nie ograniczył możliwości realizacji zamówienia za pośrednictwem podwykonawców, nie ustanowiono zakazu realizacji całego zamówienia za pośrednictwem podwykonawców.

Niezależnie od powyższych wywodów, należy podkreślić, że Przystępujący wcale nie zamierza powierzyć podwykonawcom realizacji 100% zakresu zamówienia. Zakresy opisane

przez Przystępującego jako te, które planuje powierzyć podwykonawcom są dość ogólne i należy je czytać łącznie z innymi dokumentami złożonymi w Postępowaniu. Wówczas jasne staje się to, że intencją PNiUIK nie jest wykonanie zamówienia wyłącznie przy udziale podwykonawców, bowiem on sam będzie zaangażowany w realizację robót. Określenie „Roboty pozostałe” podane w informacji o zamiarze powierzenia podwykonawcom prac, odnosi się do zakresu wskazanego w RCO jako „Roboty pozostałe” (poz. 3) RCO, nie zaś do wszelkiego rodzaju robót nie wymienionych w tej informacji.

Na osobistą realizację zamówienia Przystępujący wskazywał także w wyjaśnieniach rnc z dnia 23 czerwca 2023 r., gdzie PNiUIK wskazał, że zamierza osobiście wykonać część przedmiotu zamówienia tj.:

„4. Wykonawca posiada w swoich zasobach główne kompetencje dla realizacji tego typu robót, to jest w szczególności siły własne do prowadzenia prac torowych i podtorzowych, robót branży energetycznej, robót branży automatyki i telekomunikacji, robót branży obiekty inżynieryjne, co pozwoliło Wykonawcy na ograniczenie kosztów związanych z wykorzystaniem zasobów podmiotów trzecich w zakresie powyższych branż.

5. Wykonawca dysponuje bogatą bazą specjalistycznego sprzętu zarówno do robót torowych w tym oczyszczarki tłucznia, podbijarki samo niwelujące tor, podbijarki rozjazdowe, profilarki, dynamiczny stabilizator toru, pełne wahadła do przewozu szyn, podkładów i tłucznia jak i inżynieryjnych – specjalistyczne dźwigi, koparki oraz sieci trakcyjnej pociąg sieciowy, montażowy, palownice, co pozwoliło Wykonawcy na ograniczenie kosztów związanych z wykorzystaniem sprzętu na potrzeby realizacji zadania objętego Postępowaniem.

6. Wykonawca dysponuje odpowiednimi zasobami wykwalifikowanej kadry kierowniczej jak i wykonawczej, co pozwoliło Wykonawcy na ograniczenie liczby pracowników podmiotów zewnętrznych i co umożliwi optymalizację wykorzystania zasobów ludzkich.”.

oraz „Na potwierdzenie powyższego w załączeniu przedkładamy tabelę przedstawiającą wynagrodzenie pracowników produkcyjnych (zatrudnionych na podstawie umów o pracę) w Spółce PNiUIK, którzy zgodnie z założeniami Wykonawcy zostaną zaangażowani w realizację zamówienia, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia to Wykonawca zawrze umowę z Zamawiającym.”.

Dowód: Wyjaśnienia Przystępującego z dnia 23 czerwca 2023 r.

Powyższe znajduje także potwierdzenie Wykazie osób skierowanych do realizacji Zamówienia, gdzie dwie osoby z kluczowego personelu ujęte na poz. 1 i poz. 2 (kierownik budowy, kierownik robót) stanowią zasób własny Przystępującego - umowy o pracę.

Wobec tego Odwołujący wyprowadził nieprawidłowe wnioski z informacji o zamiarze powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom. Przystępujący przewiduje, że będzie realizował prace przy udziale podwykonawców, ale nie powierzy im 100% zakresu zamówienia. Będzie osobiście uczestniczył w wykonaniu robót. Ewentualne wątpliwości

mógłby wyjaśnić w trybie przewidzianym ustawą Pzp – jako wyjaśnienie treści JEDZ lub oferty.

Ponadto Zamawiający nie ograniczył możliwości realizacji zamówienia przy udziale podwykonawców, co oznacza względną swobodę wykonawców przy planowaniu realizacji zamówienia z udziałem podwykonawców. Żaden przepis ustawy Pzp nie zabrania wykonania całości zamówienia przy udziale podwykonawców.

Brak jest zatem okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających odrzucenie oferty PNiUIK ze względu na niezgodność oferty z przepisami ustawy (art. 226 ust. 1 pkt. 3) ustawy Pzp).

[Zarzut 6 – pozorność udziału Kombud S.A. w wykonaniu zamówienia]

W Zarzucie 6, Odwołujący stawia tezę jakoby Przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, tj. wskazał Kombud S.A. jako podmiot udostępniający zasoby i jednocześnie podwykonawcę w zakresie robót w branży srk jedynie dla pozorów, w celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu, podczas gdy z wyjaśnień rnc PNiUIK wynika, że w rzeczywistości roboty te zamierza powierzyć innemu podwykonawcy – podmiotowi, który nie został poddany procedurze weryfikacji pod względem spełniania warunków udziału w Postępowaniu. W ocenie Odwołującego powyższe wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp.

Trzeba podkreślić, że zarzut został oparty wyłącznie na przypuszczeniach Odwołującego, które nie mają żadnego oparcia w stanie faktycznym sprawy.

Zgodnie z art. 118 ust. 1-3 Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Dysponowanie zasobami innego podmiotu ma wynikać z przedstawionych dowodów. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu, zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego potwierdzenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony. Z treści złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego, zamawiający ustala, czy wykonawca przy

wykazywaniu zdolności do realizacji zamówienia innego podmiotu, będzie realnie uprawniony do korzystania z tych niezbędnych zasobów w czasie realizacji zamówienia.

Zgodnie z pkt 8.6.1 lit. c) SWZ-IDW, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w wykonawca musiał potwierdzić, iż wykonał: roboty budowlane polegające na Budowie lub Przebudowie co najmniej 1 (jednego) systemu stacyjnych, scentralizowanych komputerowych urządzeń srk.

Przystępujący w ofercie wskazał, że w celu spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu korzysta z zasobów podmiotu trzeciego – Kombud S.A. i załączył wymagane w SWZ-IDW oświadczenia i dokumenty, w tym m.in. zobowiązanie Kombud S.A. do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, w tym zobowiązanie Kombud S.A. do uczestnictwa w realizacji zamówienia poprzez doradztwo techniczne i zawodowe oraz podwykonawstwo w zakresie robót polegających na /.../. Nie ma zatem podstaw, aby stwierdzić, że zobowiązanie Kombud S.A. w wykonaniu zamówienia nie ma charakteru realnego, lub czynność Przystępującego. Dowód: oferta Przystępującego, w tym zobowiązanie Kombud S.A.

Pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym jako informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości.

Skoro PNiUIK przekazał dokumenty, zobowiązania, z których jednoznacznie wynika, iż będzie mógł realizować zamówienie mając dostęp do zasobów Kombud S.A. i Kombud S.A. złożył w tym zakresie jasną deklarację, to nie ma podstaw przyjęcia, iż oświadczenia są nieprawdziwe lub stanowią informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego.

Odnosząc się do pozostałych wywodów Odwołującego należy także wskazać, że:

oceniając wyjaśnienia ceny przez pryzmat treści oferty należy również mieć na względzie cel, jaki przyświeca składaniu takich wyjaśnień oraz konieczność złożenia dowodów. Celem tym jest uprawdopodobnienie zaoferowanej ceny, wykazanie, że jest ona realna i umożliwia należyte wykonanie zamówienia. W tym celu wykonawcy niejednokrotnie jako dowody składają oferty podwykonawców. Fakt pozyskania ofert potencjalnych podwykonawców i przedstawienie ich w celu uprawdopodobnienia zaoferowanej ceny nie niweczy oświadczenia o podwykonawstwie złożonego w ofercie. Przedstawianie ofert podwykonawczych w ramach wyjaśnień rnc ceny służy zatem wykazaniu realności ceny i nie oznacza automatycznie zamiaru zmiany treści oferty co do deklaracji udziału podwykonawców/podmiotów trzecich. W wyjaśnieniach dotyczących ceny PNiUIK, brak jest oświadczeń sprzecznych z oświadczeniem złożonym wraz z ofertą odnoszącym się do podmiotu trzeciego, więc nie ma podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący posłużył się zobowiązaniem Kombud S.A. tylko dla pozorów.

Przystępujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu i w przypadku Kombud S.A. przedstawił dowody potwierdzające, że ma zagwarantowany realny dostęp do zasobów tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, ale - z ostrożności wskazuje także na to, iż - zgodnie z art. 123 Pzp wykonawca nie może powołać się na własne doświadczenie w ofercie, a następnie dokonać po upływie terminu składania ofert zmiany na doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby. Natomiast zmiana podmiotu trzeciego jest możliwa. Przepisy Pzp nie zabraniają rezygnacji z korzystania z uprzednio zgłoszonego podmiotu trzeciego. Art. 123 Pzp stanowi jedynie, że wykonawca nie może powołać się na własne doświadczenie w ofercie, a następnie dokonać po upływie terminu składania ofert zmiany na doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby. Potwierdziła to KIO w wyroku KIO 3570/21, w którym Izba wskazała: „Przepisy p.z.p. nie zabraniają wykonawcy rezygnacji z korzystania z uprzednio zgłoszonego na etapie składania ofert podmiotu trzeciego w toku postępowania i ostatecznie powołania się na własne doświadczenie w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu. Art. 123 p.z.p. stanowi jedynie, że wykonawca nie może powołać się na własne doświadczenie w ofercie, a następnie dokonać po upływie terminu składania ofert zmiany na doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby. Ponadto, skoro wykonawca ma możliwość zamiany (zastąpienia) podmiotu na zasoby, którego powoływał się na etapie badania i oceny oferty na inny podmiot, to uznać należy, że może w ogóle zrezygnować z korzystania z zasobów podmiotów trzecich. Takie działanie może mieć miejsce zwłaszcza w przypadku, gdy po upływie terminu składania ofert, wykonawca zacznie sam spełniać dany warunek dotyczący doświadczenia, postawiony przez zamawiającego. Należy podzielić także stanowisko, wskazujące na możliwość samodzielnej zmiany podmiotu trzeciego na zasób własny bez uprzedniego wezwania zamawiającego.”.

Podobnie ustawa Pzp dopuszcza możliwość zmiany podmiotu trzeciego na etapie realizacji umowy (art. 642 ust. 7 Pzp). Postępowanie analogiczne przewidziano w Subklauzuli 4.4 SWZ.

Reasumując, PNiUIK ma zagwarantowany realne udostępnienie zasobów Kombud S.A. na potrzeby zamówienia i nie jest ono pozorne. Brak podstaw do przyjęcia, iż Przystępujący nie zamierza powierzyć Kombud S.A. wykonania części zamówienia.

Wobec powyższego Odwołujący nie wykazał, iż w Postępowaniu PNiUIK przedstawił informacje wprowadzające w błąd, które winny skutkować wykluczeniem go.

[Zarzut 7 – tajemnica przedsiębiorstwa]

W Zarzucie 7, Odwołujący wskazuje, iż wyjaśnienia Przystępującego składane w ramach rnc zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa winny zostać ujawnione przez Zamawiającego, gdyż PNiUIK nie wykazał prawidłowo, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, w

szczegółności, że mają one dla niego wartość gospodarczą oraz przedsięwzięć działania mające na celu utrzymanie tych informacji w poufności.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa definiuje art. 11 ust. 2 znku, w świetle którego przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Oznacza to, że dla uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być spełnione następujące przesłanki:

muszą to być informacje posiadające wartość gospodarczą,
informacje jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze elementów nie są powszechnie znane osobom zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Określone informacje posiadają wartość gospodarczą, jeżeli wpływają na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym lub mają znaczenie gospodarcze. Ustawa nie określa żadnej wartości minimalnej, jeśli chodzi o wartość gospodarczą informacji lub jej znaczenie gospodarcze, aby mogły być one uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wartość gospodarczą posiadają takie informacje, których ujawnienie obiektywnie ma realny albo przynajmniej potencjalny wpływ na sytuację ekonomiczną wykonawcy, na kondycję wykonawcy i jego pozycję rynkową. Zatem, wartość gospodarczą posiadają zarówno informacje, które przysparzają firmie przychodów, jak i informacje, których ujawnienie może narazić firmę na straty. Wartość gospodarczą posiadają także informacje, które same nie posiadają wartości, ale nabierają jej w określonym zbiorze, zestawieniu.

Wskazanie "wartości gospodarczej" może przy tym przejawiać się zarówno poprzez podanie kwoty, ale może też zostać zrealizowane przez wskazanie, jakie zyski generuje informacja lub też jakie koszty zostaną zaoszczędzone. Warunkiem uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa jest wykazanie, że informacja taka posiada realną wartość gospodarczą.. Niekiedy niemożliwe jest wykazanie wartości finansowej zastrzeganych informacji, jak np. w odniesieniu do listy kontrahentów wykonawcy, wówczas powinien przedstawić jej znaczenie gospodarcze dla innych uczestników rynku, w szczególności dla tych, którzy biorą udział w postępowaniu przetargowym. Nie jest istotne, czy omawiana wartość gospodarcza jest wysoka, czy niska, ważne aby ta wartość gospodarcza istniała i została wykazana w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji.

Podjęcie 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. Niezbędność działań wykonawcy powinna być oceniana z uwzględnieniem charakteru zastrzeganych informacji, skali działalności i charakteru stosowanej polityki bezpieczeństwa dotyczącej zasad ochrony informacji poufnych (w szczególności z uwzględnieniem, czy spełnia ona wymagania określonych w tym zakresie powszechnie stosowanych i znanych norm czy też ma charakter indywidualny — została przygotowana jedynie na potrzeby wykonawcy z uwzględnieniem specyfiki jego funkcjonowania).

Przystępujący zastrzegł część wyjaśnień w zakresie rnc jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Utajniona część wyjaśnień obejmuje informacje na temat sposobu kalkulacji ceny, oferty podwykonawcze, umowy ramowe, dane odnoszące się do negocjacji cenowych. Działając zgodnie z art. 18 ust. 3bcp, Przystępujący przekazał uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, w którym udowodnił podstawy uprawniające go do zastrzeżenia danych, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Dowód: uzasadnienie tajemnicy w wyjaśnieniach z 23.06.2023 r.,

Z wyjaśnień wynika, iż informacje mają dla Przystępującego znaczenie gospodarcze oraz, że są utrzymywane w poufności. Wyjaśnienia są merytoryczne, konkretne oraz obszernie (7 s. bez załączników). Z tego względu PNiUIK odstępuje od ich przytaczania .

Niemniej jednak PNiUIK wykazał iż zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą, bowiem:

zawierają dane, które pozwalają na uzyskanie wiedzy na temat stosowanych przez Wykonawcę strategii realizacyjnych, metod pozyskiwania korzystnych warunków współpracy z dostawcami i podwykonawcami, a w konsekwencji stosowanych przez rozwiązań organizacyjnych związanych ze strategiami cenowymi i handlowymi, co w przypadku ujawnienia tych informacji mogłoby negatywnie wpłynąć na możliwość efektywnego konkutowania z innymi przedsiębiorcami na rynku robót budowlanych w infrastrukturze kolejowej. Ujawnienie zastrzeżonych informacji wiązałoby się z udostępnieniem konkurencji informacji na temat strategii pozyskiwania kontrahentów, co przekłada się na możliwość zaoferowania atrakcyjnych cenowo warunków realizacji zamówienia, które jednocześnie zapewniają osiągnięcie zysku z inwestycji na etapie realizacji zamówienia, zwłaszcza, że dane objęte tajemnicą to także protokoły negocjacji, zawarte w ofertach warunki rabatów, warunki płatności.

Dostęp do wiedzy na temat doboru podwykonawców przez Przystępującego, warunków współpracy z podwykonawcami (właściwych tylko dla PNiUIK – jemu dedykowanych), ma wpływ na kalkulację ceny na etapie przetargu. (...) Ujawnienie informacji mogłoby wyrządzić PNiUIK szkodę – rywalizujący przedsiębiorcy mogliby próbować nawiązać z ww. podwykonawcami i dostawcami PNiUIK relację handlową (poznaliby przede wszystkim ich

dane), jednocześnie posiadając informację odnośnie warunków, na których gotowi są oni podejmować współpracę. Ujawnienie informacji niesłoby ryzyko, że konkurenci nawiążą z tymi podmiotami współpracę, co by wielokrotnie wiązało się z tym, że podwykonawcy ci (z racji ograniczonych zasobów) nie mogliby równocześnie realizować usług i/lub dostaw na rzecz PNiUIK, a to z kolei spowodowałoby konieczność zbudowania nowej bazy podwykonawców, których też należałoby zweryfikować i co generowałoby dla PNiUIK dalsze koszty. Poza tym wiedza w ww. zakresie pozwalałaby konkurentom na dokładniejsze przewidzenie warunków oferty PNiUIK w innych postępowaniach, co wpłynęłoby na kształtowaną przez nich strategię cenową.

Zastrzegane informacje zostały w treści wszystkich powyższych zastrzeganych dokumentów (załączniki nr 3a, 3b, 3c, 4, 5, 9, 10, 13, 14, 17,18) określone przez oferentów jako poufne, objęte tajemnicą przedsiębiorstwa oferentów, a oferenci jednocześnie nałożyli na PNiUIK obowiązek utrzymania ich w tajemnicy i zakaz ich ujawniania bez ich zgody. Zaoferowane przez podwykonawców wyceny zawierają ceny specjalne, dedykowane Przystępującemu, są one objęte polityką bezpieczeństwa informacji. Z kolei ramowa umowa dostawy zawiera klauzulę poufności wiążącą obydwie strony: dostawcę i Wykonawcę, obejmującą m.in. zakaz ujawniania informacji dot. warunków współpracy jako związanych z ww. umową. Przystępujący podkreślił, że wskazana umowa posiada wymierną wartość gospodarczą, gdyż określa warunki długoterminowej współpracy z dostawcą materiałów, zawiera też informację na temat ceny indywidualnie wynegocjowanej, jak też prezentuje specyficzną strategię kształtowania ceny jednostkowej materiału, a jej postanowienia nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji, ani też nie są łatwo dostępne dla takich osób. Wspomniana umowa daje Przystępującemu pewną przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami w branży kolejowej, którzy znając jej warunki cenowe będą mogli wykorzystać tę wiedzę w postępowaniach, a także mogą chcieć nawiązać z ww. dostawcą współpracę na analogicznych warunkach.

Należy także wskazać, że ujawnienie informacji od podmiotu trzeciego, co do których podmiot ten zastrzegł obowiązek zachowania poufności ma również wartość gospodarczą, w przypadku ich ujawnienia istnieje ryzyko wystąpienia odpowiedzialności odszkodowawczej PNiUIK wobec kontrahentów. Jak wskazał SO w Warszawie w wyroku (XXIII Zs 41/22), w którym Sąd orzekł: „wbrew twierdzeniom skarżącego, z przepisów nie wynika obowiązek wykonawcy wyliczenia wysokości tejże wartości. Wystarczy wykazanie wysokiego prawdopodobieństwa wystąpienia konieczności odpowiedzialności finansowej uczestnika, wartości klienta i innych skutków ujawnienia poufnych informacji o klientach. Dlatego Sąd uznał, że wartość gospodarcza istnieje i uczestnik wykazał ją do każdej zastrzeżonej informacji. Oczywistym jest, że zarówno uczestnik, jak i Izba używają trybu przypuszczającego i wskazują na skutki, które mogłyby wystąpić, gdyby dane dotyczące

klientów zostały ujawnione. Trudno kwestionować całe wyjaśnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez uczestnika i treść uzasadnienia wyroku KIO.”.

Przystępujący wykazał, iż informacje, które przekazał w ramach wyjaśnień stanowią o jego przewadze konkurencyjnej, umożliwiając mu zbudowanie korzystnej oferty, co w konsekwencji przekłada się na jego sytuację ekonomiczną a obowiązek ujawnienia ofert podwykonawczych rodzi ryzyko finansowe. Spełniona zatem została przesłanka uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odnosząca się do wykazania wartości gospodarczej zastrzeżonej informacji.

Przystępujący oznaczył i wydzielił treść wyjaśnień, które mają być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa; informacje te są chronione przez PNiUIK w szczególny sposób od momentu powstania. Szczegółowo omówił środki zabezpieczające dane przed udostępnieniem ich osobom postronnym, przedstawiając zarówno uwarunkowania prawne, w których funkcjonuje PNiUIK, jak i faktyczne - omawiające sposób działania wprowadzanych zabezpieczeń. Podniósł także, że ujawnienie naraża go na szkodę, co oznacza, że wprost wyraził wolę zachowania ich w tajemnicy. Do wyjaśnień załączył dowody na twierdzeń. Powyższego nie może dyskwalifikować fakt, iż „umowa o zakazie” została zanonimizowana, albo że podpisał ją członek zarządu mianowany 8 lat temu. Fakt, iż określony dokument został wydany kilka lat przed datą złożenia oferty nie może go dyskwalifikować, zwłaszcza że trudno wyobrazić sobie dodatkowy dowód potwierdzający, że dany dokument nadal obowiązuje. Przystępujący przekazał dowody, które obowiązują, są stosowane w jego organizacji i nie ma racjonalnych podstaw do twierdzenia, iż nie mogą one stanowić wiarygodnego potwierdzenia zachowania poufności danych objętych tajemnicą. Wydaje się, że jeśli dana procedura działa od kilku lat, to potwierdza to wyłącznie fakt, iż jest ona skuteczna i odpowiednia do celów dla jakich została wprowadzona. Na marginesie zarzutów Odwołującego należy tylko wskazać, że art. 18 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, iż zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy „wykazać”, czego nie należy utożsamiać z rygorem dowodowym.

PNiUIK prawidłowo zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny i nie ma prawnych i faktycznych podstaw, aby informacje te podawać do wiadomości publicznej. Okoliczności stanowiące podstawę odtajnienia treści dokumentów Odwołującego nie są przedmiotem postępowania przed KIO i szczegóły tej sprawy nie są znane. Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, odwołanie podlega uwzględnieniu wówczas, gdy naruszenie zamawiającego ma charakter naruszenia kwalifikowanego, czyli takiego, które wpływa na wynik postępowania. W świetle przywołanego przepisu warunkiem uwzględnienia odwołania jest potwierdzenie zasadności zarzutów wobec czynności lub zaniechań zamawiającego oraz jest stwierdzenie, że naruszenie to ma lub miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Jak wywiedziono wyżej, żaden z zarzutów podniesionych Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, zatem Odwołanie powinno zostać oddalone w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią zamawiającego na nie, pismem procesowym przystępującego, jak też po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Odnosząc się do meritum sporu należy stwierdzić

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp oznaczony jako zarzut nr 1 jest w rozpatrywanej sprawie w istocie kluczowy, z niego bowiem wywiedzione są kolejne, jakkolwiek nie wszystkie zarzuty. Argumentując zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał, że PNiUIK wycenił element oferty – dostawa i montaż zewnętrznych urządzeń srk w stacji Syców na kwotę 56 915,87 zł, gdy pozostali wykonawcy ten zakres wyceniali na kwotę ponad 2 mln zł, co świadczy o tym, że wykonawca ten nie ma możliwości zrealizować przedmiotu zamówienia z pkt.2.3.3.1 RCO za zaoferowaną kwotę. Odwołujący wskazał nadto, że w ofercie w pkt. 2.1.8 RCO PNiUIK wycenił „wzmocnienie podtorza” na kwotę 1 321 021,77 zł netto, podkreślając, że ten sam element odwołujący wycenił na kwotę 3 193 510,95 zł netto.

Odnosząc się do zarzutu skład orzekający uznaje zarzut za niezasadny mając na względzie szczegółowej oceny oferty i wyjaśnień w szczególności w zakresie spornych dwóch elementów rozbicia ceny ofertowej (RCO) i stwierdził, że wyjaśnienia te potwierdzają, iż oferta została skalkulowana prawidłowo na poziomie rynkowym i zapewnia wykonawcy zysk. Niesporne jest, że wyjaśnienia te były składane w wyniku wezwań z dnia 23 czerwca 2023 r., a następnie z 21 lipca 2023 r. oraz 24 sierpnia 2023 r. Rzeczywiście, jak stwierdzono w toku postępowania, wykonawca wezwany do udzielenia wyjaśnień przedstawił alternatywną ofertę cenową dotyczącą urządzeń sterowania ruchem kolejowym potwierdzającą możliwość ich realizacji w warunkach cenowych zaoferowanych przez przystępującego. Załączone do wyjaśnień wykonawcy dowody w postaci kalkulacji cenowych potencjalnych podwykonawców potwierdzają, że zaoferowane ceny są cenami na poziomie rynkowym. Skład orzekający zauważa przy tym, że o wystąpieniu rażąco niskiej ceny nie mogą świadczyć wyłącznie różnice między zaoferowaną ceną, a wartością pozostałych ofert

jakkolwiek okoliczności takie mogą być argumentem potwierdzającym konieczność przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, co w sprawie rozpatrywane zostało wykonane. Nie bez znaczenia są także relacje wartościowe kwestionowanych pozycji cenowych do ceny oferty jako całości. Jak słusznie zauważył zamawiający, wymienione przez odwołującego pozycje RCO stanowią 0,01% w przypadku dostawy i montażu zewnętrznych urządzeń srk oraz 0,25% w przypadku „wzmocnienia podtorza”. Analogicznie w ofercie odwołującego stanowią one odpowiednio 0,39% oraz 0,61% wartości Jego oferty. Zakładając zatem, że o istotnej części składowej ceny oferty w znaczeniu przydanym jej w art. 224 ust. 1 ustawy pzp można twierdzić w oparciu o miernik wartości takiej części, oczywisty jest wniosek, że taką składową owe części nie są. Alternatywnie jednak można przyjąć miernik nie wartościowy lecz miernik znaczenia i istotności części ocenianej z punktu widzenia jej niezbędności i konieczności zaistnienia dla funkcjonowania przedmiotu zamówienia. W tym względzie ocena jest znacząco utrudniona, bowiem przyjąć należy, że przedmiot zamówienia ze wszystkim jego składowymi jest niezbędny, czyli nie ma w swoim składzie elementów zbędnych. Należy wskazać też, że przedmiotowe elementy srk nie były wyceniane całościowo, zatem wnioski o zniżeniu ceny wyłącznie w obszarze elementów zewnętrznych w sytuacji, gdy pozostałe były przez wykonawcę wycenione nawet wyżej niż w ofercie odwołującego, co w efekcie nie może prowadzić do stwierdzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny i uznania że te wskazane wybiórczo elementy systemu srk miałyby być traktowane jako istotny element zamówienia decydujący o braku możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Dla porządku jedynie należy zauważyć, że zarzut nie został przekonująco udowodniony jakkolwiek zrozumiała jest okoliczność utrudnienia w tym względzie z uwagi na zastrzeżenia wykonawcy udzielającego wyjaśnień informacji składanych zamawiającemu jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W konkluzji stwierdzić należy, że przesłanką odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę lub koszt może być wyłącznie zniżenie ceny całkowitej dotyczącej przedmiotu zamówienia, a nie ceny części tej ceny. Zniżenie ceny lub kosztu części ceny oferty może mieć jednak istotny wpływ na ocenę, czy cena ofertowa jest rażąco niska (tak: Komentarz UZP do art. 224 ustawy, red. H. Nowak i M. Winiarz, Warszawa 2023.) Podobnie jak w poprzednim stanie prawnym, pomimo wskazania przesłanki do badania ceny, a także jej istotnych części składowych, brak jest podstawy prawnej do odrzucenia oferty wyłącznie z powodu stwierdzenia zniżenia wielkości samej części składowej.

Wobec powyższego, zarzut w zakresie rażąco niskiej ceny nie zasługuje na uwzględnienie.

Oceniając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PNiUIK z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia gdyż nie

uwzględni pełnego zakresu koniecznego do realizacji zamówienia w zakresie pkt. 2.3.3.1 Tomu IV SWZ (RCO) podczas gdy, realizacja tego elementu wymagała uwzględnienia szeregu kosztownych elementów i urządzeń służących do srk, których PNiUIK nie uwzględnił, o czym świadczy cena zaoferowana za ten element przedmiotu zamówienia, zauważyć należy iż jest to zarzut pochodny i następczy w stosunku do zarzutu pierwszego. Skoro zatem, jak wyżej wskazano, zarzut wcześniejszy został uznany za niezasadny, to, jakkolwiek lakonicznie, można stwierdzić, że zarzut drugi również nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Chodzi o niezgodność oferty z merytorycznymi warunkami, co do przedmiotu lub realizacji zamówienia postawionymi w dokumentach zamówienia.

Zastosowanie wskazanej przesłanki odrzucenia wymaga wykazania, na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, przez wskazanie, co w ofercie jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Wywód oparty jedynie na twierdzeniu o niedoszacowaniu wartościowym określonego elementu oferty, a w rzeczywistości nieokreślonego, jest niewystarczający do uznania zaistnienia przedmiotowej przesłanki odrzucenia oferty. Odrzucając ofertę, zamawiający musi wszak stwierdzić jednoznacznie, że złożona oferta nie zapewni realizacji zamierzonego celu wobec braku w ofercie wymaganych postanowieniami specyfikacji lub PFU elementów.

Zamawiający w swoim stanowisku wskazał na oświadczenia wykonawcy – przystępującego, o akceptacji w pełni i bez zastrzeżeń SWZ, wyjaśnień do tej SWZ oraz modyfikacji tej SWZ uznając się za związanych postanowieniami, a nadto o gwarancji wykonania całości Zamówienia zgodnie z SWZ. Nie jest to oczywiście wystarczająca podstawa do uznania poprawności oferty i jej zgodności z warunkami zamówienia, słusznie bowiem zauważa odwołujący, że taki pogląd podważałby celowość szczegółowych wymagań w zakresie treści oferty. W sprawie rozpatrywanej nie wykazano jednak niezgodności oferty z wymaganiami zamawiającego tak w zakresie podstawowym, jak i wynikającym z praw kolejnych opcji.

Izba stwierdza, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 224 ust. 1,2,5 i 6, 226 ust. 1 pkt. 8 w zw. z 16 pkt. 1 Pzp dotyczący prowadzenia procedury wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny w wyniku z domniemania, iż jest ona rażąco niska, w szczególności przez kilkukrotne żądanie przez zamawiającego wyjaśnień od przystępującego.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp w przypadku uznania, że zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia

zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy wyjaśnień oraz złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przepis nie wskazuje w sposób precyzyjny i konkretny, w jakich sytuacjach zamawiający może powziąć wątpliwości co do ceny lub kosztów zawartych w ofercie. Ustawodawca w tym zakresie pozostawił zamawiającemu możliwość wyboru okoliczności, które skutkowały będą powzięciem wątpliwości i wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zatem w pierwszej kolejności zamawiający nie dokonuje szczegółowej analizy dotyczącej cen i kosztów zawartych w ofercie, jednak sprawdza czy wskazane ceny lub koszty lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie. Z orzecznictwa wynika, że zamawiający może ponownie zwrócić się o wyjaśnienia zaoferowanej ceny wtedy, gdy wyjaśnienia, które wykonawca złożył za pierwszym razem są rzetelne i merytoryczne, lecz rodzą nowe wątpliwości, w szczególności gdy treść wyjaśnień jest niejasna dla zamawiającego i oczekuje on doprecyzowania poszczególnych zagadnień wskazanych w złożonych wyjaśnieniach.

Zamawiający dnia 6 czerwca 2023 r. wezwał wykonawcę PNiUIK do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej. PNiUIK pismem z 23 czerwca 2023 r. złożył szczegółowe wyjaśnienia wraz dowodami. Wobec otrzymanego wyjaśnienia dokonał ich sprawdzenia, a następnie zażądał w piśmie z dnia 7 lipca 2023 r. doprecyzowania określonych kwestii, które wzbudziły jego wątpliwości. Trzecie wezwania z 22 sierpnia 2023 r. dotyczyło wyjaśnienia niewłaściwie dołączonego załącznika do wyjaśnień, czyli było wynikiem pomyłki co do poprzedniego dokumentu. Trudno wykluczyć taką okoliczność, a w szczególności wywodzić z takiego zdarzenia o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców z obowiązkiem odrzucenia oferty. Zachowanie tej zasady można odnieść symetrycznie do faktu dwukrotnego składania wyjaśnień zamawiającemu przez odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 462 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt. 3 Pzp w zw. z art. 58 Kc (zarzut nr 4) w zakresie zaniechania odrzucenia oferty PNiUIK z uwagi na powierzenie całości przedmiotu zamówienia podwykonawcom, wskazać należy, że stanowisko Odwołującego w tym zakresie nie jest prawidłowe. Odwołujący opiera argumentację w oparciu o fakt, że wykonawca PNiUIK w pkt. 12 oferty w pozycji „Roboty pozostałe” wskazał, że ten zakres realizacji zamówienia powierzy podwykonawcy. Taka ocena treści oferty jest zbyt daleko idąca i prowadzi do wadliwych wniosków. Należy zauważyć na podstawie dokumentacji ofertowej, że wykonawca PNiUIK przedstawił zamawiającemu co najmniej istotny potencjał własny w postaci deklarowanych do realizacji zamówienia osób zatrudnionych przez niego w ramach stosunku pracy. Również w Zał nr 9 do IDW – Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych, wykonawca wskazał, że do

realizacji przedmiotu zamówienia użyje własnego sprzętu i urządzeń. Wobec powyższego kieruje on do realizacji zamówienia pracowników pełniących funkcje Kierownika Budowy, który nadzoruje jak przebiegają roboty oraz odpowiada za wszelkie działania na placu budowy z zakresem obowiązków wynikającym z Prawa budowlanego oraz Kierownika robót branży sterowania ruchem kolejowym.

W okolicznościach postępowania, w którym przedmiot zamówienia składa się w zasadniczej części z robót budowlanych, których rozdzielenie na fragmenty jest możliwe, wykonawca mógł powierzyć podwykonawcom szeroki zakres tych robót, a jednocześnie nie powierzyć podwykonawcom realizacji całości zamówienia. Należy zauważyć, że zarzut nie został poparty dowodami, a jedynie wynika z niewłaściwej interpretacji treści formularza ofertowego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2, z art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10, art. 118 ust. 1, 2 i 4 PZP przez zaniechanie wykluczenia PNiUIK i odrzucenia jego oferty, w sytuacji w której przystępujący co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu w zakresie dotyczącym spełnienia warunku udziału w Postępowaniu pkt. 8.6.1 lit c) IDW w ten sposób, że w swojej ofercie PNiUIK jako podmiot udostępniający zasoby i jednocześnie będący podwykonawcą w zakresie robót w branży srk jedynie dla pozorów, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, wskazał Zakłady Automatyki „KOMBUD” S.A., podczas gdy z wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny PNiUIK wynika, że w rzeczywistości roboty w branży srk zamierza powierzyć innemu podwykonawcy, nie zgłoszonemu jako podmiot udostępniający zasoby i w konsekwencji nie poddanemu procedurze weryfikacji, uznać należy za niezasadny.

Aby została spełniona przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 należy wykazać, iż wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd, które musi być wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriami selekcji lub wynikiem zatajenia określonych informacji. Działania wykonawcy muszą być wynikiem zamierzonego działania, niedbalstwa lub lekkomyślności. Przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie.

Należy zauważyć, że zgodnie z art. 118 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą,

zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Wykonawca PNiUIK w celu spełnienia warunku udziału z pkt 8.6.1 lit. c) IDW posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego tj. Zakłady Automatyki Kombud S.A. i wypełniając dyspozycję art. 118 Pzp załączył wymagane oświadczenia i dokumenty, w tym również Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby na potrzeby realizacji zamówienia ze stosownym oświadczeniem wskazującym że zobowiązanie Zakładów Automatyki Kombud S.A. ma charakter realny i rzeczywisty.

Argumentując zarzut Odwołujący wskazał, że wykonawca w treści wyjaśnień ceny niezasadnie wskazał ofertę innego podwykonawcy w zakresie realizacji zakresu z branży srk.

Przypomnienia wymaga, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny należy odnosić do kalkulacji, a nie wszystkich elementów oferty, jako wskazujących na wprowadzenie zamawiającego w błąd. Odwołujący faktycznie w oparciu o założenia kalkulacyjne formułował zarzut wprowadzenia w błąd, co do udziału podmiotu udostępniającego zasoby na etapie realizacji zamówienia. Ponieważ ocena podmiotowa dokonywana jest również z uwzględnieniem oświadczenia podmiotu trzeciego, to wyjaśnienia wykonawcy w zakresie założeń kalkulacyjnych nie mają do niego odniesienia i nie mogą stanowić jedynej podstawy do stwierdzenia wprowadzania zamawiającego w błąd.

Skład orzekający zauważa w tym miejscu, że w świetle przepisów ustawy Pzp dopuszczalna jest zmiana podmiotu trzeciego na inny podmiot, o ile na taki sposób wykazywania warunków udziału w postępowaniu wykonawca powoływał się już w pierwotnie w ofercie lub zrealizowanie zadania zasobami własnymi. Wobec powyższego zarzut podlega oddaleniu.

Izba stwierdza, że zarzut naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 pzp w zw. z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 pkt. 1 pzp również nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy pzp: „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa, znajduje się w art. 11 ust. 2 uznk. Skład orzekający uznaje za zasadną ocenę zamawiającego, który dokonywał analizy zastrzeżeń wykonawcy i uznał, że PNiUIK wykazał wartość gospodarczą zastrzeganych informacji. Kontrahenci PNiUIK zawarli w swoich ofertach/korespondencji informacje o konieczności zachowania ich w poufności. Oceniając

wartość gospodarczą ofert podwykonawców, na uwagę zasługuje fakt, iż oferty te zostały indywidualnie wycenione dla wykonawcy. Okoliczność ta została potwierdzona w treści złożonych ofert. PNUIK w ocenie Opiniujących wykazał więc szczególną relację z podwykonawcami, którzy współpracują z wykonawcą na szczególnie korzystnych warunkach.

Ostatnią przesłanką zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest, aby uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej

Jako dowody działań podejmowanych celem ochrony poufności zastrzeganych informacji PNUIK przedstawił: zanonimizowaną umowę zakazu konkurencji zawierającą klauzulę poufności, Regulamin ochrony „tajemnicy przedsiębiorstwa”, Przykładowe oświadczenie pracownika o zachowaniu poufności oraz Politykę ochrony danych osobowych.

Wobec powyższego uznać należy, że przystępujący wykazał spełnienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa względem informacji zawartych w ofertach podwykonawczych złożonych jako załączniki do wyjaśnień ceny.

Mając na uwadze powyższe, zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia zastrzeżonych przez wykonawcę wyjaśnień ceny nie zasługuje na uwzględnienie.

W świetle dokonanych ustaleń orzeczono, jak w sentencji niniejszego wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....

