

Sygn. akt: KIO 11/24
Sygn. akt: KIO 52/24

WYROK

Warszawa, dnia 5 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2024 r. i w dniu 30 stycznia 2024 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 2 stycznia 2024 r. przez wykonawcę PILE ELBUD S.A. z siedzibą w Krakowie – sygn. akt KIO 11/24,
- B. w dniu 2 stycznia 2024 r. przez wykonawcę ELFEKO S.A. z siedzibą w Gdyni – sygn. akt KIO 52/24,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie - Jeziornej

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

- A. wykonawcy ELFEKO S.A. z siedzibą w Gdyni - w postępowaniu o sygn. akt KIO 11/24,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ROMGOS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING Sp.k. z siedzibą w Jarocinie, ROMGOS G. Sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie oraz ELECTROMONTAJ SA z siedzibą w Bukareszcie, Rumunia - w postępowaniu o sygn. akt KIO 11/24 i KIO 52/24,

orzeka:

KIO 11/24

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie – Jeziornej unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego PILE ELBUD S.A. z siedzibą w Krakowie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego PILE ELBUD S.A. z siedzibą w Krakowie;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie – Jeziornej i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie – Jeziornej na rzecz odwołującego PILE ELBUD S.A. z siedzibą w Krakowie kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

KIO 52/24

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu nr 6 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy pomimo tego, że nie złożył on wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w wyznaczonym przez zamawiającego terminie;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego ELFEKO S.A. z siedzibą w Gdyni i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.2. zasądza od odwołującego ELFEKO S.A. z siedzibą w Gdyni na rzecz zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie – Jeziornej kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 11/24

Sygn. akt: KIO 52/24

Uzasadnienie

Zamawiający Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie – Jeziornej (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa linii 400 kV Choczewo-Żarnowiec” (numer postępowania: 2023/WNP-0147). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 lipca 2023 r. pod numerem 2023/S 129-413161. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 11/24

W dniu 2 stycznia 2024 r. wykonawca PILE ELBUD S.A. z siedzibą w Krakowie (dalej jako „Odwołujący 1” lub „PILE ELBUD”), wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności podjętej przez Zamawiającego w dn. 22 grudnia 2023 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności podjętej przez Zamawiającego w dn. 22 grudnia 2023 r. polegającej na wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ROMGOS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING Sp.k. z siedzibą w Jarocinie, ROMGOS G. Sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie oraz ELECTROMONTAJ SA z siedzibą w Bukareszcie, Rumunia (dalej „Przystępujący ROMGOS” lub „Konsorcjum”) jako najkorzystniejszej oraz wobec zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z przepisami ustawy, mimo braku wystąpienia takiej niezgodności,
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, mimo braku wystąpienia takiej niezgodności,

4. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy jest ona najkorzystniejsza,
5. art. 16 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości,
6. ewentualnie, tj., jeżeli doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminu do wniesienia niniejszego odwołania, dodatkowo zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 264 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego, ewentualnie, tj. na wypadek, jeśli doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego - dodatkowo unieważnienie umowy.

Uzasadniając zarzut nr 1 odwołania w pierwszej kolejności wskazano, iż oferta Odwołującego opiewająca na kwotę 87 673 262,30 zł nie jest niższa od dopuszczalnych 30% średniej arytmetycznej kwot, jakie zaoferowali wszyscy oferenci (70% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert to kwota 70 168 261,81 zł). Co więcej, żadna ze złożonych ofert nie zbliżyła się do szacunku Zamawiającego i przeznaczonej na realizację zamówienia kwoty 154 831 211,82 zł brutto. Najwyższa oferta (na kwotę 116 988 006 zł) jest niższa aż o 37 843 205,82 zł względem szacunku Zamawiającego, a w przypadku pozostałych oferentów różnica ta jest jeszcze bardziej znaczna – kształtuje się w wysokości od 37 mln zł do 67 mln zł. Ponadto Odwołujący zauważył, że pozostałe złożone w postępowaniu oferty są zbliżone cenowo bardziej do oferty Odwołującego niż szacunku Zamawiającego, a oferentów, którzy podobnie jak Odwołujący zaproponowali za realizację nn. zamówienia cenę poniżej 100 mln zł jest aż 4 na 8 składających oferty (PBE ELBUD Warszawa Sp. z o.o., ELFEKO S.A., Konsorcjum ROMGOS oraz Odwołujący - PILE ELBUD S.A.). Co zaś szczególnie istotne, Zamawiający ostatecznie uznał za najbardziej korzystną ofertę Konsorcjum, które zaoferowało realizację zamówienia za kwotę 89 382 633,84 zł, a zatem o zaledwie 1 709 371,54 zł wyższą niż oferta Odwołującego.

W kontekście wyboru oferty Konsorcjum ROMGOS z ceną ofertową 89 382 633,84 zł nie znajdują logicznego uzasadnienia wnioski Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty, gdzie Zamawiający wskazał, iż łączne niedoszacowanie oferty Odwołującego w odniesieniu do braków materiałowych oraz w odniesieniu do wyceny Zamawiającego wynosi aż 13 731 478 zł, a łączne niedoszacowanie oferty w odniesieniu do braków materiałowych oraz w odniesieniu do średniej z ofert wynosi 7 412 207 zł. O ile tego

rodzaju twierdzenia miałyby dyskwalifikować ofertę Odwołującego jako rażąco niską, to analogiczny wniosek musiałby być wyciągnięty wobec zwycięskiej oferty Konsorcjum, które zaoferowało realizację tego samego zamówienia za jedynie 1,7 mln większą kwotę, tymczasem kwota 1,7 mln zł zdecydowanie nie wystarczyłaby na pokrycie wyliczonych przez Zamawiającego rzekomych braków materiałowych. Podobnie, nie znajduje w kontekście powyższego uzasadnienia twierdzenie, że suma rzekomo pominiętych i niedoszacowanych przez Odwołującego elementów przekracza zakładany przez niego zysk, a tym samym, że nie jest realna realizacja zamówienia za cenę zaoferowaną przez Odwołującego. Z tego rodzaju konkluzji Zamawiającego wynikałoby, że cena oferty winna być co najmniej o kilka, a nawet kilkanaście milionów wyższa niż zaoferowana przez Odwołującego, tymczasem jednocześnie Zamawiający wybiera jako najkorzystniejszą ofertę na kwotę 89 382 633,84 zł, co należy rozumieć jako uznanie, że taka kwota oferty nie budzi jego wątpliwości.

W tym stanie rzeczy zdaniem Odwołującego uznać należy, że mamy do czynienia ze znacząco wyższym szacunkiem zamówienia dokonany przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania, który okazał się rażąco nie przystawać do cen oferowanych przez wykonawców – 8 na 8 ofert złożonych na realizację nn. zamówienia jest niższych od szacunku przyjętego przez Zamawiającego, w tym wszystkie znacznie. Na taką sytuację zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dn. 26.09.2019 r., sygn. akt KIO 1757/19, w wyroku z dn. 10.10.2018 r., sygn. akt KIO 1968/18. Odwołujący powołał się także stanowisko doktryny i orzecznictwo wydane na podstawie aktualnie obowiązującego art. 224 ustawy Pzp w kontekście zwolnienia zamawiającego z obowiązku pozyskiwania wyjaśnień w przypadku zawyżenia szacunkowej wartości zamówienia. Odwołujący wskazał, iż nie ma żadnego wpływu na szacunek dokonany przez Zamawiającego i przyjętą tam cenę, nawet jeśli tak jak w nn. przypadku jest on rażąco zawyżony. Tymczasem na tak przeszacowanej kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia Zamawiający opiera w głównej mierze swoje uzasadnienie w zakresie uznania oferty Odwołującego za obarczoną rażąco niską ceną. Nie stoi to jednocześnie na przeszkodzie Zamawiającemu do wyboru oferty Konsorcjum, które zaoferowało realizację zamówienia za kwotę 89 382 633,84 zł, a zatem o zaledwie 1 709 371,54 zł wyższą niż oferta Odwołującego. Odwołujący powołał się także na wyrok KIO z 24.05.2023 r., KIO 1090/23.

Odnosząc się do kwestii niedoszacowania masy słupów Odwołujący podniósł, iż zgodnie z rozdz. XIII pkt. 5 cz. I SWZ oraz pkt.11.1 wzoru umowy (cz. IV SWZ) wynagrodzenie za realizację przedmiotowej inwestycji ma mieć charakter ryczałtowy, nie zaś szacunkowy. W kontekście ryczałtowego charakteru wynagrodzenia Odwołujący powołał się na wyrok z 17.04.2023 r., KIO 835/23. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający błędnie w uzasadnieniu odrzucenia oferty podaje, że masa słupów przyjęta w ofercie Odwołującego

jest niezgodna z masą słupów „z PFU”. Zamawiający w żadnym miejscu nie podał konkretnej sumy masy słupów, jakich zabudowy wymaga w ramach przedmiotowego postępowania. Dodatkowo, Zamawiający w wyjaśnieniach treści SWZ unikał konkretnej odpowiedzi stwierdzając, że to na wykonawcy ciąży obowiązek oszacowania ilości konstrukcji koniecznych do zabudowania w ramach przedmiotowej inwestycji. Przykładem powyższego jest odpowiedź na pytanie nr 21, udzielona w ramach wyjaśnienia treści SWZ przez Zamawiającego w piśmie z dn. 28.07.2023 r., znak: CJI-PK-WZ.230.37.2023.1:

„Pytanie nr 21 W celu przedstawienia rzetelnej oferty prosimy o udostępnienie rysunków wykonawczych słupów lub wykazu materiałów (stali konstrukcyjnej) dla poszczególnych typów sylwetek. Koszt produkcji słupów może się znacząco różnić w zależności od rodzaju, typu i ilości poszczególnych kątowników i blach węzłowych.

Odpowiedź nr 21 Zgodnie z pkt. 1.2 ust. 5b części II SWZ (PF-U), Zamawiający przekaże Wykonawcy projekty wykonawcze słupów SC34 dla Linii w terminie do 2 tygodni od daty zawarcia Umowy. Do PF-U załączono wyciąg z dokumentacji technicznej słupów SC34, stanowiący Załącznik nr 10 do PF-U”

Dodatkowo w PFU wskazano:

„Uwaga: Jeżeli w trakcie realizacji przedmiotu Zamówienia zajdzie konieczność obciążenia słupów serii SC34 w sposób niezgodny z przypadkami układu obciążeń lub z przyjętymi założeniami projektowymi dla tych słupów oraz w przypadku konieczności zastosowania dodatkowych elementów, obowiązkiem Wykonawcy jest opracowanie Dokumentacji Technicznej dla tego zakresu, w tym analizy statyczno-wytrzymałościowej, Projektu Wykonawczego i dokumentacji powykonawczej. Szczegóły opisano w pkt. 2.8.5.1 PF-U”

Odwołujący zwrócił uwagę, iż Wykonawcy wnioskowali do Zamawiającego o doszczegółowienie wag słupów w formie przekazania dokumentacji wykonawczej przedmiotowych konstrukcji, na co Zamawiający nie wyraził zgody. Wykonawcom zatem pozostało dokonanie oszacowania na podstawie PFU oraz doświadczenia właściwej masy słupów. Warty podkreślenia jest, że wyznaczenie ostatecznej masy słupów następuje na etapie wykonywania projektów wykonawczych, których wykonanie jest częścią realizacji przedmiotowej inwestycji, a nie przetargu. W związku z tym trudno wymagać, aby wykonawca na etapie przetargu przyjął tą samą ilość konstrukcji słupowych, co Zamawiający. Należy również zaznaczyć, że skoro Zamawiający nie był w posiadaniu projektów wykonawczych dla przedmiotowej inwestycji on również dysponuje jedynie szacunkami. Istotnym jest nadto, że wskazane przez Zamawiającego rzekome niedoszacowanie masy słupów kształtuje się na poziomie 1,5%, co nie może w żaden sposób stanowić dowodu złej kalkulacji masy ze strony Odwołującego, a nadto stanowi

minimalną wartość ceny. Dodatkowo w wyjaśnieniach Odwołującego z dnia 13.10.2023 nr DM/1614/2023/PN Odwołujący przekazał Zamawiającemu ofertę na produkcję stali dla przedmiotowego postępowania. Odwołujący wskazał też, że Zamawiający skierował do Odwołującego zapytanie szczegółowe w sprawie konstrukcji słupowych i przyjętych do kalkulacji ich mas, a Odwołujący pismem z dnia 14.11.2023 przekazał informację, że poza wskazanym w pozycji 2.6 budżetem na zakup konstrukcji dysponuje rezerwą na dodatkowe masy słupów w postaci Budżetu Ryzyka poz. 9.2. Niniejsza wartość w kwocie netto została wskazana przez Odwołującego w piśmie z dn. 14.11.2023 r., znak: DM/1878/2023/PN. Tego wyjaśnienia Zamawiający nie uwzględnił przy ocenie pod kątem rażąco niskiej ceny oraz nie wziął pod uwagę w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący zauważył też, że przyjęte przez Zamawiającego stawki jednostkowe przyjęte do wyznaczenia rzekomej wartości niedoszacowania są wyższe niż wskazane przez Odwołującego w tabeli rozbicia cenowego, będącej załącznikiem do wyjaśnień z dnia 13.10.2023 r. W związku z powyższym zdaniem Wykonawcy powyższy zarzut Zamawiającego jest niewłaściwy w kierunku udowodnienia Wykonawcy rażąco niskiej ceny. Co więcej Wykonawca udowodnił właściwą kalkulację swojej oferty w niniejszym zakresie.

Odnosząc się do kwestii niedoszacowania powierzchni malowania słupów Odwołujący podniósł, iż kwestia przyjętych ilości metrów kwadratowych dla wykonania malowania słupów jest bezpośrednio związana z przyjętą do wyceny masą słupów. Rzekome niedoszacowanie powierzchni malowania konstrukcji słupowych, według Zamawiającego wyniosło 0,9%, co już w zasadzie potwierdzić powinno prawidłowość szacowania Odwołującego, biorąc pod uwagę, iż w tym przypadku Zamawiający również nie podał ilości metrów kwadratowych malowania, jakich wymaga od wykonawcy do wykonania w ramach przedmiotowej inwestycji. Zamawiający w trakcie wyjaśniania treści oferty i badania ceny nie poddał pod wątpliwość ilości metrów kwadratowych malowania przyjętych przez Odwołującego, wezwanie obejmowało jedynie masę konstrukcji przyjętych do oferty – pismo z dnia 8.11.2023 r. Co istotne, również i w tym przypadku stawki jednostkowe przyjęte przez Zamawiającego do wyznaczenia wartości niedoszacowania są wyższe niż wskazane przez Odwołującego w tabeli rozbicia cenowego, będącej załącznikiem do wyjaśnień z dnia 13.10.2023 r. W związku z powyższym zdaniem Wykonawcy powyższy zarzut Zamawiającego jest niewłaściwy w kierunku udowodnienia Wykonawcy rażąco niskiej ceny. Co więcej Wykonawca udowodnił właściwą kalkulację swojej oferty w niniejszym zakresie.

W odniesieniu do niedoszacowanej liczby znaczników ornitologicznych Odwołujący wskazał, iż ilość znaczników ornitologicznych była przedmiotem wyjaśnień treści SWZ, mianowicie dotyczyło jej pytanie nr 93, ujęte w wyjaśnieniach z dn.04.08.2023 r. Odpowiedź Zamawiającego wprost wskazuje, że obowiązek oszacowania ilości spiral przeniósł na

wykonawców, jako, że w pkt. II lit. A ppkt.17 decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach z dn. 28.07.2023 r. wskazano jedynie: „17.Zastosować na przewodach odgromowych znaczniki w formie spiral o długości od 30 do 100 cm. Znaczniki rozmieścić według dwóch schematów: w km 0+000 - 1+800, km 1+838 -4+974, km 14+407-19+505 w zagęszczeniu co 5 m (co 10 m na równoległych przewodach odgromowych z przesunięciem o 5 m), na pozostałych odcinkach linii co 15 m (co 30 m na równoległych przewodach odgromowych z przesunięciem o 15 m).” W związku z ryczałtowym charakterem rozliczenia przedmiotowej inwestycji, każdy z wykonawców musiał swoim staraniem oszacować ilość znaczników. Odwołujący oszacował tę ilość, przy czym podkreślić należy, że dokładne wyliczenie ilości znaczników będzie możliwe dopiero na etapie wykonywania projektu technicznego wykonawczego, co nastąpi po zawarciu umowy z wybranym przez Zamawiającego wykonawcą. Niezrozumiałym dla Odwołującego jest w tym kontekście fakt, iż Zamawiający nie podał informacji o wymaganej ilości znaczników, jakiej oczekuje do wyceny, odsyłając do własnego szacunku, a po zweryfikowaniu oferty Odwołującego wskazuje wartości, które nie wynikają wprost z PFU. Odwołujący podkreślił, czego natomiast nie wziął pod uwagę Zamawiający, że szacowanie może powodować różnice ilościowe, ale w tym celu Odwołujący zabezpiecza środki w Budżecie Ryzyka, aby różnice w szacowaniu mieć uwzględnioną w cenie oferty. Niniejsze było poruszone na poczet wyjaśnień ceny w piśmie Odwołującego z dn. 14.11.2023 r., niemniej nie zostało wzięte pod uwagę przez Zamawiającego. Podsumowując Odwołujący zwrócił uwagę, że w orzecznictwie KIO wielokrotnie wskazywano, że o rażąco niskiej cenie można mówić jedynie w przypadku istotnych elementów oferty, których wartościowy udział w zamówieniu jest znaczny lub od którego zależy osiągnięcie zasadniczych celów zamówienia (z czym nie mamy do czynienia w nn. sprawie), natomiast nieracjonalne jest wymaganie od wykonawcy odnoszenie się do każdego najdrobniejszego elementu oferty (Odwołujący wskazał na wyrok z dn. 22.05.2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1282/23, wyrok z 3.11.2023 r., w sprawie o sygn. akt KIO 3034/23).

Odnosząc się do nieuwzględnienia w ofercie kosztów materiału, zakupu i montażu odstępników tłumiących wiązki potrójnej przewodów fazowych oraz odstępników sztywnych na mostkach prądowych, Odwołujący oświadczył, że materiał, zakup i montaż odstępników został uwzględniony w ofercie Odwołującego na kwotę o wartości przekraczającej szacunek Zamawiającego (tj. 898 560,00 zł), a co za tym idzie nie może być mowy o niedoszacowaniu w tym zakresie. Odwołujący dla ułatwienia przyjął jedną cenę dla obydwu rodzajów odstępników. Podkreślił, że nie było jednoznacznym, by w tabeli rozbicia cenowego zaproponowanej przez Zamawiającego znajdowała się osobna pozycja na wprowadzenie zakupu odstępników. Kosztorysant Odwołującego, nie chcąc wprowadzać nowych pozycji

wybrał pozycję „9.2 Budżet ryzyka” jako najwłaściwszą na wpisanie wartości przeznaczonej na zakup odstępników. Tymczasem z uzasadnienia odrzucenia oferty przekazanego przez Zamawiającego, wynikałoby, że jego intencją było umieszczenie odstępników w pozycji „2.11 Montaż przewodów fazowych 400 kV wraz z niezbędnym osprzętem”, aczkolwiek w nazwie tej pozycji Zamawiający nie podał, że oprócz montażu przewodów należy uwzględnić dostawę i montaż niezbędnego osprzętu, a co mogło wprowadzić w błąd wykonawców, w tym Odwołującego. Nazwa pozycji wyraźnie wskazuje bowiem, że należało w niej podać tylko koszt samego montażu, co Odwołujący uczynił. Tym samym, wobec braku wyraźnego wskazania, że pozycja 2.11 ma obejmować także odstępniki dozwolone pozostawało ujęcie zakupu i montażu odstępników w budżecie ryzyka, jak uczynił to Odwołujący.

Niedopatrzeniem mogło być nieprzekazanie Zamawiającemu posiadanej oferty firmy PLP Poland (Belos) S.A. nr BUO/1725/IT/23 z dn. 08.08.2023 r. na dostawę odstępników dla wiązki trójprzewodowej. Odwołujący załączył do odwołania jako dowód tą ofertę, gdzie pod pozycją nr 4 ujęte są odstępniki. Z treści oferty datowanej na dzień 08.08.2023 r. wyraźnie wynika, iż dotyczy ona niniejszego postępowania. Dla treści ww. oferty firmy PLP Poland (Belos) S.A. nr BUO/1725/IT/23 z dn. 08.08.2023 r. Odwołujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa (uzasadnienie zastrzeżenia zawarto w części końcowej odwołania). Przedkładana oferta potwierdza, że Odwołujący uwzględnił w ofercie koszt materiału, zakupu i montażu odstępników - pozyskał ofertę na odstępniki na poczet niniejszego postępowania i w oparciu o nią dokonał ich wyceny. Odwołujący zaznaczył, że kwestia odstępników nie była przedmiotem żadnego ze skierowanych do Odwołującego wezwań do wyjaśnień. Niewątpliwym jest natomiast, że Zamawiający, mając wątpliwości w niniejszym przedmiocie powinien zapytać wprost o odstępniki w ofercie Odwołującego. Pozwoliłoby to uniknąć nieporozumień i wyjaśnić tę kwestię na etapie badania rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji mało precyzyjnej konstrukcji tabeli rozbitcia cenowego zaproponowanej przez Zamawiającego.

Odnosząc się do kwestii niedoszacowania wartości zawieszenia przewodów fazowych względem wyceny PSE Zamawiający podniósł, iż wycena prac naciągowych według Zamawiającego jest blisko trzykrotnie wyższa niż wycena Odwołującego. Odwołujący nie jest w stanie odnieść się do wyceny Zamawiającego z uwagi na brak danych, niemniej jednak jest pewny własnej wyceny w tym zakresie. Odwołujący jak zaznaczył we wcześniejszych wyjaśnieniach złożonych na wezwanie Zamawiającego przygotował swoją ofertę w oparciu o oferty dostawców i podwykonawców, mając świadomość, iż takie podejście zabezpieczy Odwołującego przez złożeniem zbyt niskiej ceny w postępowaniu przetargowym. W celu zweryfikowania oferty podwykonawcy (firma ELPATOR) Odwołujący na etapie postępowania przetargowego przygotował kosztorys oparty o KNR. Jak słusznie Zamawiający zauważył

kosztorys został wykonany w oparciu o KNR 513. W tym miejscu kończy się jednak właściwa interpretacja kosztorysu przez Zamawiającego. KNR 513 jest nakładem przygotowanym do wyliczenia prac związanych z wykonaniem m.in. prac naciągowych na linii z wiązką przewodów dwuprzewodową. Niestety nie istnieje w katalogu nakład na wiązkę trójprzewodową, której zastosowanie opisano w wymaganiach Zamawiającego i PFU. Jest kilka metod poradzenia sobie z tą sytuacją. Jedną opisał Zamawiający tj. zastosowanie współczynnika zwiększającego nakład i w ten sposób dostosowanie go wyceny zakresu wiązki trójprzewodowej. Odwołujący nie bazuje jednak na takim sposobie, z uwagi na jego niezgodność z rzeczywistością. Co do zasady wiązka trójprzewodowa ma jeden przewód więcej do zawieszenia, a zatem należy przewidzieć więcej o jeden przewód w kwestii zakupu materiałów. Jednak w przedmiotowym postępowaniu przewody dostarcza Zamawiający w ramach dostaw inwestorskich, więc nie ma potrzeby przeliczania właściwej długości jednostkowej przewodu. Nakłady KNR powstały w latach 80-tych XX wieku i znacząco odbiegają od obecnych czasów. Obecnie stosuje się nowocześniejsze maszyny, jak również potrzeba mniejszej ilości osób do wykonywania prac itp. Dodatkowo na czas rozwieszania przewodów nie wpływa ich ilość, ponieważ do ciągnięcia przewodu używa się łącznika, pozwalającego na raz rozwiesić dwa lub trzy przewody. Zdaniem Odwołującego nie ma zatem potrzeby stosowania dodatkowego współczynnika zwiększającego nakład. Co więcej, nie ma z tym związanych żadnych wytycznych KNR ani odrębnych przepisów. Także w dokumentach zamówienia w nn. Postępowaniu nie zawarto żadnych konkretnych wymagań w niniejszym przedmiocie, pozostawiając wykonawcy prawo do wykonania własnej wyceny, w oparciu o posiadane doświadczenie, zasoby i pozyskane oferty, co też Odwołujący bazując na wieloletnim doświadczeniu na rynku budownictwa elektroenergetycznego – uczynił. W związku z powyższym zarzut Zamawiającego, że Odwołujący uwzględnił złą ilość przewodów w wiązce jest chybiony i niezgodny z prawdą, Odwołujący wielokrotnie potwierdzał, że przyjął do wyceny wszystkie parametry linii zgodne z PFU, w tym wiązkę trójprzewodową.

Odnosząc się do niedoszacowania wartości zawieszenia przewodów fazowych względem wyceny pozostałych oferentów Odwołujący wskazał, iż jest to konsytuacja poprzedniego aspektu. Zaznaczył, że ujął w swojej ofercie odstępniki, co wyjaśnił powyżej. Odwołujący w kosztorysie weryfikującym ofertę ELPATOR uwzględnił, że montaż odstępników odbędzie się w cenie zawieszenia przewodów potrójnej wiązki, co jest zgodne ze stanem faktycznym. KNR jak już wskazano wcześniej jest przeszacowany i Odwołujący dostosował jego użycie do realiów, w czym zgodnie z zasadami kosztorysowania ma dowolność. Zamawiający nie podawał w wymaganiach do przetargu, że należy w kwestii ceny przedstawić kosztorysy zawierające konkretne pozycje i należy przyjąć konkretny

model wyceny. Sposobów prowadzenia wycen jest wiele i jeśli Zamawiające tego w specyfikacji nie określił nie może podważać zasadności wykonania kosztorysu opartego o wieloletnią praktykę Odwołującego. Cena wskazana w tabeli rozbicia cenowego na wykonanie naciągu jest ceną rynkową, o czym Zamawiający powinien zdawać sobie sprawę, zatwierdzając umowy podwykonawcze na realizowanych inwestycjach. Odwołujący zaznaczył, że ujął w swojej cenie związanej z wykonaniem zawieszenia przewodów koszty robocizny, sprzętu odpowiedniego do zamontowania wiązki trójprzewodowej, linii dwutorowej wraz z zawieszeniem odstępników. Niemniej jednak, jego sposób wyceny różni i może się różnić ze sposobem wyceny Zamawiającego i innych wykonawców. To czyni przewagę konkurencyjną Odwołującego w postępowaniach przetargowych, nie oznacza jednak zastosowania rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do niedoszacowania wartości opracowania dokumentacji projektowej w odniesieniu do wyceny PSE, Odwołujący zauważył, że Zamawiający powołał się na sposób wyliczenia prac projektowych zgodny z rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20.12.2021 r. Jeśli w takim razie Zamawiający wymagał takiego sposobu wyznaczenia wartości prac projektowych powinien takie wymaganie wyartykułować w specyfikacji przetargowej, czego nie uczynił. Odwołujący podkreślił, że obecnie nie ma przepisów prawa, które regulowałyby zasady sporządzania kosztorysów ofertowych. Zwrócić bowiem trzeba uwagę, iż regulacje, na które powołuje się Zamawiający tj. Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z 20.12.2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, odnoszą się do kosztorysu inwestorskiego. Co oczywiste, kosztorys inwestorski nie jest tym samym, co kosztorys ofertowy, na co zwracała uwagę KIO już przykładowo w wyroku z dn. 14.07.2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 1385/10. Zdaniem Odwołującego nie ma podstaw prawnych, aby wymagać, by do kosztorysu ofertowego bezwzględnie stosować zasady przewidziane dla kosztorysu inwestorskiego. Swoistą „lukę w prawie” miały zapełnić tzw. „wzorce środowiskowe”, które, jak zakładano, miały być wykorzystywane poprzez stosowanie powszechnych programów do kosztorysowania. Jednak i w tym przypadku nie ma żadnej prawnie uzasadnionej przesłanki, by wymagać korzystania z tychże wzorców. W konsekwencji powyższego stwierdzić trzeba, że kosztorysy ofertowe mogą być opracowywane według indywidualnie określanych zasad i metod określonych przez Zamawiającego, który oczekuje złożenia takiego dokumentu wraz z ofertą, niemniej tego rodzaju żądanie powinno być wyraźnie ujęte w SWZ. W analizowanym postępowaniu nie określono jednak takiego żądania wobec wykonawców. Tym samym, Odwołujący, jak wskazał w przekazanych Zamawiającemu wyjaśnieniach oparł swój

szacunek na ofercie podwykonawcy firmy ISPOL-Projekt Islandzko-Polskie Biuro Projektów Energetycznych Sp. z o.o. Spółka ta nie tylko przekazała ofertę, ale również użyczyła zasobów w postaci wymaganych projektantów. Odwołujący przekazał Zamawiającemu pismem DM/1878/2023/PN także dodatkowe wyjaśnienia dotyczące ceny przyjętej przez ISPOL-Projekt. Zamawiający zna to biuro projektowe, ponieważ wykonuje ono wiele projektów na inwestycjach PSE S.A. Ispol-Projekt jest również zakwalifikowany do umów ramowych na prace projektowe dla PSE S.A. Co więcej, także wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu powołuje się na poleganie na zdolnościach ww. biura projektowego. Mianowicie, w wyjaśnieniach z dn. 23.10.2023 r. Konsorcjum ROMGOS oświadczyło, iż cyt.: *„Ad II. 2. Wyjaśniamy, iż w części C w zakresie polegania na zdolnościach innych podmiotów omyłkowo zaznaczono „nie”, Electomontaj S.A. jak członek Konsorcjum polega na zdolnościach firm ISPOL-PROJEKT Islandzko-Polskie Biuro Projektów Energetycznych Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi oraz Agencji Promocji Inwestycji Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie co wynika z załączników 10 oraz 11 dołączonych do oferty.”* Potwierdza to także złożony przez Konsorcjum podmiotowy środek dowodowy w postaci wykazu wykonanych projektów, gdzie Konsorcjum powołuje się na doświadczenie ISPOL-PROJEKT Islandzko-Polskie Biuro Projektów Energetycznych Sp. z o.o. m.in. w ramach realizacji na rzecz Zamawiającego (Linia 400 kV Miłosna – Siedlce) oraz treść protokołu postępowania, gdzie w pkt. 15.3 wskazano: *„Zgodnie z treścią oferty: Wykonanie prac projektowych - ISPOL-PROJEKT Islandzko-Polskie Biuro Projektów Energetycznych Sp. z o.o.”* Pozbawionym uzasadnienia jest zatem, że Zamawiający wyżej stawia własne wyliczenie w wysokości 2% wartości robót budowlanych od rzeczywistej wyceny prac projektowych doświadczonego biura projektowego, z którego usług sam korzysta zarówno bezpośrednio, jak i za pośrednictwem wykonawców.

Odwołujący podkreślił ponadto, że budżet Zamawiającego pozostaje poważnie przeszacowany (żadna ze złożonych ofert nie zbliżyła się do szacunku Zamawiającego i przeznaczonej na realizację zamówienia kwoty 154 831 211,82 zł brutto, najwyższa oferta (na kwotę 116 988 006 zł) jest niższa aż o 37 843 205,82 zł względem szacunku Zamawiającego, a 4 z 8 ofert o niemal 40%), a zatem przeszacowany jest także szacunek dotyczący prac projektowych, jako, że obliczono go w odniesieniu do 2% wartości budżetu (w wycenie przyjęto wskaźnik w wysokości 2% wartości planowanych kosztów robót budowlanych z uwzględnieniem niezbędnych dostaw materiałów oraz 25% wartości prac projektowych jako dokumentacja powykonawcza). Szacunek ten musi odbiegać od wartości przyjętej przez Odwołującego, gdyż oblicza się go od wartości planowanych kosztów. A zatem skoro Zamawiający przeszacował te planowane koszty – na co zwracali uwagę także pozostali wykonawcy wzywani do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny (w tym zwycięskie

Konsorcjum w piśmie z dn. 13.10.2023 r.) to przełożyło się to także na przeszacowanie kosztów opracowania dokumentacji projektowej. A contrario, na podstawie przedstawionego przez Odwołującego rozbitcia cenowego można wyliczyć, że w jego przypadku 2% wartości od wartości robót budowlano montażowych wraz z materiałami przyjętymi do oferty to około 1 233 528,05 zł, tymczasem kwota oferty ISPOL to: 1 288 194 zł netto, co potwierdza tym bardziej poprawność wyceny tego zakresu prac.

Odnosząc się do aspektu dotyczącego niedoszacowania wartości opracowania dokumentacji projektowej względem pozostałych oferentów. Odwołujący podkreślił, że oferta Odwołującego opiewająca na kwotę 87 673 262,30 zł nie jest niższa od dopuszczalnych 30% średniej arytmetycznej kwot, jakie zaoferowali wszyscy oferenci (70% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert to kwota 70 168 261,81 zł). Fakt oferowania różnych cen ofertowych przez różnych wykonawców (w tym tych, których Zamawiający wezwał do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny) nie świadczy nadto o występowaniu rażąco niskiej ceny, a jedynie o prawidłowym funkcjonowaniu gospodarki rynkowej, gdzie cena oferty i poszczególnych jej składowych uzależniona jest od szeregu czynników właściwych dla danego oferenta. Wykonawcy ciężko odnieść się do sposobu wycen prac projektowych dokonanych przez innych Wykonawców, gdyż ich nie zna, należy jednak zaznaczyć, że Odwołujący od kilku lat współpracuje z biurem projektowym ISPOL Projekt i ta współpraca procentuje zwiększeniem konkurencyjności Odwołującego, a co za tym idzie zmniejszeniem ceny. Powinno to być uznane za atut, a nie być podważane przez Zamawiającego, który sam – za pośrednictwem swoich wykonawców korzysta z usług tego samego biura projektowego, a co więcej planuje skorzystać z usług tego biura (jako zasobów podmiotu trzeciego wybranego wykonawcy - Konsorcjum) w ramach niniejszego postępowania. Podsumowując wyjaśnienia do punktów 5 i 6 – Odwołujący na potwierdzenie rynkowości ceny swojej oferty w zakresie dokumentacji projektowej przedstawił ofertę doświadczonego i znanego Zamawiającemu biura projektowego, które potwierdza możliwość wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę, bez strat po stronie Odwołującego. Ponadto, zauważył, że cena sporządzenia dokumentacji projektowej stanowi mniej niż 2% ceny ofertowej Odwołującego, a zatem nie sposób tu uznać, iż mamy do czynienia z istotnym elementem składowym tej ceny, natomiast w myśl art. 224 ust.1 ustawy Pzp aby mogła być mowa o rażąco niskiej cenie „zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe” muszą wydawać się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzić wątpliwości zamawiającego.

Odnosząc się do niedoszacowania wartości izolatorów – w odniesieniu do wyceny PSE i względem pozostałych oferentów, Odwołujący zauważył, że Zamawiający w uzasadnieniu ww. zarzutów nie wskazał rzetelnych danych, a jedynie porównał swoją wartość oszacowaną na zakup izolatorów, a kolejno wartości pozostałych oferentów, z wyliczoną przez

Odwołującego. Odwołujący oparł się na danych przedstawionych przez Zamawiającego w postaci wykazu montażowego, gdzie można było wyliczyć ilość potrzebnych izolatorów szklanych. Jak wskazano we wcześniejszych wyjaśnieniach Odwołujący polegał na ofercie firmy SAE Oświetlenia i Zabezpieczenia, która jest importerem izolatorów szklanych spełniających wymagania wskazane w specyfikacji Zamawiającego. Odwołujący wynegocjował korzystniejsze warunki zakupu niż przewidział to Zamawiający i inni wykonawcy (wykorzystał swoje wieloletnie relacje w celu uzyskania korzystnej dla siebie oferty, co miało mu dać przewagę konkurencyjną w postaci niższej ceny oferty) niemniej nie świadczy to o zaproponowaniu ceny rażąco niskiej. Wręcz przeciwnie, Odwołujący poprzez przedstawienie oferty SAE Oświetlenia i Zabezpieczenia udowodnił, że dysponuje rzeczywistą ofertą na zakup izolatorów za wskazaną cenę. Zamawiający w żaden sposób nie podważył ilości, a jedynie cenę. Jest to niezrozumiałe biorąc pod uwagę powyższe wyjaśnienia oraz fakt, że różne podmioty, w zależności od swojej historii na rynku, doświadczenia, relacji handlowych, wiarygodności finansowej uzyskują różne ceny ofertowe. A jak wielokrotnie wskazywała KIO - zestawienie różnych cen nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową. Odwołujący wskazał a wyroki KIO z dn. 25.02.2020 r., sygn. akt KIO 263/20, z dn. 17.04.2023 r., sygn. akt KIO 880/23, z dn. 24.02.2022 r., sygn. akt KIO 207/22.

W kontekście sumy różnic pomiędzy kosztorysami przedstawionymi jako załączniki do pisma PILE z dnia 14.11.2023r. a tymi samymi kosztorysami obliczonymi wg czynników cenotwórczych wskazanych w ofercie, Odwołujący wskazał, że doszło do nieporozumienia w kwestii przekazanych wyjaśnień pismami DM/1614/2023/PN oraz DM/1878/2023/PN. Intencją Odwołującego było przedstawienie wszelkich kosztorysów wykonanych na etapie przygotowania oferty przez Odwołującego, które to sprawdzały/ weryfikowały oferty podwykonawców przyjęte do kalkulacji. W żadnym wypadku Odwołujący nie potwierdzał świadomie, że są to kosztorysy, dla których należy zastosować czynniki cenotwórcze wskazane bezpośrednio w jego ofercie, ponieważ dotyczą ofert podwykonawców. Odwołujący nie ma wiedzy, jakich czynników cenotwórczych używają podwykonawcy i w związku z tym, jak zaznaczył w swoich wyjaśnieniach, do sprawdzenia ofert zastosował czynniki cenotwórcze zgodne z niezależnym cennikiem Sekocenbud. W specyfikacji Zamawiający nie zaznaczył, że będzie wymagał, aby oferty podwykonawców były wyznaczone na podstawie czynników cenotwórczych zadeklarowanych przez Odwołującego. W związku z tym całkowicie mylne jest dokonywanie wyliczeń jakie prezentuje Zamawiający w uzasadnieniu do punktu 9, a tym samym błędne jest wnioskowanie Zamawiającego, że obliczona przez niego różnica stanowi niedoszacowanie oferty Odwołującego.

Podsumowując tą część odwołania, nie można zgodzić się z Zamawiającym, że w odniesieniu do oferty Odwołującego miało miejsce niedoszacowanie oferty w ogóle, a tym bardziej w kwotach wyliczonych błędnie przez Zamawiającego. Zamawiający, wskazując rzekome niedoszacowanie (na kilka i kilkanaście milionów) dokonał swoich obliczeń w oderwaniu od realiów rynkowych, a także złożonych przez Odwołującego wyjaśnień i przedstawionych do nich ofert podwykonawców/dostawców. Co więcej, jak powołano powyżej, Zamawiający w znacznej części dokonał ustaleń dyskwalifikujących ofertę Odwołującego bez uprzedniego skierowania do niego wezwania o wyjaśnienie konkretnych pozycji wyceny. Niewątpliwie natomiast wezwanie o właściwej i precyzyjnej treści, pozwoliłoby Odwołującemu na wyjaśnienie wątpliwości bez konieczności wkraczania przez Strony na drogę odwołania. Zaznaczyć należy, że Zamawiający wzywał Odwołującego do wyjaśnienia ceny aż trzykrotnie, a mimo to w treści wezwań próżno szukać znacznej części zarzutów zawartych w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący wskazał, że jakkolwiek ciężar dowodu wykazania braku rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, to jednak wycena kosztów realizacji zamówienia to zbiór pewnych hipotetycznych założeń wykonawcy, przygotowanych, w oparciu o postanowienia SWZ, sytuację rynkową w danym czasie i ocenę ryzyka jej zmiany na etapie realizacji zamówienia, i jak wskazuje KIO w swoich orzeczeniach (powołanych we wcześniejszej części odwołania): *„nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji, gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany.”*

Konkludując, wyjaśnienia Odwołującego oraz przedstawione dowody potwierdzają, że Odwołujący jest w stanie zrealizować zamówienie za cenę wskazaną w ofercie. Po pierwsze bowiem myli się Zamawiający, jak szczegółowo opisano powyżej, że doszło do pominięcia elementów w wycenie, a także by miało miejsce niedoszacowanie poszczególnych pozycji. Zdecydowanie nieprawdziwym w świetle opisanego i wykazanego stanu faktycznego jest nadto zarzut jakby suma elementów rzekomo pominiętych i niedoszacowanych (których wedle wyjaśnień Odwołującego brak) przekraczała zakładany w ofercie zysk. Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z przepisami ustawy, mimo braku wystąpienia takiej niezgodności (zarzut nr 2) Odwołujący podniósł, że w przypadku jego oferty nie występuje niezgodność z przepisami ustawy Pzp. Zamawiający upatruje niezgodności w rzekomej

zmianie treści oferty. Tymczasem, jak było już sygnalizowane powyżej, Odwołujący w żadnym ze swoich wyjaśnień nie dokonał zmiany w treści oferty. Co więcej, Odwołujący w dalszym ciągu potwierdza swoje oświadczenia złożone wraz z ofertą dotyczące poziomów współczynników cenotwórczych. Odwołujący stwierdził, że doszło do nieporozumienia w kwestii przekazanych wyjaśnień pismami DM/1614/2023/PN oraz DM/1878/2023/PN. Intencją Odwołującego było przedstawienie wszelkich kosztorysów wykonanych na etapie przygotowania oferty przez Odwołującego, które to sprawdzały/ weryfikowały oferty podwykonawców przyjęte do kalkulacji. W żadnym wypadku Odwołujący nie potwierdzał świadomie, że są to kosztorysy, dla których należy zastosować czynniki cenotwórcze wskazane bezpośrednio w jego ofercie, ponieważ dotyczą ofert podwykonawców. Wykonawca nie ma wiedzy, jakich czynników cenotwórczych używają podwykonawcy i w związku z tym jak zaznaczył w swoich wyjaśnieniach do sprawdzenia ofert zastosował czynniki cenotwórcze zgodne z niezależnym cennikiem Sekocenbud. W specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający nie zaznaczył, że będzie wymagał, aby oferty podwykonawców były wyznaczone na podstawie czynników cenotwórczych zadeklarowanych przez Odwołującego. Mając na uwadze powyższe, doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, z uwagi na niezgodność z przepisami ustawy, mimo braku wystąpienia takiej niezgodności. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że przedmiotowa podstawa odrzucenia oferty Odwołującego tj. art. 226 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp, nie została powołana w protokole z postępowania (w pkt. 14).

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, mimo braku wystąpienia takiej niezgodności (zarzut nr 3) Odwołujący wskazał, iż w przypadku jego oferty nie występuje niezgodność z warunkami zamówienia. Odwołujący, w żadnym złożonym przez siebie oświadczeniu, a tym bardziej w wyjaśnieniach złożonych przy piśmie z dn.14.11.2023 r. nie wskazał, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia przewidział lub oferuje wiązkę dwuprzewodową. Zamawiający wybiórczo przyjmuje oświadczenia Odwołującego złożone wraz z ofertą i interpretuje je w sposób zupełnie odbiegający od ich treści i intencji Odwołującego. Po pierwsze podnieść należy, że w punkcie II. 3. formularza ofertowego Odwołujący złożył oświadczenie o treści: *„3. Zaoferowana cena jest ceną ryczałtową, stałą i zawiera wszystkie koszty należytego wykonania zamówienia. Cena za realizację prawa opcji, jest wynagrodzeniem maksymalnym, które może otrzymać Wykonawca, w przypadku skorzystania z prawa opcji przez Zamawiającego.”* A w pkt. III ppkt.2 jednoznacznie zobowiązał się: *„Zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w Dokumentach zamówienia, w*

tym Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz Wzorce Umowy.” Potwierdza to deklarację spełnienia wszelkich wymagań określonych w SWZ i PFU w tym, zastosowania wiązki trójprzewodowej. Wysoką nadinterpretacją Zamawiającego jest posiłkowanie się kosztorysem przedstawionym jako sprawdzenie oferty podwykonawcy (firmy ELPATOR). Szczegółowe wyjaśnienia zostały zawarte w części odwołania dotyczącej wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Odnosząc się do niech w skrócie – w ocenie Odwołującego nie można mówić o niezgodności, ponieważ Odwołujący, jak już wcześniej wyjaśnił uwzględnił wykonanie wiązki trójprzewodowej, zakup odstępników do wiązki trójprzewodowej oraz łańcuchów izolatorowych z uchwytnymi umożliwiającym wpięcie wiązki trójprzewodowej. Odwołujący na poczet postępowania pozyskał ofertę na zakup odstępników do wiązki trójprzewodowej tj. ofertę firmy PLP Poland (Belos) S.A. nr BUO/1725/IT/23 z dn. 08.08.2023 r., gdzie pod pozycją nr 4 ujęte są odstępniki. Z treści oferty datowanej na dzień 08.08.2023 r. wyraźnie wynika, iż dotyczy ona niniejszego postępowania oraz została złożona Odwołującemu.

Kolejno, jak było już wyjaśniane Odwołujący przyjął wprawdzie inny sposób wyceny wartości zawieszenia przewodów fazowych względem wyceny Zamawiającego, niemniej nie oznacza to, że Odwołujący w ramach realizacji przedmiotu zamówienia przewidział lub oferuje wiązkę dwuprzewodową, zamiast trójprzewodowej. Ponownie podkreślić należy, że Odwołujący na etapie postępowania przetargowego przygotował kosztorys oparty o KNR 513 (KNR 513 jest nakładem przygotowanym do wycenienia prac związanych z wykonaniem m.in. prac naciągowych na linii z wiązką przewodów dwuprzewodową), ale wynikało to z tego, że nie istnieje w katalogu nakład na wiązkę trójprzewodową, której zastosowanie opisano w wymaganiach Zamawiającego i PFU. Jest kilka metod poradzenia sobie z tą sytuacją. Jedną opisał Zamawiający tj. zastosowanie współczynnika zwiększającego nakład i w ten sposób dostosowanie go do wyceny zakresu wiązki trójprzewodowej. Odwołujący nie bazuje jednak na takim sposobie, z uwagi na jego niezgodność z rzeczywistością. Jak było wskazane powyżej - co do zasady wiązka trójprzewodowa ma jeden przewód więcej do zawieszenia, a zatem należy przewidzieć więcej o jeden przewód w kwestii zakupu materiałów. Jednak w przedmiotowym postępowaniu przewody dostarcza Zamawiający w ramach dostaw inwestorskich, więc nie ma potrzeby przeliczania właściwej długości jednostkowej przewodu. Dodatkowo na czas rozwieszania przewodów nie wpływa ich ilość, ponieważ do ciągnięcia przewodu używa się łącznika, pozwalającego na raz rozwiesić dwa lub trzy przewody. Zdaniem Odwołującego nie ma zatem potrzeby stosowania dodatkowego współczynnika zwiększającego nakład. Co więcej, nie ma z tym związanych żadnych wytycznych KNR ani odrębnych przepisów. Także w dokumentach zamówienia w nn. Postępowaniu nie zawarto żadnych konkretnych wymagań w niniejszym przedmiocie, pozostawiając wykonawcy prawo do wykonania własnej wyceny, w oparciu o posiadane

doświadczenie, zasoby i pozyskane oferty, co też Odwołujący bazując na wieloletnim doświadczeniu na rynku budownictwa elektroenergetycznego – uczynił. W związku z powyższym zarzut Zamawiającego, że Odwołujący uwzględnił złą ilość przewodów w wiązce jest chybiony i niezgodny z prawdą, Odwołujący wielokrotnie potwierdzał, że przyjął do wyceny wszystkie parametry linii zgodne z PFU, w tym wiązkę trójprzewodową, co potwierdza też pozyskana oferta na zakup odstępników właśnie do wiązki trójprzewodowej. Istotnym pozostaje, że Zamawiający skierował do Odwołującego trzy pisma o złożenie wyjaśnień i w żadnym nie poruszył ww. tematu bezpośrednio. Zadanie pytania pozwoliłoby rozwiązać niniejsze wątpliwości na właściwym etapie postępowania. Odwołujący wskazał w tym kontekście na wyrok KIO z 24.05.2023 r., KIO 1090/23. Podkreślił, że w złożonej ofercie zadeklarował wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zawartymi w dokumentach zamówienia, w tym Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz Wzorce Umowy, a zatem także PFU. Oferta ta nie podlegała na późniejszym etapie żadnym modyfikacjom. W szczególności nieprawdziwy jest zarzut by z wyjaśnień Odwołującego z dn. 14.11.2023 r. wynikało, że oferuje on wiązkę o niewłaściwej liczbie przewodów.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego, z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, mimo braku wystąpienia takiej niezgodności. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że przedmiotowa podstawa odrzucenia oferty Odwołującego tj. art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, nie została powołana w protokole z postępowania (w pkt. 14), co stanowi niewątpliwe uchybienie Zamawiającego.

Uzasadniając zarzuty naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy jest ona najkorzystniejsza, art. 16 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości, ewentualnie, tj., jeżeli doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminu do wniesienia niniejszego odwołania, dodatkowo zarzucam Zamawiającemu naruszenie art. 264 ust. 1 ustawy Pzp (zarzuty nr 4-6), Odwołujący podniósł, iż nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego doprowadziło do sytuacji, kiedy to, pomimo że oferta Odwołującego pozostawała najkorzystniejsza cenowo (a cena była jedynym kryterium oceny ofert) nie została wybrana w postępowaniu, co z kolei pozbawiło Odwołującego możliwości realizacji zamówienia i osiągnięcia zakładanego w nim zysku. Z niniejszym powiązany jest zarzut naruszenia art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Niewątpliwym jest bowiem, że Zamawiający nierówno potraktował Odwołującego w porównaniu do pozostałych wykonawców jakich wzywał do złożenia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Znamionym jest bowiem, że Zamawiający przyjął wyjaśnienia Konsorcjum ROMGOS i uznał jego ofertę za realną, w sytuacji, gdy cena ofertowa była zaledwie o 1,7 mln wyższa niż zaoferowana przez Odwołującego. Gdy tymczasem, Odwołującemu zarzucono niedoszacowanie oferty i pominięcie elementów rzędu kilku lub nawet (w porównaniu z szacunkiem Zamawiającego) kilkunastu milionów. Nielogicznym i niezgodnym z zasadami równego traktowania jest uznanie, że wybrane Konsorcjum jest w stanie z zyskiem zrealizować zamówienie za kwotę 89 382 633,84 zł, a zatem o zaledwie 1 709 371,54 zł wyższą niż oferta Odwołującego, natomiast ofertę Odwołującego odrzucić jako niedoszacowaną na co najmniej kilka – kilkanaście milionów. Podobnie, przejawem nierównego traktowania jest poddanie w wątpliwość wyceny oferty Odwołującego w zakresie dokumentacji projektowej, gdzie powołuje się on na ofertę znanego Zamawiającemu i podwykonawcy - ISPOL-Projekt Islandzko-Polskie Biuro Projektów Energetycznych Sp. z o.o. – podmiotu o ugruntowanej opinii na rynku budownictwa elektroenergetycznego, a jednocześnie wybór oferenta – Konsorcjum, który powołuje się właśnie na zasób tego podmiotu trzeciego - wykonanie prac projektowych w ramach zamówienia przez ISPOL-PROJEKT Islandzko-Polskie Biuro Projektów Energetycznych Sp. z o.o. Uzasadniając ostatni z zarzutów Odwołujący wskazał, że ma on charakter ewentualny jedynie na wypadek, jeżeliby doszło już do zawarcia umowy w nn. Postępowaniu. Niniejsze byłoby bowiem niezgodne z treścią art. 264 ustaw. 1 ustawy Pzp, a zatem stanowiłoby naruszenie w nn. zakresie.

Konkludując, zdaniem Odwołującego opisane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy Pzp miały istotny wpływ na wynik nn. postępowania o udzielenie zamówienia, przekładając się na odrzucenie oferty Odwołującego i wybór oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał ponadto, iż zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa w całości załączoną do odwołania ofertę firmy PLP Poland (Belos) S.A. nr BUO/1725/IT/23 z dn. 08.08.2023 r. na dostawę odstępników dla wiązki trójprzewodowej oraz podtrzymuje dotychczas poczynione – na etapie wyjaśnienia ceny zastrzeżenie tajemnicy w stosunku do wymienionych w pismach przewodnich do tych wyjaśnień dokumentów. Odwołujący przedstawił następnie argumentację odnoszącą się do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 19 stycznia 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i podtrzymując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 8 ustawy Pzp.

W dniu 23 stycznia 2024 r. pismo procesowe w sprawie przedstawił także Przystępujący Konsorcjum ROMGOS, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Sygn. akt: KIO 52/24

W dniu 2 stycznia 2024 r. wykonawca ELFEKO S.A. z siedzibą w Gdyni (dalej jako „Odwołujący 2” lub „Odwołujący ELFEKO”), wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp poprzez niezachowanie zasady przejrzystości i proporcjonalności oraz zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty i niezasadny wybór oferty oraz zaniechanie udostępnienia dokumentów złożonych w toku postępowania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ROMGOS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING Sp. k. z siedzibą w Jarocinie, ROMGOS G. Sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie oraz ELECTROMONTAJ SA z siedzibą w Bukareszcie, Rumunia,
2. art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie zapewnia efektów opisanych w art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, a Konsorcjum nie zostało wybrane zgodnie z przepisami ustawy,
3. art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. tj. z dnia 13 maja 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 – dalej jako „u.z.n.k.”) poprzez zaniechanie ujawnienia dokumentów zastrzeżonych Konsorcjum jako tajemnica przedsiębiorstwa tj. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny pomimo tego, że zastrzeżone przez Konsorcjum informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca ten nie przedstawił wyjaśnienia ani dowodów które uzasadniałyby takie zastrzeżenie,
4. art. 74 ust. 1 i 2 pkt 1 w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp i w zw. art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do dokumentów złożonych przez Konsorcjum i zaniechanie ujawnienia Odwołującemu w całości wszystkich załączników do protokołu Postępowania pomimo tego, iż Konsorcjum nie wykazało, iż poszczególne informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa spełniają ustawową definicję tajemnicy przedsiębiorstwa,
5. art. 513 w zw. z art. 515 ust. 1 ustawy Pzp poprzez utrudnienie Odwołującemu dostępu do protokołu postępowania. Udostępnienie załączników do protokołu na trzy dni przed upływem terminu na wniesienie odwołania - przy czym wszystkie te dni były dniami wolnymi od pracy (sobota, niedziela i Nowy Rok) - realnie skróciło czas na dokonanie analizy niezbędnej dla złożenie odwołania co jest zachowaniem nietransparentnym i sprzecznym z prawem do korzystania ze środków ochrony prawnej,

6. Z ostrożności Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo tego, że Konsorcjum nie złożyło wyjaśnień w zakresie RNC w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie (z pisma z dnia 2 października 2023 r. wynika, że wyjaśnienia miały być złożone w terminie do dnia 11 października 2023 r. włącznie, jednak wyjaśnienia RNC są datowane na dzień 13 października 2023 r.).

Odwołujący 2 ponadto postawił zarzuty ewentualne na wypadek, jeżeli zarzuty związane z tajemnicą przedsiębiorstwa zostałyby uznane za niezasadne:

7. Art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, pomimo że przedstawiło informacje o tym, iż wyjaśnienia dotyczące jego oferty złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa co jednocześnie jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 u.z.n.k.,
8. art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i kosztów,
9. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, iż oferta tego Konsorcjum jest niezgodna z warunkami zamówienia ze względu na wadliwy sposób obliczenia ceny,
10. art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 11 i art. 24 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, iż oferta Konsorcjum została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. ze względu na wprowadzające w błąd informacje dotyczące ceny i tajemnicy przedsiębiorstwa,
11. art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo tego, że cena oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
12. art. 239 ust. 1 i 2, art. 242 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów wskazanych w SWZ, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny oraz dokonania oceny oferty Konsorcjum pomimo tego, iż oferta ta powinna być odrzucona.

Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu by unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu by przekazał Odwołującemu wszystkie dokumenty złożone w toku postępowania przez Konsorcjum, a w szczególności wszelkie oświadczenia w zakresie RNC i tajemnicy przedsiębiorstwa złożone przez Konsorcjum, nakazanie Zamawiającemu by dokonał ponownej oceny ofert. Ewentualnie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu by unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu by

wykluczył Konsorcjum z postępowania, nakazanie Zamawiającemu by dokonał ponownej oceny ofert i odrzucił ofertę Konsorcjum, nakazanie Zamawiającemu by dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp i SWZ.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący 2 wskazał, iż postępowanie jest prowadzone w sposób sprzeczny z zasadami udzielania zamówień wyrażonymi w art. 16 - 18 ustawy Pzp. Działania PSE polegające na tym, że dokumentacja postępowania (tj. protokół wraz z załącznikami) został przesłany Odwołującemu w częściach w dniu 28 i 29 grudnia 2023 r. jednak nie wszystkie załączniki do protokołu zostały udostępnione – chodzi o wyjaśnienia RNC - jest naruszeniem art. 16, 17 oraz 18 ust. 1- 3 ustawy Pzp i skutkuje ograniczeniem praw Odwołującego do wniesienia odwołania, co w efekcie faworyzuje Konsorcjum ROMGOS. Ponadto zdaniem Odwołującego oferta uznana za najkorzystniejszą winna być odrzucona a Konsorcjum wykluczone z postępowania: ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia, gdyż wskazana w ofercie cena nie jest możliwa do wykazania jeżeli uwzględni się wszystkie warunki SWZ, złożenie oferty, która nie uwzględnia warunków zamówienia doprowadziło do obniżenia ceny oferty co skutkuje tym, że jej złożenie zostało dokonane w warunkach nieuczciwej konkurencji, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest pozorne, nie ma przesłanek do uznania, iż wyjaśnienia Konsorcjum stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w całości, sam fakt złożenia przez Konsorcjum niezasadnego oświadczenia co do tajemnicy przedsiębiorstwa wprowadza Zamawiającego w błąd co i ma istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w zakresie jawności postępowania i w ten sposób wpływa na ograniczenie prawa do złożenia umotywowanego odwołania przez innych niż Konsorcjum wykonawców - w tym Odwołującego. Ponadto skoro zastrzeżenie tajemnicy zostało złożone w utrudnienia dostępu do informacji to jest to czyn sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami, zagraża i narusza interesy Odwołującego a zatem jest to czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. Odwołujący 2 wskazał także, że PSE nienależycie dokonało oceny zasadności zastrzeżenia wyjaśnień RNC jako tajemnicy przedsiębiorstwa, PSE udostępniło protokół postępowania wraz z załącznikami jedynie w części i w terminie uniemożliwiającym złożenie odwołania w terminie liczonym od dnia poinformowania przez PSE o wyborze oferty najkorzystniejszej co uniemożliwiło wykazanie RNC albo uznanie, że oferta Konsorcjum nie zawiera RNC i tym samym złożenie odwołania w zakresie tego zarzutu nie jest zasadne.

Odnosząc się do naruszenia zasady jawności Odwołujący wskazał na wynikający z art. 71 ust. 1 ustawy Pzp obowiązek dokumentowania przebiegu postępowania, powołał się na komentarz opublikowany przez UZP. Podkreślił, że Zamawiający przekazał Odwołującemu dokumenty dotyczące Konsorcjum ROMGOS 28 i 29 grudnia 2023 r., czyli w czwartek i piątek – w obu przypadkach były to godziny popołudniowe. Dokumenty udostępnione

powinny być analizowane łącznie, gdyż winny się wzajemnie uzupełniać i być ze sobą w sposób logiczny powiązane. Ze względu na „układ kalendarza” na przełomie roku dokonanie analizy miałyby być dokonane w dni ustawowo wolne od pracy – praktyka taka jest nie do pogodzenia z zasadami udzielania zamówień publicznych. Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 28 grudnia 2023 r. Zamawiający trzykrotnie wzywał Konsorcjum do wyjaśnienia RNC – były to wezwania z dnia 2 października 2023r, 6 i 8 listopada 2023 r. Jedynie w odpowiedzi na pierwsze wezwanie Konsorcjum złożyło oświadczenie co do tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zwrócił uwagę, że w piśmie PSE z dnia 2 października 2023 r. wskazano, że wyjaśnienia mają być złożone do dnia 11 października 2023 r. włącznie - złożone wyjaśnienia są datowane na dzień 13 października 2023 r. – z dokumentów udostępnionych przez Zamawiającego nie można ustalić, czy termin był zmieniony czy też mamy do czynienia z oczywistą pomyłką w dacie. Jeżeli jednak termin wyznaczony przez Zamawiającego na złożenie wyjaśnień nie został dotrzymany to oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący wskazał, iż wyjaśnienia RNC z dnia 13 października 2023 r. złożone przez Konsorcjum ROMGOS są utajnione w przeważającej części. Podkreślił, że utajnienie informacji w toku postępowania jest wyjątkiem od zasady jawności wynikającej z art. 16 i 18 ustawy Pzp. Zasada jawności wyrażona wprost w art. 18 ust 1 ustawy Pzp doznaje ograniczenia w przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 u.z.n.k., jeżeli zatem ktokolwiek powołuje się na tajemnicę przedsiębiorstwa musi wykazać przesłanki zawarte w ww. przepisie. W tym zakresie Odwołujący powołał się na wyroki Izby z 19 kwietnia 2021 r. (KIO 656/21), z 11 czerwca 2021 r. KIO 968/21, z 12 lipca 2021 r. KIO 1701/21, z 28 czerwca 2021 r. KIO 1633/21, z 18 czerwca 2021 r. KIO 662/21, a także na wyrok Sądu Zamówień Publicznych z 24 lutego 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 133/21, który podzielił poglądy KIO wyrażone m.in. w przywołanych wyrokach, ale też wskazał na konieczność prowadzenia restrykcyjnej wykładni. Zdaniem Odwołującego dążenie Konsorcjum ROMGOS do utajnienia danych związanych z ofertą ma w ocenie Odwołującego jedynie utrudnienie lub uniemożliwienie weryfikacji informacji co w istotny sposób ogranicza prawo Odwołującego do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej. W konsekwencji zastrzeżone informacje winny być odtajnione i udostępnione Odwołującemu. Aktualna linia orzecznicza jest tyleż stabilna co rygorystyczna. Innymi słowy, o ile nie zostaną udowodnione wszystkie ustawowe przesłanki niezbędne dla uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, to informacja tak podlega ujawnieniu. Powołując się na wyrok KIO z 12 lipca 2021 r. KIO 1701/21 Odwołujący wskazał, że Konsorcjum ROMGOS nie wykazało istnienia przesłanek wskazanych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Zdaniem Odwołującego 2 działania Konsorcjum ROMGOS wprowadziły Zamawiającego w błąd co to istnienia tajemnicy przedsiębiorstwa co mogło i miało wpływ na jego [Zamawiającego] decyzje co najmniej w zakresie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień złożonych na wezwanie. i uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa a zatem zaszyły przesłanki wykluczenia z postępowania, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Konsorcjum złożyło oświadczenie, iż zastrzega jako tajemnice przedsiębiorstwa załączniki od 1 do 6. Jest to kalkulacja kosztów, listy środków trwałych, umowy z kontrahentami, przykładowe umowy o pracę, politykę bezpieczeństwa. Samo uzasadnienie nie wykazuje, by w odniesieniu do tych dokumentów zaistniały przesłanki dla uznania, że nie podlegają one zasadzie jawności postępowania o zamówienie publiczne – Konsorcjum nie wykazało przesłanek definiowanych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp i u.z.n.k.. Kalkulacja kosztów sama w sobie nie ma wartości gospodarczej – sposób wykonania zamówienia jest narzucony przez Zamawiającego w SWZ. Odwołujący nie dostrzega wartości gospodarczej w wykazie środków trwałych a Konsorcjum też tego nie dowodzi w swym piśmie. Na stronie „Oferta – Romgos” znajduje się informacja m.in. o usługach sprzętowych świadczonych przez Romgos Grupa wraz z zakładką kontaktową by „omówić zakres twojego projektu”, dane dotyczące sprzętu nie są raczej chronione, skoro służą do świadczenia usług na rzecz podmiotów trzecich. Z wyjaśnień nie wynika jakie dokładnie środki trwałe mają być zaangażowane w realizację zamówienia a stosowanie sprzętu jest oczywiste ze względu na treść SWZ. Odwołujący 2 wskazał też, że umowy z kontrahentami nawet jeśli mają klauzulę poufności, to *a priori* nie korzystają w postępowaniach o zamówienie publiczne z waloru poufności o ile nie są spełnione pozostałe przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa – a pozostałych przesłanek Konsorcjum nie dowodzi. Przykładowe umowy o pracę, właśnie za względu, że są przykładem a nie realnie zawartą umową nie mogą być skutecznie chronione poprzez powołanie się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego 2 Konsorcjum ROMGOS nie wykazało też wartości gospodarczej w odniesieniu do polityki bezpieczeństwa i sposobu nadawania uprawnień dostępowych. Odwołujący dopuszcza, że tajemnicą mogą być techniczne aspekty dostępu do danych, ale nawet w tym zakresie brak stosownych dowodów. Odwołujący nie domaga się ujawnienia systemów technicznych zabezpieczenia danych – na co wskazuje Konsorcjum – ale nie dostrzega ich związku z wartością gospodarczą zastrzeżonych informacji i z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący 2 zauważył ponadto, iż Konsorcjum w wyjaśnieniach wskazuje na to, że z powodu ujawnienia informacji wynikających z tajemnicy przedsiębiorstwa może ponieść szkodę – nie podaje jednak w jakiej wysokości. Ryzyko poniesienia szkody wywodzonej *ex contractu* nie jest tożsame z wartością gospodarczą o której mowa w art. 11 u.z.n.k. i w przywołanym wyżej orzecznictwie. Nie można zatem uznać, iż Konsorcjum wykazało fakt,

iż zastrzeżone dane mają wartość gospodarczą. Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok KIO 496/18. Odwołujący wskazał także na art. 58 ust. 3 ustawy Pzp, podnosząc, iż Konsorcjum podjęło próbę utajnienia informacji specyficznych dla jednego przedsiębiorcy – Romgos (vide zał. 6 do wyjaśnień) ale nie dla wszystkich tworzących Konsorcjum. W konsekwencji, skoro mamy do czynienia z ofertą wspólną to znaczy, iż jej treść, wraz ze wszystkimi załącznikami znają co najmniej wszyscy Konsorcjanci, czyli nieokreślona grupa osób. Tym samym nie jest zachowany warunek wynikający z art. 11 u.z.n.k., iż uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum ROMGOS nie wykazało, iż wdrożyło procedury, działania dotyczące utrzymywania danych w poufności co do zasady. W Wyjaśnieniach nie ma na ten temat żadnych informacji. Uzasadnienie nie zawiera informacji wdrożonych o procedurach mających na celu chronienie tych konkretnych informacji.

Zamawiający w dniu 23 stycznia 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 23 stycznia 2024 r. pismo procesowe w sprawie przedstawił także Przystępujący Konsorcjum ROMGOS, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ROMGOS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ENGINEERING Sp. k. z siedzibą w Jarocinie, ROMGOS G. Sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie oraz ELECTROMONTAJ SA z siedzibą w Bukareszcie, Rumunia - w sprawie o sygn. akt KIO 11/24 i KIO 52/24, a także przez wykonawcę ELFEKO S.A. z siedzibą w Gdyni - w sprawie o sygn. akt KIO 11/24.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba orzekając w obu sprawach uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w tym dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także stanowiska pisemne złożone przez Strony i Uczestników postępowania odwoławczego. W sprawie o sygn. akt KIO 11/23 Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto

dowody z załączonego do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie kosztorysu - porównania KNR dla przewodu pojedynczego i wiązki trójprzewodowej na okoliczności wskazane w ww. piśmie oraz z dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie na okoliczności wówczas wskazane – wyciągu z KNR (str. 62 i 63) oraz podsumowania wartości robocizny, materiałów i sprzętu z uwzględnieniem wskaźników cenotwórczych zadeklarowanych w ofercie. W sprawie o sygn. akt KIO 52/23 Izba dopuściła i przeprowadziła ponadto dowody z protokołów rozpraw i orzeczenia w sprawie o sygn. akt KIO 2901/23, załączone do pisma Przystępującego Konsorcjum ROMGOS, na okoliczności w piśmie wskazane.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa linii 400 kV Choczewo-Żarnowiec. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w Części II SWZ Program Funkcjonalno – Użytkowy.

W Rozdziale XIII Części I SWZ – Wskazówki dla Wykonawcy zawarto informacje o sposobie obliczenia ceny. W pkt 2 wskazano, iż oferowana cena powinna zawierać wszystkie koszty Wykonawcy i opłaty związane z realizacją zamówienia. W pkt 5 wskazano, iż cena podana w ofercie jest ceną ryczałtową, stałą, w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia z wyłączeniem pkt 24 Wzoru Umowy Część IV SWZ.

Zgodnie z pkt 11 Części IV SWZ – Wzór Umowy wynagrodzenie określone w pkt 12.1 Umowy na podstawie Oferty Wykonawcy, stanowiącej Załącznik nr 2 do Umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym netto i uwzględnia kompletny zakres wszelkich czynności niezbędnych dla realizacji Przedmiotu Umowy oraz zawiera również wszelkie inne koszty związane z realizacją Umowy (pkt 11.1). Wykonawca, przed złożeniem swojej Oferty, ocenił, na swoje wyłączne ryzyko, istniejący poziom cen i obowiązujące podatki i opłaty, mające wpływ na Wynagrodzenie i uwzględnił je ustalając kwotę Wynagrodzenia za całkowite wykonanie Umowy (pkt 11.2).

Zamawiający wymagał wskazania w formularzu oferty (wzór nr 1 Część III SWZ) ceny netto i brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia. Cena za realizację prawa Opcji była określona przez Zamawiającego na 100 000 zł netto., jako maksymalna łączna wartość wynagrodzenia Wykonawcy za prace i czynności wykonane w ramach prawa opcji. Wykonawca w formularzu oferty oświadczał także w oparciu o jakie wskaźniki cenotwórcze obliczył wskazaną cenę brutto (należało podać wskaźnik robocizny, kosztów pośrednich, kosztów zakupu materiałów oraz zysku). Oprócz tego należało wskazać wartość za jeden miesiąc przedłużenia okresu gwarancji i rękojmi. Ponadto w ofercie wykonawca oświadczał, iż zaoferowana cena jest ceną ryczałtową, stałą i zawiera wszystkie koszty należytego wykonania zamówienia. Cena za realizację prawa opcji, jest wynagrodzeniem maksymalnym, które może otrzymać Wykonawca, w przypadku skorzystania z prawa opcji przez Zamawiającego.

Zgodnie z protokołem postępowania szacunkowa wartość zamówienia to 143 442 600,00 zł netto, w tym: 1. zamówienie podstawowe: 120 296 000,00 zł netto; 2. prawa opcji: 100 000,00 zł netto; 3. dostawy inwestorskie: 11 017 000,00 zł netto; 4. zamówienia podobne: 12 029 600,00 zł netto.

Zamawiający wskazał, iż na sfinansowanie zamówienia przeznaczy kwotę 154 831 211,82 zł brutto.

W postępowaniu wpłynęło osiem ofert: oferta 1 z ceną 103 197 000,00 zł, oferta 2 z ceną 99 753 000,00 zł, oferta 3 (Odwołującego PILE ELBUD) z ceną 87 673 262,30 zł, oferta 4 (Odwołującego ELFEKO) z ceną 96 525 480,00 zł, oferta 5 z ceną 106 403 610,00 zł, oferta 6 (Przystępującego Konsorcjum ROMGOS) z ceną 89 382 633,84 zł, oferta 7 z ceną 116 988 006,00 zł, oferta 8 z ceną 102 123 000,00 zł.

Odwołujący PILE ELBUD określił w ofercie wskaźniki cenotwórcze w następujący sposób: $R = 70,00 \text{ zł/rbg}$, $Kp = 80\% (R+S)$, $Kz = 10\% (M)$, $Z = 20\% (R+S+Kp)$.

Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w dniu 2 października 2023 r., skierował do 7 wykonawców wezwanie do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych w celu ustalenia, czy oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W wezwaniach wskazano:

„Zamawiający jest zobowiązany do żądania od Państwa wyjaśnień, ponieważ zaoferowana przez Państwa cena całkowita jest niższa co najmniej o 30% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania tj. 154 831 211,82 zł. Wykonawca zobowiązany jest do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust 6 ustawy Pzp. Przedstawione wyjaśnienia i dowody będą przez Zamawiającego oceniane, w szczególności w kontekście tego, że zaproponowana przez Wykonawcę cena musi dotyczyć pełnego zakresu zamówienia obejmującego wszystkie wymagania wskazane w SWZ, wyjaśnieniach treści SWZ, w szczególności w Programie Funkcjonalno- Użytkowym i Wzorze umowy. Wyjaśnienia Wykonawcy mogą dotyczyć okoliczności wskazanych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający wskazuje, że zgodnie z art. 224 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśnienia Wykonawcy, w tym dowody, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, muszą dotyczyć: 1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W postępowaniu wyjaśniającym Wykonawca zobowiązany jest udowodnić, w sposób niebudzący wątpliwości Zamawiającego, że składowe ceny oferty są racjonalne i umożliwiają prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Dlatego to Wykonawca w wyjaśnieniach musi wykazać, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Nie jest wystarczające złożenie

ogólnego zapewnienia, że Wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę, lecz należy złożyć wyjaśnienia odpowiednio umotywowane, przekonujące, rozwiewające wątpliwości, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca zobowiązany jest udowodnić realność zaoferowanej ceny oraz udowodnić, że jego cena jest wiarygodna, tzn., że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia przy zachowaniu należytej staranności, Wykonawca nie będzie ponosił strat. Wykonawca zobowiązany jest również udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić przez wyczerpujący rzetelny opis, wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty, wykazać co spowodowało obniżenie ceny oraz wyjaśnić w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności. Wykonawca powinien wskazać w złożonym na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniu również inne czynniki, a także stany faktyczne, które wpłynęły na przedstawioną przez niego cenę oferty.

Mając na względzie powyższe Zamawiający wzywa do przedstawienia:

- a) wypełnionej tabeli kalkulacji oferty wg załączonej tabeli nr 1;
- b) posiadanych ofert, umów lub porozumień na dostawę materiałów i wykonanie usług, które były podstawą kalkulacji w tym między innymi: i. dostawę i montaż konstrukcji wsporczych, ii. wykonanie fundamentów stanowisk słupowych, iii. dostawę elementów łańcuchów izolatorowych, iv. montaż przewodów fazowych wraz z dostawą i montażem osprzętu, v. dostawę i montaż przewodów odgromowych wraz z osprzętem, vi. opracowanie dokumentacji inwestycyjnej w tym projektów wykonawczych i powykonawczych.

Zamawiający wyjaśnia, że niedopuszczalnym jest powoływanie się na możliwość pokrywania niedoborów w cenie ryczałtowej za jeden z etapów za robotę/usługę nadwyżkami w obrębie ceny za realizację innego etapu. Ponadto niedopuszczalne jest oferowanie cen za wykonanie robót/usług poniżej kosztów jej świadczenia, również z powołaniem, że straty zostaną pokryte z innej działalności lub innego majątku firmy. Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający nie uwzględni wyjaśnień Wykonawcy i uzna, iż dokonana ocena złożonych wyjaśnień przez Wykonawcę potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia wówczas, jeśli wyjaśnienia nie zostaną poparte rzetelnymi kalkulacjami lub dowodami.”

Do wezwań Zamawiający załączył Tabelę kalkulacji oferty w formie pliku Excel do wypełnienia przez wykonawców.

W odpowiedzi na wezwania wyjaśnienia złożył m.in. Odwołujący PILE ELBUD - pismo z dnia 13 października 2023 r. (tajemnica przedsiębiorstwa). Następnie ww. wykonawca został wezwany przez Zamawiającego do złożenia dodatkowych wyjaśnień pismami z dnia 6

listopada 2023 r. oraz z dnia 8 listopada 2023 r. Odwołujący PILE ELBUD złożył wyjaśnienia odpowiednio w piśmie z dnia 9 listopada 2023 r. (tajemnica przedsiębiorstwa) i z dnia 14 listopada 2023 r. (tajemnica przedsiębiorstwa).

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 października 2023 r. wyjaśnienia złożył także Przystępujący Konsorcjum ROMGOS, zastrzegając część tych wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa (pismo z 13 października 2023 r.). Przystępujący uzasadniając powyższe podniósł, iż „*informacje wskazane w załącznikach od 1 do 6 do niniejszego pisma, tj.: załącznik nr 1 – kalkulacja kosztów (tabela zawierająca kalkulacje cenowe) wraz załącznikami (oferty dostawców materiałów i podwykonawców, kalkulacje własne wraz z założeniami technologicznymi oraz organizacyjnymi), załącznik nr 2 – lista środków trwałych będących w posiadaniu Romgos G. sp. z o.o., załącznik nr 3 - lista środków trwałych będących w posiadaniu Elektromontaj S.A. wraz z tłumaczeniem, załącznik nr 4 - umowy z kontrahentami, którzy pozostają w stałych stosunkach gospodarczych z Wykonawcą, zawierające klauzulę o poufności – wraz z listą i odniesieniami do klauzul, załącznik nr 5 - zawierający przykładowe umowy o pracę osób mających dostęp do informacji poufnych, oświadczenia o zachowaniu poufności kluczowego personelu biorącego udział w przygotowaniu oferty, załącznik nr 6 - „Polityka Bezpieczeństwa Romgos” i opis sposobu nadawania uprawnień dostępowych z print screenami, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r., poz. 1913) i jako takie – na mocy art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie podlegają ujawnieniu podmiotom innym, aniżeli Operatorowi Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Zamawiający”). Przedmiotowe informacje, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy, stanowią osobne pliki oraz zawierają w nazwach określenie „TAJEMNICA”.* Przystępujący wskazał na art. 11 ust. 2 u.z.n.k. podnosząc, iż „*sferą tajemnicy można objąć tylko takie informacje, które są znane jedynie poszczególnym osobom lub określonej grupie osób. Obszar ten nie może rozciągać się na informacje powszechnie znane lub te, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć. Zatem aby mogło dojść do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, muszą być spełnione następujące przesłanki, dotyczące zastrzeżonych informacji: (1) informacja powinna posiadać wartość gospodarczą; (2) informacja powinna być poufna, tj. niedostępna łatwo nawet dla osób z danej branży; (3) informacja powinna być poddana odpowiednim (rozsądnym) działaniom w celu zachowania stanu poufności.* Przystępujący wyjaśnił, iż ww. przesłanki zostały spełnione w następujący sposób:

ad 1) informacja powinna posiadać wartość gospodarczą;

Informacje wymienione w pkt. od A do F powyżej (dalej łącznie jako „Informacje Zastrzeżone”) stanowią wymierną wartość gospodarczą i ich ujawnienie może wywołać

konkretną szkodę dla Wykonawcy, z uwagi na fakt, że mogłyby zostać wykorzystane w walce konkurencyjnej, przez podmioty działające w tej samej branży, co Wykonawca (budowa linii wysokiego napięcia). Informacje Zastrzeżone w przedstawionej przez Wykonawcę konfiguracji, połączeniu, zestawieniu, posiadają wartość gospodarczą, pozwalają mu na skuteczne konkutowanie na rynku z innymi podmiotami, zawierają unikalną wiedzę Wykonawcy o organizacji procesu budowlanego i strategii cenowej, dzięki której może skutecznie konkutować z innymi wykonawcami – informacje te są pośrednio źródłem zysku oraz pozwalają Wykonawcy na zaoszczędzenie kosztów. Informacje zawarte w ofertach cenowych i techniczno-cenowych kontrahentów (podwykonawców, potencjalnych podwykonawców), informacje o podmiotach pozyskanych do współpracy, mają niewątpliwie wartość gospodarczą oraz stanowią tajemnice handlowe i organizacyjne przedsiębiorstwa. Informacje Zastrzeżone dotyczą indywidualnych warunków cenowych współpracy Wykonawcy z partnerami, podwykonawcami, zaproponowanych opcji różnicowania cen w zależności od przyjętych rozwiązań technologicznych i przeprowadzonych analiz Wykonawcy co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Tajemnicą przedsiębiorstwa jest informacja, z jakimi podmiotami Wykonawca współpracuje przy prowadzeniu swojej bieżącej działalności, na jakich warunkach cenowych, jak też na jakich warunkach podmioty trzecie udzieliły mu zasobów w celu spełnienia warunków udziału w niniejszym postępowaniu. Wykonawca chroni te informacje, bowiem mają dla niego wartość gospodarczą i stanowią informacje handlowe oraz organizacyjne przedsiębiorstwa, dzięki którym może skutecznie konkutować na rynku. Informacje te określają jego potencjał do angażowania do współpracy innych podmiotów z danego sektora (branży). Współpraca z tymi podmiotami ma dla Wykonawcy charakter strategiczny, nie tylko dla niniejszego postępowania, ale także i dla długofalowej działalności jego przedsiębiorstwa. Są to kontrahenci, z którymi Wykonawca utrzymuje stałe relacje handlowe, dzięki którym może realizować projekty terminowo i z zyskiem, skutecznie konkurując przy tym pod względem jakości i ceny z innymi wykonawcami. Ujawnienie nazw kontrahentów Wykonawcy, w połączeniu z ujawnieniem informacji o cenach przez nich zaoferowanych, postawi Wykonawcę nie tylko w niekorzystnym położeniu na rynku budowy linii wysokiego napięcia (bo pozwoli konkurencji na uzyskanie wiedzy o indywidualnie wynegocjowanych stawkach, korzystnych upustach, poziomie marż), ale przede wszystkim narazi na zarzut naruszenia łączących Wykonawcę z tymi podmiotami klauzul o zachowaniu poufności, a tym samym na odpowiedzialność z tytułu kar umownych oraz odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonych kar umownych. Informacje, które wpływają na pozycję przedsiębiorcy na rynku, z zasady posiadają wartość gospodarczą. Przyjęta organizacja, zespół podwykonawców i specjalistów pozwalają Wykonawcy na optymalizację kosztów, na zaoferowanie ceny znacząco niższej oraz wpływają na jego pozycję także w innych

postępowaniach o udzielenie zamówienia, w których bierze udział lub będzie w przyszłości uczestniczyć. Informacje te wynikają z jego doświadczenia w realizacji budowy gazociągów i związanej z tą specyfiką organizacji przedsiębiorstwa (know-how Wykonawcy), stanowią jeden z niematerialnych składników przedsiębiorstwa, wpływają w zdecydowany sposób na wartość ogólną przedsiębiorstwa, mimo że nie stanowią przedmiotu obrotu i nie dadzą się bezpośrednio wyrazić w wielkościach. W wyroku z dnia 30.03.2018 r. (sygn. akt KIO 496/18) Krajowa Izba Gospodarcza potwierdza, że informacje posiadające wartość gospodarczą to informacje stanowiące pewną ekonomiczną wartość pozwalającą na zdobycie przewagi w stosunku do konkurencji, przez np. zaoszczędzenie wydatków lub zwiększenie zysków. Z kolei w innych orzeczeniach Izba potwierdza, że kalkulacje cenowe mogą stanowić tajemnice przedsiębiorstwa oraz że informacje na temat ceny, przy określonych stopniu szczegółowości i przedstawieniu autorskich założeń i strategii wykonawcy mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa (wyrok z dnia 24.05.2016 r., sygn. akt KIO 756/16; wyrok z dnia 30.03.2018 r. sygn. akt KIO 496/18; wyrok z dnia 02.08.2018 r., sygn. akt KIO/KU 30/180). Informacje Zastrzeżone nie zostały udostępnione podmiotom trzecim. Z analizy Informacji Zastrzeżonych możliwe jest uzyskanie wiedzy o charakterze technologicznym, informacji cenowych oraz odnoszących się do organizacji przedsiębiorstwa. Kalkulacje cenowe, opierają się o informacje o charakterze technicznym udostępnione przez Zamawiającego i potencjał techniczny oraz możliwości rozwiązań technologicznych, którymi Wykonawca dysponuje i przy zastosowaniu których planuje wykonać zamówienie. Udostępnienie tych informacji innym wykonawcom, dysponującymi tymi samymi informacjami technicznymi (udostępnionymi przez Zamawiającego) może, poprzez ich porównanie z wartościami prac i zakresem przedmiotowych ofert, prowadzić do pozyskania informacji o źródłach oszczędności pozyskanych przez Wykonawcę. Utajnione Informacje Zastrzeżone w kalkulacji ceny pokazują, w jaki sposób Wykonawca określa (wycenia) koszty wykonania poszczególnych robót, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany - przez to informacje te posiadają dla niego wartość gospodarczą nie tylko w aspekcie tego postępowania, ale także dla całości funkcjonowania firmy. Każdy profesjonalnie działający na rynku robót budowlanych wykonawca, w oparciu o dokumentację przetargową, może na podstawie Informacji Zastrzeżonych i ich elementów, odtworzyć zastosowany przez Wykonawcę mechanizm kalkulacji ceny, na tyle szczegółowo, by określić metody kalkulacji wykorzystywane przez Wykonawcę oraz stałe elementy strategii budowania ceny. Okolicznością niebudzącą wątpliwości winno być to, że informacje te mają zatem dla Wykonawcy wymierną wartość gospodarczą. Informacje te mają więc dla Wykonawcy charakter uniwersalny i znajdują zastosowanie dla konstruowania ofert również

w innych postępowaniach, w których składa ofertę. Przedmiot zamówienia wymaga wykonania określonych robót powtarzalnych, które są wykonywane także na innych podobnych inwestycjach. Przy poziomie szczegółowości kalkulacji wymaganej przez Zamawiającego, można założyć, że pozycje o takim samym lub bardzo zbliżonym zakresie będą wykonywane w ramach kolejnych kilku lub kilkunastu podobnych projektach. Wykonawca mógłby więc ceny jednostkowe zastosowane w niniejszej sprawie, czy grupy cen, wprost zastosować w kolejnych postępowaniach, czego nie będzie mógł uczynić, jeśli ceny te zostaną ujawnione konkurencji. W takiej sytuacji, na potrzeby kolejnych postępowań, będzie musiał na nowo wycenić określony zakres robót, poszukując dalszych oszczędności, odmiennie grupując koszty wspólne, ustalając inne poziomy zysku i wyceny ryzyka. Co przy tym istotne, przy ostrej rywalizacji rynkowej, Wykonawca nie ma w tym zakresie nieograniczonych możliwości. Konieczność każdorazowego ujawniania cen jednostkowych prowadzić będzie do utraty przez niego możliwości efektywnego konkutowania w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia, generując po jego stronie straty (utracone zyski z realizacji kolejnych, potencjalnych zamówień).

Informacje, które pozwalają na ujawnienie zastosowanej przez Wykonawcę metody kalkulacji ceny, kalkulacje, jak i konkretne dane cenotwórcze, zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi przedsiębiorcami, również tymi uczestniczącymi w przetargu. Przejawem wartości gospodarczej może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką przedsiębiorca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów (por. wyrok KIO z dnia 19.01.2015 r., sygn. akt. KIO 2784/14). Powyższe przesłanki zaistniały w niniejszej sprawie. Pozyskanie przez konkurentów wiedzy o stosowanych przez Wykonawcę zasadach kalkulacji ceny i organizacji pracy przy projekcie może doprowadzić do powstania szkody w majątku Wykonawcy związanej z utratą możliwości efektywnego konkutowania w przyszłości o zamówienia na realizację inwestycji budowy gazociągów (utrata zysku, utrata kontaktów). Informacje zawarte w wyjaśnieniach i kalkulacjach, mają wartość gospodarczą, w szczególności dotyczy to: organizacji pracy, logistyki, kosztów wykonywania robót i usług, wysokości zysku, kontaktów z kontrahentami, cen uzyskanych za podwykonawstwo, cen materiałów, wielkości rabatów, źródeł dostaw. Ponadto sposób kalkulacji ceny zapewniający Wykonawcy optymalizację zysków stanowi zbiór wypracowanych w praktyce metod prowadzenia własnej działalności gospodarczej, wpływający na sposób budowania ceny oferty. Kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania Wykonawcy, organizację pracy i stosowane metody, który pozwolił na zaferowanie ceny najkorzystniejszej, a ponadto pozwala na prawidłowe zrealizowanie zamówienia za zaferowane wynagrodzenie i osiągnięcie zysku, stanowiąc podstawy rentowności przedsiębiorstwa Wykonawcy. Gdyby konkurenci mieli świadomość tego, od

jakich podmiotów, za jakie ceny i na jakich warunkach dany wykonawca zakupuje materiał i uzyskuje usługi, mogłoby podejmować próby nawiązania kontaktu z tymi samymi dostawcami i uzyskania podobnych cen, co mogłoby wpłynąć negatywnie na konkurencyjność Wykonawcy. Informacje o kontrahentach, wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych, dane dotyczące kwot wynikających z zawartych porozumień, ceny zaoferowane za poszczególne materiały, należy uznać za mogące stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Dane te niewątpliwie stanowią wartość gospodarczą i mogą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej. Ich poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy. Dla przykładu, w wyroku KIO z dnia 07.05.2014 r. sygn. akt. KIO 802/14 wyrażono pogląd, że „informacje o kontrahentach, wypracowane kontakty, nazwy partnerów handlowych, dane dotyczące kwot wynikających z zawartych porozumień, ceny zaoferowane za poszczególne materiały mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż stanowią wartość gospodarczą i mogą mieć znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej, a ich poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy.” Wykonawca podnosi, że sam fakt ujawnienia nazw podmiotów trzecich w JEDZ, jako podmiotów udostępniających zasoby, nie oznacza, że ich nazwy mogą zostać ujawnione przy wyjaśnieniach składanych w celu obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, tj. w kontekście ceny i warunków technicznych oferty. W takim zbiorze czy zestawieniu danych, nazwy tych podmiotów stanowią już informacje poufne, tj. tajemnicę przedsiębiorstwa i nie podlegają ujawnieniu. Mają one wartość gospodarczą dla przedsiębiorcy. Na podstawie takiego zbioru informacji konkurencji Wykonawcy mogłoby łatwo ujawnić, w jaki sposób stać się konkurencyjnym dla Wykonawcy, wykorzystując jego mechanizmy budowania ceny i maksymalizacji oszczędności. Umowy zawierające klauzule o zachowaniu poufności i inne przedłożone przez Wykonawcę dowody na wykazanie działań podjętych w celu ochrony poufności informacji (takie jak umowy o pracę, umowy o współpracę, oświadczenia o zachowaniu poufności), również stanowią tajemnice handlowe przedsiębiorcy i mają dla niego wartość gospodarczą (zabezpieczają przed ryzykiem negatywnych następstw działań lub zaniechań kontrahenta). W umowach zastrzeżone są m. in. klauzule o karach umownych na okoliczność naruszenia zobowiązania poufności informacji i klauzule odszkodowawcze. Umowy te nie podlegają ujawnieniu do wiadomości publicznej w obrocie gospodarczym. Umowy te wskazują na nazwy partnerów biznesowych, a definitywny krąg podmiotów podwykonawców zaangażowanych lub planowanych do zaangażowania w realizację zamówienia nie jest ujawniony do publicznej wiadomości. Wykonawca – ze względu na szczególne relacje z podmiotami wskazanymi w Informacjach Zastrzeżonych, spowodowane przede wszystkim renomą Wykonawcy jako rzetelnego i wiarygodnego kontrahenta – zdołał wynegocjować szczególnie korzystne warunki współpracy, wpływające na możliwość obniżenia ceny. Tym samym więc, informacja o

danym rynku podwykonawców i dostawców, zasadach współpracy z nimi na zasadzie indywidualnych negocjacji, wpisuje się w charakter informacji istotnych z punktu widzenia Wykonawcy – mających mierzalną wartość gospodarczą. Informacje Zastrzeżone zawarte kalkulacji ceny pokazują, w jaki sposób Wykonawca wycenia koszty wykonania poszczególnych robót, w jaki sposób grupuje i dzieli koszty wspólne wykonania robót, w jaki sposób kształtuje zysk i jak przypisuje go do poszczególnych elementów wyceny, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować proces budowlany. Wykonawca na przestrzeni lat swojej działalności wypracował własne metody kalkulacji ceny, aby móc skutecznie konkurować z innymi podmiotami czy to już działającymi w branży, czy też dopiero wchodzącymi na rynek. Treść tabeli zatem nie tylko pozwoliłaby innym wykonawcom poznać ceny za określone zakresy prac, ale też przypisać te zakresy do określonych podwykonawców, a tym samym umożliwiłaby konkurencji poznanie wartości prac przez nich wykonywanych. Zawarte w zastrzeżonych dokumentach stawki wynegocjowane z poszczególnymi kontrahentami stanowią wartość umożliwiającą konkurencję z innymi wykonawcami. Ujawnienie zaś tych istotnych gospodarczo informacji spowoduje poniesienie niewymiernych strat dla wykonawcy. Z uwagi na to, że zamówienie polega na wykonaniu robót budowlanych opisanych w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, już tylko na podstawie informacji, które zawarte są w tabeli, inni wykonawcy mogliby poznać ceny jednostkowe danych robót. Mając z kolei na uwadze fakt, że mamy do czynienia z rodzajem robót o charakterze powtarzalnym, z dużym prawdopodobieństwem można przypuszczać, że dane grupy robót będą wykonywane w następnych kilku czy kilkunastu nowych projektach.

Tajemnicą przedsiębiorstwa Wykonawcy jest objęta również lista środków trwałych będących w jego posiadaniu, a służących bezpośrednio do budowy gazociągów wysokiego ciśnienia oraz linii wysokiego oraz najwyższego napięcia. Środki te stanowią w dużej mierze o wyjątkowej zdolności wytwórczej i potencjale wykonawczym Wykonawcy – wobec faktu, że Wykonawca dysponuje tymi środkami już teraz, bez konieczności ich poszukiwania na rynku i najmowania. Sprawia to, że ponosi nie tylko niższe koszty realizacji robót budowlanych i innych, które realizuje przy pomocy tych środków, ale również sprawia, że może on uzyskać tempo prac nieosiągalne dla podmiotów, które takimi środkami nie dysponują. Wiedza na temat środków trwałych jakie posiada Wykonawca, i za pomocą których uzyskuje on nietypowe rozwiązania technologiczne, usprawniające proces budowlany, pozwoliłaby konkurencji powielenie tych rozwiązań, a tym samym mogłaby narazić Wykonawcę na szkodę (w postaci utraconych przyszłych zamówień). Wobec powyższego, oraz wobec faktu, że liczba i rodzaj tych środków, umożliwia Wykonawcy przewagę konkurencyjną na rynku budowy linii energetycznych, niewątpliwym jest że informacja na ich stanowi dla Wykonawcy wartość gospodarczą i jako taka podlega utajnieniu.

Ad 2) informacja powinna być poufna, tj. niedostępna łatwo nawet dla osób z danej branży.

W zakresie ziszczenia się tego warunku należy podnieść, że Informacje Zastrzeżone zna wyłącznie wąskie grono pracowników Wykonawcy uprawnionych do dostępu do informacji poufnych, zobowiązanych jednocześnie do zachowania ich w tajemnicy (dowody na powyższą okoliczność przedstawione są w ad 3 poniżej). Tak więc niewątpliwym jest, że Wykonawca kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do tego typu informacji – przez co informacje te nie tracą charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym miejscu Wykonawca wskazuje na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 06.06.2003 r. (sygn. akt IV CKN 211/01), zgodnie z którym „informacja staje się „tajemnicą”, kiedy przedsiębiorca przejawia wolę zachowania jej jako niepoznawalnej dla osób trzecich. Nie traci natomiast swojego charakteru przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji (np. pracownicy przedsiębiorstwa). Pozostanie określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań.” oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 07.03.2003 r. (sygn. akt I CKN 89/01), zgodnie z którym „przez tajemnicę przedsiębiorstwa (...) rozumieć należy m.in. informacje handlowe nieujawnione do wiadomości publicznej, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności”.

ad 3) informacja powinna być poddana odpowiednim (rozsądnym) działaniom w celu zachowania stanu poufności.

Informacja staje się tajemnicą przedsiębiorstwa, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kręgów odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna (por. wyrok KIO z dnia 12.04.2019 r., sygn. akt. KIO 532/19, wyrok KIO z dnia 13.02.2019 r., sygn. akt. KIO 185/19). Zgodnie z obecnie obowiązującą definicją, działania w celu utrzymania informacji w poufności ma podjąć uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi. Informacja nie traci waloru tajemnicy przedsiębiorstwa przez to, że wie o niej pewne ograniczone grono osób zobowiązanych do dyskrecji. Informacje poufne nie mogą być znane powszechnie osobom zwykle zajmującymi się tym rodzajem informacji albo nie być łatwo dostępne dla takich osób. Chodzi o osoby, które zwykle w swojej działalności czy aktywności zawodowej zajmują się właśnie takim rodzajem informacji (specjaliści w danej dziedzinie). Tajemnica przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości dotarcia tych informacji do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez konieczności podejmowania szczególnych starań. Dyrektywa „w celu zachowania w poufności informacji” wymaga od przedsiębiorcy podjęcia działań „rozsądnych w danych okolicznościach”. Polski

ustawodawca posługuje się pojęciem znanym z art. 355 §1 i 2 Kodeksu cywilnego „działania z należytą starannością”. Chodzi o staranności ogólnie wymagana w stosunkach danego rodzaju. Należyta staranność dłużnika w prowadzonej przez niego działalności gospodarczej (przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności), nie oznacza staranności wyjątkowej, lecz dostosowanej do działającej osoby, przedmiotu, jakiego działania dotyczy, oraz okoliczności, w jakich działanie to następuje. „Polityka Bezpieczeństwa Romgos” opis sposobu nadawania uprawnień dostępowych z print screenami, stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa, zawiera opis wewnętrznych mechanizmów ochrony informacji poufnych, środki techniczne i organizacyjne ochrony takich informacji, jest elementem polityki bezpieczeństwa informacji, który jest ujawniany jedynie pracownikom Wykonawcy. Ujawnienie „polityki bezpieczeństwa” do wiadomości publicznej narazi Wykonawcę na ujawnienie systemów technicznych zabezpieczenia danych, a to grozi niepowetowaną szkodą w majątku przedsiębiorcy (narażenie na próby włamania do systemu informatycznego, wyciek danych z systemów informatycznych, roszczenia odszkodowawcze w związku z naruszeniem danych osobowych, naruszeniem tajemnicy przedsiębiorstwa). Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji Zastrzeżonych i poprzez zawarcie stosownych umów z pracownikami, współpracownikami oraz kontrahentami. Wykonawca wskazuje, że krąg podmiotów, które mają dostęp do Informacji Zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa jest w organizacji przedsiębiorcy ograniczony i kontrolowany. Celem zachowania poufności tych informacji stosuje się następujący system zabezpieczeń: poufne dane są przechowywane na dedykowanym serwerze o ograniczonym, kontrolowanym dostępie, dostęp do poufnych danych mają wyłącznie wybrani pracownicy, Dowód: załącznik nr 6 – Polityka Bezpieczeństwa Romgos. Żaden inny pracownik bądź współpracownik Wykonawcy (poza tymi wybranymi do sporządzenia oferty, bądź odpowiednio poza pracownikami kadr lub księgowości) nie ma fizycznej możliwości, aby zapoznać się z Informacjami Zastrzeżonymi, co jest spowodowane faktem, że miejsca na serwerze Wykonawcy, na którym znajdują się Informacje Zastrzeżone w formie elektronicznej, charakteryzuje się ograniczonym dostępem. Poufne dane są przechowywane w miejscu do tego przeznaczonym i zabezpieczone przed dostępem osób nieuprawnionych, Dowód: załącznik nr 6 – „Polityka Bezpieczeństwa Romgos” i opis sposobu nadawania uprawnień dostępowych z print screenami. Nadto pomieszczenia biurowe z których korzysta Wykonawca, znajdują się na dwóch osobnych piętrach w budynku biurowym – z których na jednym z tych pięter współpracują wyłącznie osoby biorące udział w przygotowaniu oferty, zaś na drugim piętrze pozostali pracownicy i współpracownicy Wykonawcy. Nadto dostęp do pomieszczeń biurowych, w których współpracują osoby biorące udział w przygotowaniu oferty, zabezpieczone są dostępem na elektroniczną kartę dostępową. Pracownicy Wykonawcy są zobowiązani do zachowania

poufności m. in. postanowieniami regulaminów pracy Dowód: załącznik nr 7 - regulaminy pracy Romgos G. sp. z o.o., regulamin pracy ROMGOS sp. z o.o. ENGINEERING sp. k. stosuje się klauzule poufności, zobowiązania do zachowania poufności, umowy o poufności – w umowach o pracę z osobami mającymi dostęp do informacji poufnych stosowane są klauzule poufności, w relacjach kontrahentami zawierane są umowy o poufności, w których m. in. zastrzega się kary za naruszenie poufności informacji, Dowód: załącznik nr 5 - zawierający przykładowe umowy o pracę osób mających dostęp do informacji poufnych, oświadczenia o zachowaniu poufności kluczowego personelu biorącego udział w przygotowaniu oferty. Dodatkowo Wykonawca standardowo zobowiązany jest do zachowania poufności na mocy umów zawieranych ze swoimi kontrahentami. Nawet jeśli Wykonawca wyrażałby wolę ujawnienia Informacji Zastrzeżonych zawartych w ofertach lub umowach z kontrahentami (czego nie czyni), to byłby narażony na odpowiedzialność odszkodowawczą ze strony swoich oferentów/kontrahentów. Tym bardziej zasadnym jest włączenie ofert otrzymanych od dostawców i podwykonawców w zbiór Informacji Zastrzeżonych. Dowód: załącznik nr 4 - umowy z kontrahentami, którzy w przedmiotowym postępowaniu złożyli oferty Wykonawcy lub pozostają w stałych stosunkach gospodarczych z Wykonawcą zawierające klauzulę o poufności – wraz z listą i odniesieniami do klauzul praktykuje się zasady niezbędności dostępu do informacji poufnych – pracownicy posiadający dostęp do Informacji Zastrzeżonych należą do grona bezpośrednio zaangażowanych w budowanie strategii i polityki cenowej, przygotowywanie ofert, negocjacje cenowe. Osoby te popisały oświadczenia o zachowaniu poufności lub mają zawarte odpowiednie klauzule w umowach o pracę lub współpracę Dowód: załącznik nr 5 - zawierający przykładowe umowy o pracę osób mających dostęp do informacji poufnych, oświadczenia o zachowaniu poufności kluczowego personelu biorącego udział w przygotowaniu oferty. Informacje Zastrzeżone skompilowane w szczególne zestawienie i zbiór na potrzeby przedmiotowego postępowania nie są informacjami dostępnymi komukolwiek innemu, aniżeli wąskiemu kręgowi osób, któremu Wykonawca powierzył przygotowanie oferty. Są to osoby wskazane z imienia i nazwiska oraz zajmowanego stanowiska w załączniku 5, które to zostały uprzednio zobowiązane do zachowania poufności. Zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje (Informacje Zastrzeżone) nie zostały ujawnione publicznie, pozostają w dyspozycji ograniczonego kręgu osób, a w związku ze środkami technicznymi i organizacyjnymi stosowanymi przez Wykonawcę w celu zapewnienia poufności informacji, ich poufność od strony formalnej jest chroniona stosownymi mechanizmami. Informacje te nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się danym rodzajem informacji. Tym samym Wykonawca spełnił wszelkie warunki jakie są wymagane dla uznania, że Informacje Zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji.”

Zamawiający następnie kontynuował procedurę wyjaśnienia ceny oferty Konsorcjum ROMGOS, kierując do tego wykonawcy kolejne wezwania (pismo z dnia 6 listopada 2023 r. i 8 listopada 2023 r.). Przystępujący udzielił odpowiedzi na te wezwania odpowiednio pismem z dnia 9 listopada 2023 r. i z dnia 14 listopada 2023 r. (tajemnica przedsiębiorstwa).

Zamawiający w dniu 22 grudnia 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego Konsorcjum ROMGOS. Jednocześnie Zamawiający poinformował wykonawców m.in. o odrzuceniu oferty Odwołującego PILE ELBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3, 5 i 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił również uzasadnienie ww. czynności, z ograniczeniem informacji, co do których zastrzeżono tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazał, iż:

„Zamawiający w dniu 2 października 2023 r. wezwał Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny i jej istotnych części składowych w celu ustalenia, czy oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień, ponieważ zaoferowana cena całkowita 87 673 262,30 zł jest niższa co najmniej o 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania tj. 154 831 211,82 zł. Zamawiający wezwał do przedstawienia: a) wypełnionej tabeli kalkulacji oferty wg przygotowanej tabeli nr 1; b) posiadanych ofert, umów lub porozumień na dostawę materiałów i wykonanie usług, które były podstawą kalkulacji, w tym między innymi: i. dostawę i montaż konstrukcji wsporczych, ii. wykonanie fundamentów stanowisk słupowych, iii. dostawę elementów łańcuchów izolatorowych, iv. montaż przewodów fazowych wraz z dostawą i montażem osprzętu, v. dostawę i montaż przewodów odgromowych wraz z osprzętem, vi. opracowanie dokumentacji inwestycyjnej w tym projektów wykonawczych i powykonawczych. Wykonawca w dniu 13 października 2023 r. złożył wyjaśnienia w formie wypełnionej tabeli nr 1 wraz z pozyskanymi ofertami dostawców i podwykonawców, które były podstawą kalkulacji. Zamawiający w dniu 6 listopada 2023 r. wezwał Wykonawcę do wskazania konkretnej kwoty zysku, kosztów finansowych oraz wartość przyjętych ryzyk w PLN netto lub przedłożenia własnego kosztorysu w formie szczegółowej, na podstawie którego obliczony został wskaźnik zysku, koszty finansowe oraz wartość przyjętych ryzyk wskazanych w ofercie. Wykonawca, w dniu 9 listopada 2023 r., złożył wyjaśnienia zawierające informacje o założonych kosztach finansowania, przyjętym budżecie na ryzyka, założonym zysku, przyjętych kosztach zarządzania Projektem, założonych kosztach prowadzenia budowy. Zamawiający, w dniu 8 listopada 2023 r., wezwał Wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień, poprzez przekazanie w formie szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej

wybranych pozycji tabeli nr 1. Wykonawca, w dniu 14 listopada 2023 r., złożył wyjaśnienia, poprzez przekazanie szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej wybranych pozycji.

Zamawiający dokonał szczegółowej analizy wszystkich złożonych wyjaśnień i uznał, że oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu, ponieważ: 1) złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, 2) oferta jest niezgodna z przepisami ustawy, 3) treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Ad 1) Wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp 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. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy, który otrzymał wezwanie do złożenia wyjaśnień. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Udzielone przez Wykonawcę wyjaśnienia nie rozwiąły wątpliwości Zamawiającego, który na podstawie analizy tych wyjaśnień stwierdził szereg pominięć i niedoszacowań, których wartość przekracza zakładany przez Wykonawcę zysk, co czyni złożoną ofertę nierynkową i niedającą gwarancji wykonania zamówienia za zaoferowaną kwotę (por. wyrok KIO z dnia 22 lutego 2023 r., sygn. akt 351/23).

1. *Niedoszacowanie ilości materiałów:*

a) *niedoszacowana masa słupów:*

b) *niedoszacowana powierzchnia malowania słupów:*

c) *niedoszacowana liczba znaczników ornitologicznych (spiral):*

Łączne niedoszacowanie oferty:

Szczegółowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PILE.

2. *W ofercie nie uwzględniono kosztów materiału, zakupu i montażu odstępników tłumiących wiązki potrójnej przewodów fazowych oraz odstępników sztywnych na mostkach prądowych. Szczegółowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PILE.*

3. *Niedoszacowana wartość zawieszenia przewodów fazowych względem wyceny PSE.*

Wycena PSE opierała się na katalogach nakładów rzeczowych KNR 513 z uwzględnieniem linii dwutorowej oraz wiązki trójprzewodowej, poprzez zastosowanie współczynnika korygującego do robocizny, pracy sprzętu oraz materiałów. Zostały uwzględnione wszystkie niezbędne materiały do montażu przewodów (nie będące w zakresie dostaw inwestorskich). Wycena została sporządzona na podstawie cen z 1

kwartału 2023 roku. Wykonawca natomiast przyjął wartość montażu przewodów na podstawie oferty podwykonawcy z dnia 15 września 2023 r. Wykonawca przedstawił ponadto zgodnie z pismem z dnia 14 listopada 2023 r. kosztorys potwierdzający ofertę podwykonawcy na montaż przewodów, który opierał się na katalogach nakładów rzeczowych KNR 513 z uwzględnieniem linii dwutorowej oraz wiązki dwuprzewodowej i nie zastosował koniecznych współczynników korygujących do robocizny, pracy sprzętu oraz materiałów dla wymaganej przez Zamawiającego wiązki trójprzewodowej. Szczegółowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PILE.

4. Niedoszacowana wartość zawieszenia przewodów fazowych względem wyceny pozostałych oferentów.

W odniesieniu do ofert pozostałych wykonawców, wartość skalkulowana przez PILE wskazuje, że uwzględniona została linia dwutorowa oraz wiązka dwuprzewodowa i nieuwzględniony montaż odstępników. Szczegółowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PILE.

4. Niedoszacowana wartość opracowania dokumentacji projektowej – w odniesieniu do wyceny PSE.

Zamawiający przyjmuje dla wyceny prac projektowych (zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, rozdział 4) wskaźnikowy sposób określenia wartości prac projektowych. W wycenie przyjęto wskaźnik w wysokości 2% wartości planowanych kosztów robót budowlanych z uwzględnieniem niezbędnych dostaw materiałów oraz 25% wartości prac projektowych jako dokumentacja powykonawcza. Szczegółowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PILE.

5. Niedoszacowana wartość opracowania dokumentacji projektowej względem pozostałych oferentów. Szczegółowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PILE.

6. Niedoszacowana wartość izolatorów – w odniesieniu do wyceny PSE. Szczegółowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PILE.

7. Niedoszacowana wartość izolatorów względem pozostałych oferentów. Szczegółowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PILE.

8. Suma różnic pomiędzy kosztorysami przedstawionymi jako załączniki do pisma PILE z dnia 14.11.2023 r. a tymi samymi kosztorysami obliczonymi wg czynników cenotwórczych wskazanych w ofercie. Szczegółowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PILE.

Biorąc pod uwagę wyjaśnienia Wykonawcy, przedstawione dowody oraz wyniki przeprowadzonej analizy wskazujące na pominięcia elementów w dokonanej wycenie oraz

niedoszacowania poszczególnych pozycji, Zamawiający uznał, iż nie jest możliwe zrealizowanie przez Wykonawcę zamówienia za cenę wskazaną w ofercie.

Suma elementów pominiętych i niedoszacowanych (zarówno w stosunku do Szacowanej Wartości Zamówienia PSE, jak i różnicy pomiędzy średnią ceną z pozostałych ofert, dla których zostało przeprowadzone badanie rażąco niskiej ceny i, dla których Wykonawcy przedstawili szczegółowe wyjaśnienia) przekracza zakładany zysk w wysokości (...) zł, który Wykonawca PILE wskazał w piśmie z dnia 09 listopada 2023 r.

Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia "rażąco niska cena", jednak w świetle ugruntowanego orzecznictwa rażąco niska cena to taka cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. W orzecznictwie wskazywano, iż "o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Podobnie rażąco niska cena jest definiowana w orzecznictwie arbitrażowym: Za rażąco niską cenę należy uznać cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe (tak KIO w wyrokach KIO 2771/11 i KIO 2737/11).

W związku z tym Zamawiający uznał, że Wykonawca nie udzielił wyjaśnień, które obalibyby domniemanie rażąco niskiej ceny."

Ad. 2) Niezgodność oferty z przepisami ustawy.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 zd. 2. ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Wykonawca przedkładając, na żądanie Zamawiającego, w dniu 14 listopada 2023 r. dodatkowe wyjaśnienia dotyczące kalkulacji jednostkowej wybranych pozycji dokonał nieuprawnionej zmiany złożonej oferty. Zamawiający wymagał od Wykonawców wskazania w formularzu ofertowym wartości wskaźników cenotwórczych. W ofercie z dnia 21 września 2023 r. Wykonawca oświadczył, że cena brutto została obliczona w oparciu o n/w wskaźniki cenotwórcze:

L.p	Nazwa czynnika cenotwórczego	Wartość wskaźnika cenotwórczego
1	Robocizna (rozumiana jako wartości uśrednionej dla wszystkich rodzajów prac)	R = 70,00 zł/rbg
2	Wskaźnik kosztów pośrednich	$Kp = 80 \% (R+S)$
3	Wskaźnik kosztów zakupu materiałów	$Kz = 10 \% (M)$
4	Wskaźnik zysku	$Z = 20 \% (R + S + Kp)$
5	Wartość za jeden miesiąc przedłużenia okresu Gwarancji i Rękojmii	500 000,00 zł (netto).

Zatem nie jest również dopuszczalne dokonanie poprawienia ceny oferty w trybie art. 233 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na istotność takiej zmiany. Szczegółowe informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PILE.

Ad. 3) Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

W wyjaśnieniach złożonych w dniu 14 listopada 2023 r. dotyczących ceny złożonej oferty Wykonawca wskazał, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia przewidział wiązkę dwuprzewodową. Natomiast zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt 2.8.8 części II do SWZ – Program Funkcjonalno- Użytkowy, Zamawiający wymagał zastosowania wiązki trójprzewodowej. Powyższa niezgodność ma charakter nieusuwalny, ponieważ nie można jej poprawić w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp. Przedmiotowa nieprawidłowość nie jest omyłką pisarską. Nie jest również inną omyłką, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ jej poprawienie stanowiłoby istotną zmianę w treści oferty.”

Zamawiający przekazał Odwołującemu PILE ELBUD pełne uzasadnienie faktyczne odrzucenia jego oferty, z uwzględnieniem informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba zważyła, co następuje:

Sygn. akt KIO 11/24

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zarzuty nr 1 - 5 odwołania, tj. zarzuty naruszenia: art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp potwierdziły się, a czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego PILE została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Przywołując treść przepisów, których naruszenie zarzucono wskazać należy, iż zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, iż 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. Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) pkt 3) jest niezgodna z przepisami ustawy; pkt 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; pkt 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 239 ust. 1 ustawy

Pzp stanowi, iż zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. W myśl ust. 2 tego przepisu najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

W ramach uwag wstępnych Izba wskazuje, iż odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest doniosłą instytucją służącą eliminacji z postępowania m.in. wykonawców, których oferty zawierają cenę rażąco niską czy są niezgodne z warunkami zamówienia. Odrzucenie oferty pozbawia wykonawcę szans na uzyskanie zamówienia publicznego, a zatem stanowi dotkliwą dla wykonawcy sankcję. Tym samym badanie oferty w zakresie istnienia podstaw do jej odrzucenia powinno zostać dokonane kompleksowo, rzetelnie i z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy, a wynik tej weryfikacji powinien prowadzić do jednoznacznego wniosku, iż oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Również w sposób kompleksowy i rzetelny powinno zostać sporządzone uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty wykonawcy. Sporządzenie takiego uzasadnienia jest obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powinno ono wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Podkreślić należy, że uzasadnienie faktyczne i prawne zakomunikowane wykonawcy przez zamawiającego określa ramy postępowania odwoławczego, Izba bowiem dokonuje kontroli zgodności czynności polegającej na odrzuceniu oferty wyłącznie poprzez pryzmat uzasadnienia przedstawionego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Ocena dokonywana przez Izbę w tym zakresie nie może więc wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez Zamawiającego, w szczególności nie może polegać na badaniu istnienia powodów do odrzucenia oferty w szerszym aspekcie, ale także nie może polegać na poszukiwaniu i domniemywaniu przyczyn, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego.

W ocenie Izby lektura uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego 1 przedstawionego przez Zamawiającego nie daje dostatecznych podstaw do stwierdzenia, że oferta ta zawierała rażąco niską cenę czy też była niezgodna z warunkami zamówienia lub przepisami ustawy.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako

zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (zarzut nr 1), należy zwrócić uwagę na kluczowe dla rozstrzygnięcia kwestie.

Z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych wynika, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne (por. m.in. wyrok Izby z dnia 15 grudnia 2023 r., sygn. akt KIO 3536/23, KIO 3541/23). Jest to zatem cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwala na wygenerowanie przez niego zysku. Dokonując oceny wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny złożonych przez wykonawcę należy pamiętać o tym, że zasadniczym celem prowadzenia procedury wyjaśniającej jest ustalenie, czy za daną cenę możliwe jest zrealizowanie zamówienia na oczekiwanym poziomie jakości bez straty po stronie wykonawcy.

Nie ulega ponadto wątpliwości, iż w świetle przepisów ustawy Pzp ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Niemniej okoliczność, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy nie oznacza, że zamawiający nie jest zobowiązany do kompleksowej i rzetelnej oceny wyjaśnień, ani nie oznacza, że podejmując decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy zamawiający zwolniony jest z obowiązku przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej decyzji. Zamawiający nie powinien poprzestawać na hasłowych twierdzeniach czy opierać swojej decyzji jedynie na przypuszczeniach, bez rzeczowego odniesienia się do przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień. Ponadto stwierdzone drobne niedokładności nie powinny automatycznie przekładać się na odrzucenie oferty wykonawcy. Zamawiający winien ocenić złożone wyjaśnienia poziomu ceny kompleksowo, z uwzględnieniem ceny całkowitej oraz zakładanego przez wykonawcę zysku. Zamawiający powinien także mieć na względzie uwarunkowania charakterystyczne dla przedmiotu zamówienia, w tym w rozpoznawanym

przypadku okoliczność, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a zamówienie ma być realizowane w formule projektuj i buduj.

W ocenie Izby uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty Odwołującego PILE z dnia 22 grudnia 2023 r. przedstawione przez Zamawiającego nie pozwala na wyprowadzenie wniosku, że cena zaoferowana przez ww. wykonawcę była zaniżona w sposób rażący, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. W ocenie Izby argumentacja Zamawiającego miała charakter hasłowy, niepełny, nie prezentowała kompleksowej analizy wyjaśnień złożonych przez Odwołującego 1, a okoliczności mające wskazywać na niedoszacowanie określonych materiałów czy prac nie zostały dostatecznie uwiarygodnione.

Przede wszystkim Zamawiający ani w uzasadnieniu odrzucenia oferty, ani w toku postępowania odwoławczego nie odniósł się szerzej do tego, czy cena oferty Odwołującego 1 jako całość może być uznana za cenę rynkową, czy też nie. Mieć należy na uwadze, że cena w przedmiotowym postępowaniu miała charakter ryczałtowy, a Zamawiający nie wymagał przedstawienia przez wykonawców wraz z ofertą szczegółowego rozbitcia kosztów składających się na tę cenę. Ryczałtowy charakter ceny wynikał z pkt XIII SWZ („cena podana w ofercie jest ceną ryczałtową, stałą, w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia i powinna zawierać wszystkie koszty Wykonawcy i opłaty związane z realizacją zamówienia”) i znajdował potwierdzenie też w punkcie 11.1 Części IV SWZ – Wzór Umowy („Wynagrodzenie określone w pkt 12.1 Umowy na podstawie Oferty Wykonawcy, stanowiącej Załącznik nr 2 do Umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym netto i uwzględnia kompletny zakres wszelkich czynności niezbędnych dla realizacji Przedmiotu Umowy oraz zawiera również wszelkie inne koszty związane z realizacją Umowy”). Ponadto każdy wykonawca składając ofertę oświadczał, że zaoferowana cena jest ceną ryczałtową, stałą i zawiera wszystkie koszty należytego wykonania zamówienia. Potwierdzał to punkt 11.1 Części IV SWZ – Wzór Umowy. W przypadku ceny ryczałtowej zasadnicze znaczenie ma przede wszystkim okoliczność czy cena ta jako całość gwarantuje możliwość należytej realizacji zamówienia bez straty. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest bowiem to, że przyjmujący zamówienie zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy za umówioną cenę i co do zasady nie przysługuje mu prawo podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Oczywiście ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie stanowi przeszkody w badaniu prawidłowej wyceny oferty, nie można bowiem wykluczyć sytuacji, gdy wykonawca kalkulując cenę ryczałtową pominie określone elementy cenotwórcze, czy też w sposób nieuprawniony obniży określone koszty, których nie będzie w stanie pokryć, co spowoduje zaniżenie całej ceny. Niemniej kluczowe w tym przypadku jest ustalenie czy cena całkowita oferty pozwala na realizację

zamówienia, ponieważ wykonawca składając ofertę deklaruje, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia za tę cenę w pełnym rzeczowym zakresie objętym Specyfikacją Warunków Zamówienia.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego 1 nie odniósł się do całkowitej ceny oferty, lecz wskazał wybrane elementy mające przesądzać o niedoszacowaniu ceny ofertowej, w o oparciu o które stwierdził, iż nie jest możliwe zrealizowanie przez Odwołującego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, gdyż suma elementów pominiętych i niedoszacowanych przekracza zakładany przez wykonawcę zysk. W ocenie Izby jednak zasadnicza większość argumentów Zamawiającego nie obroniła się (o czym w dalszej części uzasadnienia), co w konsekwencji spowodowało, że nie obroniła się także teza Zamawiającego, iż przedmiotowego zamówienia nie można zrealizować bez straty. Zamawiający nie przedstawił odrębnej analizy, która odnosiłaby się do poszczególnych elementów cenotwórczych, na których niedoszacowanie wskazywał i która pozwalałaby stwierdzić, że przy uwzględnieniu ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, formuły realizacji zamówienia (projektuj i buduj) oraz zysku jakie przewidział Odwołujący 1, ewentualne niedoszacowanie wskazanych elementów przesądza o tym, że cena całkowita oferty została zaniżona w sposób rażący. Zamawiający nie wykazał, w jaki sposób dostrzeżone w wyjaśnieniach Odwołującego 1 uchybienia przekładają się na rażące zaniżenie ceny oferty. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie twierdził, że poszczególne koszty tam wskazane są niebagatelne w skali całego zamówienia. Tymczasem decydująca jest właśnie zależność między ewentualnym jednostkowym niedoszacowaniem a ceną całkowitą oferty. Jeśli mimo niskiej wyceny danego elementu całe zamówienie pozostaje opłacalne dla wykonawcy, to nie może być mowy o cenie rażąco niskiej.

Ponadto Izba zważyła, iż Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego 1 koncentrował się na stwierdzeniu, że pewne pozycje tabeli kalkulacji ceny załączonej do wyjaśnień Odwołującego 1 zostały zaniżone względem wyceny Zamawiającego czy innych wykonawców. W tym kontekście należy jednak zwrócić uwagę na okoliczność, że cena całkowita oferty Odwołującego 1 (87 763 262,30 zł) nie była niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu (która kształtowała się na poziomie ok. 100 000 000 zł). Co więcej, od ceny oferty wybranego Konsorcjum (89 382 633,84 zł) cena oferty Odwołującego 1 była niższa jedynie o 1,7 mln zł, co w skali cen tych ofert nie było dużą różnicą. Odwołujący 1 (jak i pozostali wykonawcy) został wezwany do złożenia wyjaśnień wyłącznie z powodu tego, że cena jego oferty odbiegała od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego. Niemniej w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy nie sposób nie zauważyć, że wartość szacunkowa

zamówienia znacznie odbiegała od cen ofert wykonawców. W postępowaniu wpłynęło osiem ofert, których ceny kształtowały się na poziomie od 87 763 262,30 zł do 116 988 006,00 zł (średnia arytmetyczna jak wskazano powyżej - ok. 100 000 000 zł), podczas gdy wartość szacunkowa zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wynosiła 154 831 211,82 zł. Prawidłowo zatem stwierdził Odwołujący 1, iż ceny ofert pozostałych wykonawców są bardziej zbliżone do oferty Odwołującego 1 niż do wyceny Zamawiającego. Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego 1 pod kątem rynkowego poziomu tej ceny nie powinien tych okoliczności tracić z oczu. Tymczasem Zamawiający wielokrotnie w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego 1 odwoływał się wprost do własnych szacunków, które trudno uznać w takiej sytuacji za dostatecznie miarodajny wskaźnik.

Przechodząc do bezpośredniej analizy uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego 1 tytułem wyjaśnienia Izba wskazuje, iż nie będzie odwoływać się do konkretnych wartości wskazanych w treści zawiadomienia z dnia 22 grudnia 2023 r. ponieważ zostały one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Analogicznie Izba powołując się na okoliczności wynikające z wyjaśnień złożonych przez innych oferentów nie będzie wskazywać konkretnych liczb i założeń, przedstawiając stanowisko w sposób opisowy.

Odnosząc się do punktu 1.1 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego PILE (niedoszacowanie ilości materiałów), Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę, iż stanowisko Zamawiającego zostało ograniczone do hasłowego wskazania, jaka według PFU powinna być masa słupów oraz powierzchnia malowania słupów i jakie niedoszacowanie kosztów wynika z wartości przyjętych przez Odwołującego 1. Zamawiający nie wskazał z jakich konkretnie dokumentów zamówienia (których załączników do PFU) wynikają przyjęte przez niego wartości, w jaki sposób je ustalił. Trudno w takiej sytuacji – w oparciu o samo uzasadnienie odrzucenia - podjąć polemikę z tym, czy założenia wskazane przez Zamawiającego były prawidłowe. Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie wskazał na określone załączniki do PFU, z których przedmiotowe założenia miałyby wynikać, niemniej podczas rozprawy szerzej ich nie omówił. Tymczasem w ocenie Izby twierdzenia Zamawiającego co do możliwości ścisłego oszacowania masy słupów czy powierzchni malowania słupów poddaje w wątpliwość fakt, że każdy z wykonawców przyjął inne wartości, co wynika z tabel kalkulacji ceny załączonych do wyjaśnień. Zauważyć przy tym należy, iż Zamawiający wskazując na nieoszacowanie oferty Odwołującego 1 nie odwołał się do ofert innych wykonawców, podczas gdy nie tylko Odwołujący 1 przyjął wartości niższe niż Zamawiający - w zakresie masy słupów oprócz Odwołującego 1 było to jeszcze dwóch wykonawców, a w zakresie powierzchni malowania słupów oprócz Odwołującego 1 było to jeszcze trzech wykonawców. Przedstawiono także wyceny wskazujące na przyjęcie

wyższych wartości niż przyjął Zamawiający, w tym odbiegające od założeń Zamawiającego w większym stopniu niż odbiegała oferta Odwołującego 1. Mając to na uwadze Izba uznała, iż ewentualne niedoszacowania mogły mieścić się w granicach dopuszczalnego ryzyka związanego z szacowaniem kosztów realizacji zadania w formule projektuj i buduj, tym bardziej, że w przypadku masy słupów podnoszone przez Zamawiającego niedoszacowanie kształtowało się na poziomie 1,5%, a w przypadku powierzchni malowania na poziomie 0,9%. Konfrontując te założenia z informacjami przedstawionymi przez 5 innych wykonawców, którzy złożyli wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, te ewentualne niedoszacowania byłyby niższe niż podane przez Zamawiającego, a w odniesieniu do powierzchni malowania słupów wręcz śladowe. W takim przypadku trudno stwierdzić, że mogłyby one wpływać na rażące zniżenie ceny. Zamawiający okoliczności tej nie wykazał, poprzestając na wyrażeniu w odpowiedzi na odwołanie niczym nie popartej tezy, iż niedoszacowanie masy na poziomie jednego słupa przelotowego należy uznać za istotne. Do niedoszacowania powierzchni malowania słupów w kontekście rażącego zniżenia ceny Zamawiający w ogóle się nie odniósł.

W zakresie niedoszacowania liczby znaczników ornitologicznych stanowisko Zamawiającego również zostało ograniczone do hasłowego wskazania, jaka według DŚU powinna być liczba tych znaczników. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, iż dokumenty zamówienia pozwalają na ustalenie, w jakich odstępach należy umieścić znaczniki, a tym samym na określenie ich liczby. Niemniej zauważyć należy, że wskazana przez Zamawiającego jako punkt odniesienia w uzasadnieniu odrzucenia oferty minimalna liczba znaczników mająca wynikać z DŚU, nie koreluje w pełni z założeniami przyjętymi przez wykonawców. Tylko jeden z wykonawców oszacował liczbę znaczników ornitologicznych na takim poziomie jak wskazał Zamawiający. Trzej inni wykonawcy oszacowali liczbę spiral na poziomie, który można byłoby uznać za w miarę zbliżony do szacunku Zamawiającego. Z kolei jeden z wykonawców założył liczbę jeszcze niższą niż Odwołujący 1. Trudno w takiej sytuacji uznać stanowisko Zamawiającego co do możliwości precyzyjnego ustalenia liczby znaczników ornitologicznych za w pełni przekonujące. Nawet jednak gdyby stwierdzić, że istotnie Odwołujący 1 nie przyjął odpowiedniej liczby znaczników ornitologicznych, to okoliczność ta nie powinna być równoważona z uznaniem, że nie doszacował on kosztów z tym związanych na takim poziomie, który świadczyłby o rażącym zniżeniu ceny, która ma charakter ryczałtowy. Zamawiający nie wykazał, aby ewentualne niedoszacowanie kosztów znaczników ornitologicznych na poziomie wskazanym w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego 1 (w ocenie Izby bagatelny w zestawieniu z całkowitą ceną oferty) miało mieć faktycznie znaczenie w skali całego zamówienia, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę wysokość założonego przez Odwołującego 1 zysku.

Izba za niezasadne uznała stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do nieuwzględnienia przez Odwołującego 1 kosztów materiału, zakupu i montażu odstępników (punkt 1.2 uzasadnienia odrzucenia oferty). Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie swój wniosek uzasadniał tym, że w kalkulacji kosztów nie zawarto odrębnej pozycji dotyczącej tego aspektu ani nie dołączono do wyjaśnień oferty podwykonawcy. W ocenie Izby był to wniosek zbyt daleko idący, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę okoliczność, iż jak słusznie zwrócił uwagę Odwołujący 1, kwestia ta nie była objęta zakresem wezwań, jakie Zamawiający kierował do wykonawcy. Należy zauważyć, iż Zamawiający do pierwszego z wezwań załączył tabelę kalkulacji oferty, w której wyodrębniono poszczególne elementy cenotwórcze, których wyceny Zamawiający żądał, jednak tabela ta nie zawierała pozycji obejmującej materiał, zakup i montaż odstępników. Punkt 2.11 tabeli – wedle jego literalnego opisu – obejmował jedynie montaż przewodów fazowych wraz z osprzętem, nie obejmował tym samym zakupu i dostawy odstępników. Potwierdził to Zamawiający w wezwaniu z dnia 8 listopada 2023 r., w którym w zakresie punktu 2.11 wskazał, iż „cena powinna dotyczyć zawieszenia 1km linii dwutorowej 400kV z użyciem wiązki przewodów fazowych wraz z niezbędnym osprzętem”, a zatem odnosił się wyłącznie do czynności montażu (zawieszenia) linii wraz z osprzętem. Warto w tym kontekście dodać, że w przypadku innych pozycji tabeli Zamawiający wprost w ich opisie wskazywał, że oprócz montażu obejmują także zakup i dostawę. Jeśli zdaniem Zamawiającego to w tej pozycji należało dokonać wyceny zakupu i dostawy odstępników, to powinien być w swoim opisie precyzyjny. W toku procedury wyjaśniającej cenę oferty Odwołującego 1 Zamawiający zaniechał wyjaśnienia kwestii, w jaki sposób i w jakich kosztach uwzględniono dostawę i zakup odstępników. Z kolei w zakresie montażu odstępników Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał jedynie, że ich montażu nie uwzględniono w kosztorysie, podczas gdy jak wynika z wyjaśnień Odwołującego 1 z dnia 13 października 2023 r. Odwołujący oparł kalkulację montażu (zawieszenia) linii wraz z osprzętem na ofercie podwykonawcy (załącznik nr 2.7 do wyjaśnień), do której Zamawiający w kontekście montażu odstępników nie referował. Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego w jego ocenie montaż odstępników nie został objęty tą ofertą.

Należy przy tym podkreślić, że jeśli po stronie Zamawiającego powstały w tym zakresie wątpliwości, to mógł on zwrócić się do Odwołującego o złożenie stosownych wyjaśnień. Żadne z wezwań, w tym szczegółowe wezwanie z dnia 8 listopada 2023 r. (czyli trzecie z kolei), które wskazywało na konkretne pozycje z tabeli kalkulacji ceny (w tym pozycję 2.11), nie odnosiło się do kwestii odstępników. Zamawiający wywiódł fakt nieuwzględnienia w ofercie kosztów materiału, zakupu i montażu odstępników jedynie w oparciu o własne przypuszczenia, nie wzywając wykonawcy do wyjaśnień i pomijając okoliczność, iż

sporządzona przez Zamawiającego tabela kalkulacji ceny nie implikowała po stronie wykonawców obowiązku wyszczególnienia właśnie tych kosztów. Jedynie dodatkowo należy podnieść, że także w tym przypadku Zamawiający nie wykazał, w jaki sposób dostrzeżone w wyjaśnieniach Odwołującego 1 ewentualne niedoszacowanie kosztów zakupu, dostawy i montażu odstępników przekładać się miało na rażące zaniżenie ceny oferty, przy założonym przez wykonawcę poziomie zysku i ryczałtowym charakterze wyceny.

Za zasadne Izba uznała ponadto zarzuty Odwołującego 1 odnoszące się do kwestii niedoszacowania wartości przewodów fazowych względem wyceny Zamawiającego (pkt 1.3 uzasadnienia odrzucenia).

Stanowisko Zamawiającego mające uzasadniać różnice w wycenie sprowadzało się do stwierdzenia, iż Zamawiający oparł się na katalogach nakładów rzeczowych KNR 513 z uwzględnieniem linii dwutorowej oraz wiązki trójprzewodowej poprzez zastosowanie współczynnika korygującego do robocizny, materiałów i sprzętu, zaś wykonawca w ramach trzecich wyjaśnień przedstawił kosztorys oparty na KNR 513 bez zastosowania koniecznych współczynników korygujących dla wymaganej wiązki trójprzewodowej.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że kalkulacja ceny oferty Odwołującego 1 została oparta m.in. o oferty dostawców i podwykonawców, co jak wskazywał Odwołujący 1 miało na celu zabezpieczenie się przed zbyt niskim wycenieniem zamówienia. Dla wyceny prac związanych z zawieszeniem przewodów fazowych Odwołujący 1 przedstawił ofertę podwykonawcy, której de facto Zamawiający nie podważył. Wniosek Zamawiającego, oparty jedynie o kosztorys przedstawiony w ramach trzecich wyjaśnień w celu dodatkowego uwiarygodnienia realności ceny, dokonany z pominięciem całokształtu wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, był w ocenie Izby zbyt daleko idący.

Zbyt daleko idące zdaniem Izby było także stanowisko Zamawiającego, iż samo posłużenie się w kosztorysie załączonym do wyjaśnień z 14 listopada 2023 r. katalogiem KNR 513 oznaczało, że wykonawca nie uwzględnił prac na linii dwutorowej z wiązką trójprzewodową. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy bezsporne było, że ww. katalog nie uwzględnia prac na linii dwutorowej z wiązką trójprzewodową, a odnosi się jedynie do wiązki jedno lub dwuprzewodowej. Nie zostało jednak wykazane przez Zamawiającego, że jedynym wyłącznie właściwym sposobem wyceny prac był ten przyjęty przez Zamawiającego, tj. oparcie się o katalog KNR 513 i odpowiednie zwiększenie współczynników. Izba za wiarygodne uznała stanowisko Odwołującego 1, iż miał on na uwadze katalog KNR 513, jednak uwzględnił okoliczność, iż katalog ten nie jest w pełni kompatybilny z obecnie stosowaną technologią. W treści odwołania (str. 16) przedstawiono analizę, dlaczemu w przedmiotowym przypadku nie ma potrzeby stosowania dodatkowego współczynnika zwiększającego nakład. Wskazano na nieaktualność przedmiotowego

katalogu i na jego niedostosowanie do realiów zamówienia, na okoliczność, że KNR 513 uwzględnia koszt materiałów, a w przedmiotowym przypadku koszt dostarczenia przewodów leży po stronie Zamawiającego, na technologię umożliwiającą rozwieszenie razem dwóch lub trzech przewodów, jak i na zastosowanie nowoczesnych maszyn. Zgodzić należało się także z Odwołującym 1, że zastosowanie odpowiednich współczynników zmniejszających czy zwiększających nakłady jest zależne od szeregu czynników, w tym sposobu kosztorysowania, stosowanej technologii, sprzętu, etc. W ocenie Izby Zamawiający nie przedstawił argumentów, które przekonałyby Izbę o tym, że wycena została dokonana przez Odwołującego 1 nieprawidłowo. Zamawiający jedynie hasłowo wskazał, że należy użyć dodatkowych maszyn, zastosować inną technologię niż dla wiązki dwuprzewodowej, niemniej nie przedstawił dalszych rzeczowych argumentów czy dowodów. Sama okoliczność, że KNR 513 przewiduje odmienne nakłady dla pojedynczego przewodu i wiązki dwuprzewodowej nie jest w ocenie Izby wystarczająca dla stwierdzenia, że w realiach przedmiotowego zamówienia zastosowanie dodatkowego współczynnika zwiększającego nakład było w ogóle konieczne. Zamawiający po raz kolejny oparł się jedynie na własnych przypuszczeniach, podczas gdy nie zwrócił się do wykonawcy o ewentualne wyjaśnienie przedmiotowej kwestii.

Za nieuzasadnione Izba uznała także stanowisko Zamawiającego wskazane w punkcie 1.4 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego 1. Zostało ono oparte o niewykazane założenia, że Odwołujący 1 nie uwzględnił kosztów montażu odstępników oraz uwzględnił wiązkę dwuprzewodową zamiast trójprzewodowej. W tym zakresie Izba odsyła do wcześniejszej części uzasadnienia wyroku. Dodatkowo Izba wskazuje, iż powoływana przez Zamawiającego różnica pomiędzy średnimi cenami pozostałych ofert a ceną Odwołującego 1 nie przesądza automatycznie o tym, że za zaoferowaną cenę Odwołujący 1 nie jest w stanie zrealizować zamówienia na należytych poziomie jakości bez straty. Teza Zamawiającego pozostała gołostowna. W szczególności zauważyć należy, że Zamawiający nie odniósł się w tym zakresie w sposób rzeczowy do treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego 1 czy załączonej oferty podwykonawcy. Tymczasem to zasadniczo przez pryzmat wyjaśnień należy dokonać oceny realności ceny ofertowej, a poprzestanie na prostym stwierdzeniu różnic w wycenach dokonanych przez wykonawców nie może być uznane za dostatecznie uzasadniające, że cena oferty Odwołującego 1 jest ceną rażąco niską. Ponowienie podkreślić zaś trzeba, że cena ta powinna przede wszystkim podlegać ocenie w ujęciu całkowitym.

Za nieuzasadnione Izba uznała stanowisko Zamawiającego w zakresie punktu 1.5 odrzucenia oferty Odwołującego PILE, tj. w zakresie dotyczącym niedoszacowania wartości opracowania dokumentacji projektowej względem wyceny Zamawiającego. Izba stwierdziła,

iż Zamawiający ograniczył argumentację zawartą w uzasadnieniu odrzucenia oferty do wskazania, że własną wycenę prac projektowych oparł na wskaźnikowym sposobie określenia prac projektowych zgodnie z właściwym rozporządzeniem, podczas gdy takie stwierdzenie w ocenie Izby w zasadzie nic za sobą nie niesie. Zamawiający zdaje się uważać, że wyłącznie jego sposób i poziom wyceny może być uznany za prawidłowy, co jest założeniem błędnym już chociażby z tego względu, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z zamówieniem realizowanym w formule zaprojektuj i wybuduj, a zatem zarówno sposób kalkulacji ceny ofertowej (ryczałtowej), jak i sposób realizacji zamówienia w dużej mierze zależny jest od koncepcji przyjętej przez danego wykonawcę. Zamawiający nie narzucał wykonawcom na etapie składania ofert przyjęcia konkretnej metodologii wyceny, a wymagał jedynie podania ryczałtowej ceny oferty i określenia czynników cenotwórczych (procentowego udziału robocizny, kosztów pośrednich, kosztów zakupu materiałów i zysku). W szczególności Zamawiający nie wymagał przyjęcia przez wykonawców wskaźnikowego sposobu określenia wartości prac projektowych właściwego dla kosztorysów inwestorskich i ustalenia wskaźników na takim poziomie, jak zrobił to Zamawiający. Słusznie zauważył Odwołujący 1, iż regulacje prawne nie określają zasad kosztorysowania ofert i zasady te mogą być różne. Odwołujący 1 oparł się w tym zakresie na ofercie podwykonawcy (i to w dodatku podmiotu, na którego zdolnościach polega wybrany przez Zamawiającego wykonawca), a Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego uznał wycenę Odwołującego 1, popartą dowodami, za niewłaściwą. Ponadto jak wskazano we wstępnej części uzasadnienia wyroku, wartość szacunkowa zamówienia istotnie odbiegała od cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu, w konsekwencji czego również obliczona metodą wskaźnikową wartość opracowania dokumentacji projektowej była zawyżona względem ofert wykonawców, co czyni ją wskaźnikiem niemiarodajnym.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, który wskazywał na niedoszacowanie wartości opracowania dokumentacji projektowej przez Odwołującego PILE względem ofert pozostałych wykonawców, którzy złożyli wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny (punkt 1.6 uzasadnienia odrzucenia oferty), Izba ponownie podkreśla, iż poprzestanie na prostym stwierdzeniu tego rodzaju różnic nie może być uznane za dostatecznie uzasadniające okoliczność, że cena oferty Odwołującego 1 jest ceną rażąco niską, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że Zamawiający w zakresie dotyczącym kosztów opracowania dokumentacji projektowej nie odniósł się w ogóle do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego ani załączonych do tych wyjaśnień dowodów (oferty podwykonawcy). Zauważyć należy, że koszty opracowania dokumentacji były również przedmiotem wyjaśnień Odwołującego 1 z dnia 14 listopada 2023 r., do których również dołączono dowód pochodzący od podwykonawcy, potwierdzający poprawność kalkulacji. Zamawiający nie

przedstawił żadnych argumentów, które poddawałyby w wątpliwość wiarygodność wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego 1 i jedynie w oparciu o różnice względem cen innych wykonawców i własnej wyceny stwierdził, że Odwołujący 1 nie doszacował kosztów. Takie podejście w ocenie Izby nie jest wystarczające do wykazania, że oferta Odwołującego 1 zawiera rażąco niską cenę, nie wskazuje na dokonanie przez Zamawiającego kompleksowej analizy. Okoliczność, że inni wykonawcy zamierzają wykonać dane prace za zaoferowaną cenę nie oznacza, że inny wykonawca nie jest w stanie wynegocjować innych warunków realizacji wskazanego elementu zamówienia. Ponadto Zamawiający powołując się w sposób wybiórczy na istniejące między poszczególnymi wykonawcami różnice cenowe dotyczące kwestionowanych pozycji całkowicie pominął to, jak kształtują się te różnice, jeśli weźmie się pod uwagę cenę całkowitą oferty.

Analogiczną argumentację należy podnieść w odniesieniu do punktu 1.7 i 1.8 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego 1, które sprowadzało się wyłącznie do hasłowego wskazania na różnice pomiędzy wyceną Odwołującego PILE a wyceną Zamawiającego i wyceną pozostałych wykonawców, którzy złożyli wyjaśnienia ceny. Również i w tym przypadku wycena dokonana przez Odwołującego 1 była przedmiotem wyjaśnień z 13 października 2023 r. i celem jej uwiarygodnienia przedstawiono dowody (oferty podwykonawców). Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego 1 w ogóle nie wskazał, dlaczego wyjaśnienia i dowody Odwołującego 1 uznał za niewiarygodne. Zamawiający nie podważał przy tym przyjętych przez Odwołującego 1 ilości, a jedynie cenę, która to cena została przez Odwołującego 1 poparta ofertą podwykonawcy. Na podstawie uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego 1 nie sposób ustalić, dlaczego Zamawiający uznał, że cena ta nie ma charakteru rzeczywistego, mimo że została ona przez Odwołującego 1 uwiarygodniona ofertą partnera handlowego. Stanowisko Zamawiającego całkowicie abstrahuje od treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego 1 i sprowadza się tylko do przedstawienia różnic w wycenach. Ponadto należy dodać, że Zamawiający nie objął przedmiotowego aspektu zakresem wezwania, jakie skierował do wykonawcy w dniu 8 listopada 2023 r., a pomimo tego arbitralnie uznał, że Odwołujący 1 nie doszacował wartości izolatorów. Z kolei argumentacja Zamawiającego zawarta w odpowiedzi na odwołanie, odnosząca się do oferty podwykonawcy, w tym przeliczenia ceny wyrażonej w dolarach oraz niespójności w zakresie montażu łańcuchów, nie została objęta podstawami faktycznymi odrzucenia oferty Odwołującego 1 zakomunikowanymi w piśmie z dnia 22 grudnia 2023 r., a jako taka nie podlega ocenie Izby.

Następnie Izba stwierdziła, iż w punkcie 1.9 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego 1 Zamawiający ograniczył się do przywołania sumy różnic pomiędzy kosztorysami przedstawionymi jako załączniki do wyjaśnień z dnia 14 listopada 2023 r. a

tymi samymi kosztorysami obliczonymi według czynników cenotwórczych wskazanych w ofercie i nie przedstawił jakiegokolwiek dalszego wyjaśnienia w kontekście ceny oferty. Powyższych różnic Zamawiający nie ujął także w podsumowaniu zawierającym łączne niedoszacowanie oferty Odwołującego 1 względem wyceny Zamawiającego i wyceny wynikającej z ofert innych wykonawców. W tym stanie rzeczy nie sposób wywieść, w jaki sposób Zamawiający wiązał stwierdzone różnice pomiędzy kosztorysami z rażąco niskim charakterem ceny oferty Odwołującego 1. Nawet gdyby posiłkować się w tym zakresie uzasadnieniem przedstawionym przez Zamawiającego w punkcie 2 pisma z 22 grudnia 2023 r., to Zamawiający stwierdził w tym punkcie, iż wyjaśnienia Odwołującego 1 prowadziły do zmiany treści oferty w sposób istotny, co czyni niemożliwym jej poprawienie i powoduje niezgodność z ustawą, a nie że w takiej sytuacji cenę należy uznać za rażąco niską czy nieuwiarygodną. Niezależnie od powyższego, wniosek Zamawiającego, jakoby w drodze wyjaśnień złożonych przez Odwołującego 1 miałyby dojść do niedopuszczalnej zmiany treści oferty nie znajdował oparcia w treści wyjaśnień ww. wykonawcy ani w treści dokumentów zamówienia - w tym zakresie Izba odsyła do dalszej części uzasadnienia, odnoszącej się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Podsumowując powyższe, Izba stwierdziła, iż uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego 1 zakomunikowane wykonawcy nie dawało podstaw do uznania, że wyjaśnienia ceny nie wykazywały, że nie jest ona rażąco niska. Argumentacja Zamawiającego nie była w ocenie Izby kompleksowa, nie prezentowała rzeczowej analizy w zakresie możliwości realizacji zamówienia bez straty za cenę zaoferowaną przez Odwołującego PILE, została dokonana z pominięciem okoliczności wynikających z wyjaśnień i dowodów złożonych przez Odwołującego 1, jak i z pominięciem faktu, że przedmiot zamówienia obejmuje opracowanie dokumentacji projektowej i budowę linii energetycznej, a cena oferty ma charakter ryczałtowy. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego 1 nie wykazywało w sposób dostatecznie przekonujący, że cena oferty Odwołującego, mimo że najniższa ze wszystkich, była ceną zaniżoną w sposób rażący. Zamawiający co do zasady nie podważył rynkowego charakteru cen wskazanych w ofertach partnerów handlowych Odwołującego 1, trudno zatem uznać, aby dowody te nie mogły zostać uznane za uzasadniające cenę zaoferowaną przez Odwołującego 1. Zamawiający skupił się jedynie na wybiórczych elementach cenotwórczych, próbując je podważyć poprzez proste porównanie cen z wycenami samego Zamawiającego i innych wykonawców, podczas gdy powinien był rzeczowo uzasadnić, że faktycznie za zaoferowaną cenę realizacja zamówienia nie jest możliwa bez straty po stronie wykonawcy i że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie dowodzą okoliczności przeciwnej. Dodatkowo Izba podkreśla ponownie, że ewentualne niedokładności czy nie spójności nie powinny automatycznie przekładać się na odrzucenie

oferty wykonawcy. Zamawiający winien ocenić złożone wyjaśnienia poziomu ceny kompleksowo, z uwzględnieniem ceny całkowitej oraz zakładanego przez wykonawcę zysku.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż potwierdził się także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (zarzut nr 2).

Stanowisko Zamawiającego o niezgodności oferty Odwołującego 1 z przepisami ustawy Pzp zostało oparte na twierdzeniu, że wykonawca składając wyjaśnienia z dnia 14 listopada 2023 r. dokonał zmiany treści oferty w zakresie zadeklarowanych wskaźników cenotwórczych, w sytuacji gdy zgodnie z art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywania jakiegokolwiek zmiany jej treści.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z niezgodnością oferty Odwołującego PILE z ustawą. Wniosek Zamawiającego został wywiedziony wyłącznie na podstawie złożonych przez Odwołującego 1 wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, a konkretnie został wyprowadzony z faktu, że Odwołujący 1 do trzecich wyjaśnień załączył dodatkowe kosztorysy mające na celu uwiarygodnić ceny przyjęte w oparciu o oferty podwykonawcze, do których sprawdzenia Odwołujący 1 zastosował wskaźniki cenotwórcze zgodne z Sekocenbud.

Izba wskazuje, iż wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny co do zasady nie kształtują treści oferty, lecz służą wykazaniu realności zaoferowanej ceny. Odwołujący 1 nie był wzywany do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i nie składał w toku postępowania o udzielenie zamówienia jakichkolwiek dalszych deklaracji co do treści oferty. Z udzielonych przez Odwołującego 1 wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w żaden sposób nie wynika, że zamiarem Odwołującego 1 była jakakolwiek zmiana wskaźników cenotwórczych zadeklarowanych w ofercie. Należy przy tym zauważyć, że wskaźniki te – na co wskazał Zamawiający podczas rozprawy – miały znaczenie głównie w kontekście ewentualnej konieczności zmiany wynagrodzenia związanego ze zmianą umowy (w tym przede wszystkim wskutek zmiany przebiegu trasy linii oraz zmiany zakresu nieruchomości, co do których Wykonawca ma pozyskać prawo do dysponowania), co wynika z pkt 25.1 Wzoru Umowy.

W ocenie Izby wniosek Zamawiającego, jakoby w przedmiotowym przypadku miałyby dojść do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, należy uznać za oderwany od treści dokumentów zamówienia oraz od treści oferty i wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Zdaniem składu orzekającego przedstawienie w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny dodatkowych dokumentów (poza ofertami podwykonawców) mających uwiarygodnić realność założeń, w których doszło do zweryfikowania poszczególnych kategorii kosztów, o

które Zamawiający zapytał w wezwaniu, poprzez wykorzystanie obiektywnych danych wynikających z Sekocenbud, nie świadczy o zmianie treści oferty, a co najwyżej mogłoby być rozważane w kontekście oceny, czy złożone wyjaśnienia uwiarygadniają zaoferowaną cenę. Podkreślić należy, że deklarowane przez wykonawcę w ofercie wskaźniki cenotwórcze dotyczyły sposobu obliczenia kalkulacji całkowitej ceny ofertowej. Cena ta miała charakter ryczałtowy i nie sposób odnosić do niej wprost reguł stosowanych przy obliczaniu wynagrodzenia kosztorysowego, co zdaje się czynić Zamawiający. Wycena realizacji zamówienia wymagała złożonej analizy (por. wyjaśnienia Odwołującego 1 z dnia 13 października 2023 r., str. 3 i następne, gdzie opisano metody kalkulacji). Przedstawione wraz z wyjaśnieniami z dnia 14 listopada 2024 r. kosztorysy dotyczyły jedynie wybranych pozycji z tabeli kalkulacji oferty, dla których wcześniej przedstawiono oferty podwykonawców. Posłużenie się w celu weryfikacji realności tych kosztów wskaźnikami przyjętymi w biuletynach Sekocenbud, służyło wykazaniu, że przyjęte na podstawie ofert podwykonawców wartości są wartościami rynkowym. Nie oznacza to jednak, że odstąpiono czy zmieniono w jakikolwiek sposób wskaźniki cenotwórcze zadeklarowane w ofercie. Zamawiający okoliczności takiej nie wykazał, a wywiedziony przez niego wniosek nie znajdował oparcia w stanie faktycznym sprawy.

Za zasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (zarzut nr 3), stwierdzając, że Zamawiający nie wykazał, aby oferta Odwołującego 1 była niezgodna z warunkami zamówienia.

Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba wskazuje, iż zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego.

Zamawiający wywodził niezgodność oferty Odwołującego 1 z warunkami zamówienia z faktu, że z wyjaśnień tego wykonawcy złożonych w dniu 14 listopada 2023 r. wynika, iż zaoferował on wykonanie zamówienia z użyciem wiązki dwuprzewodowej zamiast trójprzewodowej. W ocenie Izby założenie Zamawiającego było błędne, gdyż w oparciu o treść wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego 1 nie sposób wywieść takiego

wniosku. Zamawiający oparł się wyłącznie na własnych przypuszczeniach, które były zbyt daleko idące. Tymczasem zastosowanie ww. podstawy odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania niezgodności oferty z warunkami zamówienia i nie może budzić wątpliwości. W omawianym zakresie Izba odsyła do stanowiska przedstawionego w odniesieniu do punktu 1.3 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego 1, które zachowuje pełną aktualność i zbędne jest jego ponowne przytaczanie w tym miejscu.

Mając na uwadze wszystko powyższe, potwierdziły się także zarzuty nr 4 i 5 odwołania, tj. zarzuty naruszenia art. 239 oraz art. 16 ustawy Pzp, które stanowiły konsekwencję zarzutów nr 1-3 wiążących się z bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego 1. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż nie jest właściwe na obecnym etapie postępowania powoływanie się na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego 1 jako najkorzystniejszej, bowiem przywrócona do postępowania oferta Odwołującego 1 będzie podlegać dalszemu badaniu, a jej ewentualny wybór będzie musiał być poprzedzony dokonaniem uprzedniej kwalifikacji podmiotowej.

W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego 1 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego 1.

Zarzut nr 6, tj. zarzut naruszenia art. 264 ust. 1 ustawy Pzp nie podlegał rozpoznaniu. Został on postawiony jako ewentualny na wypadek, gdyby doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Zamawiający podczas rozprawy w dniu 30 stycznia 2024 r. oświadczył, iż umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta. Tym samym nie zaistniało zdarzenie, które zgodnie z dyspozycją Odwołującego 1 aktualizowałoby po stronie Izby obowiązek rozpoznania przedmiotowego zarzutu.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na uwzględnienie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego, zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 20 000 zł stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania

Sygn. akt KIO 52/24

Izba na podstawie art. 568 pkt 1 w zw. z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 6 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ROMOGOS pomimo tego, że Konsorcjum nie złożyło wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. Zarzut ten został wycofany przez Odwołującego ELFEKO na posiedzeniu w dniu 24 stycznia 2024 r.

W pozostałym zakresie Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozpoznała łącznie zarzuty nr 1 - 4 odwołania (tj. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp, zarzut naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy Pzp, zarzut naruszenia art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k., zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 pkt 1 w zw. z art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp i w zw. art. 11 ust. 2 u.z.n.k.), ponieważ zostały one oparte na tożsamej podstawie faktycznej – nieskutecznym, w ocenie Odwołującego 2, zastrzeżeniu informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum ROMGOS jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji nieudostępnieniu tych dokumentów Odwołującemu 2.

Przywołując treść ww. przepisów ustawy Pzp Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 16 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Art. 17 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Ust. 2 tego przepisu wskazuje, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Ust. 2 stanowi, iż Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z ust. 3 nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę

przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Zgodnie z art. 74 ust. 1 ustawy Pzp protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek. Zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania z tym, że oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie.

Nie jest kwestią sporną to, że naczelną zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedną z gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości. Art. 18 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż przesłanką skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać nieujawnione tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich poufnego charakteru. Brak sprostania tym wymaganiom powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie czy wykonawca sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać wystąpienie wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zgodnie z tym przepisem 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. W konsekwencji w celu skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w uzasadnieniu zastrzeżenia należy wykazać, że po pierwsze dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacja ta 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, a po trzecie, że podjęto

w stosunku do tej informacji działania w celu utrzymania jej w poufności. Wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie.

W rozpoznawanej sprawie należy zwrócić szczególną uwagę na okoliczność, iż prymat zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie powoduje zwolnienia wykonawcy korzystającego ze środków ochrony prawnej z obowiązku wykazania zasadności podniesionych zarzutów. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten definiuje rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, które ma *stricte* kontrydiktoryjny charakter. Rezultat postępowania odwoławczego co do zasady determinowany jest inicjatywą dowodową stron postępowania. Odwołujący 2 decydując się wnieść odwołanie wobec zaniechania odtajnienia i udostępnienia przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zobowiązany był do wykazania, że zastrzeżenie poczynione przez konkurenta było nieskuteczne, tj. nie spełniało przesłanek opisanych w art. 11 u.z.n.k. Wykazanie powyższej okoliczności wymagało przede wszystkim przeprowadzenia analizy uzasadnienia, jakie wykonawca zastrzegający poufność informacji przedstawił Zamawiającemu, a następnie zaprezentowania w odwołaniu wniosków wynikających z tej analizy oraz argumentacji podważającej twierdzenia zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba stwierdziła, że tego właśnie elementu w odwołaniu ELFEKO zabrakło. Jak słusznie spostrzegli Zamawiający i Przystępujący, argumentacja zawarta w odwołaniu była bardzo ogólna, sprowadzała się do przywołania linii orzeczniczej Izby i Sądu Zamówień Publicznych oraz zaprezentowania w sposób hasłowy poglądów Odwołującego 2. Powyższe nie jest wystarczające do wykazania zasadności zarzutów. Wskazanie na jedną z linii orzeczniczych nie dowodzi okoliczności, że Przystępujący zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa bezskutecznie, każda sprawa wymaga bowiem indywidualnego rozstrzygnięcia. Kluczowe jest rzeczowe podważenie zaistnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. w odniesieniu do konkretnych informacji, które zastrzegło Konsorcjum ROMGOS, Odwołujący 2 jednak nie odniósł się do treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionego przez to Konsorcjum. Izba stwierdziła, iż uzasadnienie złożone wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny z dnia 13 października 2023 r. przez ww. Przystępującego było stosunkowo szczegółowe i omawiało każdy objęty poufnością dokument (każdy z załączników nr 1 - 6 do wyjaśnień). Odwołujący 2 dysponował tym uzasadnieniem (została mu udostępniona pełna jego treść – okoliczność bezsporna) i miał możliwość przedstawienia kontrargumentacji.

Pomimo tego argumentacja Odwołującego 2 sprowadzała się do kilku hasłowych punktów zawartych w akapicie 14 uzasadnienia odwołania, które trudno uznać za polemikę ze stanowiskiem Przystępującego zawartym w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odnośnie do kalkulacji kosztów Odwołujący 2 jedynie wskazał, iż „*sama w sobie nie ma wartości gospodarczej – sposób wykonania zamówienia jest narzucony w SWZ*”. Tak lakoniczne stwierdzenie nic za sobą nie niesie. Odwołujący nie podniósł żadnych konkretnych okoliczności, które pozwalałyby stwierdzić, że rzeczywiście kalkulacja ceny w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia nie jest wynikiem know-how wykonawcy i nie posiada wartości gospodarczej. Konsorcjum ROMGOS w tym zakresie przedstawiło obszerne stanowisko w punkcie 1a uzasadnienia, zwłaszcza na stronach 5-6 pisma z 13 października 2023 r., gdzie odniesiono się *stricte* do kalkulacji cenowych i cen jednostkowych. W odwołaniu nie podjęto polemiki z tymi twierdzeniami Przystępującego. Odnosząc się do zastrzeżonych wykazów środków trwałych Izba stwierdziła, iż Odwołujący w punkcie 14b wyraził jedynie swoją opinię, że nie dostrzega wartości gospodarczej tego rodzaju informacji, również jednak i w tym przypadku nie odniósł się do twierdzeń Konsorcjum ROMGOS zawartych na str. 8-9 pisma z 13 października 2023 r., które dotyczyły tego aspektu. Ponadto Odwołujący ELFEKO powołał się na informacje mające wynikać ze strony internetowej firmy ROMGOS dotyczące posiadanego sprzętu, niemniej nie poparł swoich twierdzeń dowodami, a jedynie wyraził swoje przypuszczenie, że „*dane dotyczące sprzętu nie są raczej chronione*”. W kontekście umów z kontrahentami oraz umów o pracę Odwołujący także poprzestał na wyrażeniu własnego poglądu, iż nie są one chronione, a Konsorcjum ROMGOS nie wykazało przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. nie podejmując przy tym jakiegokolwiek polemiki z argumentacją przedstawioną w tym zakresie przez ww. Konsorcjum, w szczególności na str. 3, 4, 7 i 8 pisma z 13 października 2023 r. Za niezasadne Izba uznała także stanowisko Odwołującego 2 wyrażone w pkt 14e odwołania. Odwołujący z jednej strony wskazywał, iż Konsorcjum nie wykazało wartości gospodarczej w odniesieniu do polityki bezpieczeństwa i sposobu nadawania uprawnień, podczas gdy z drugiej strony całkowicie pominął przedstawioną w tym zakresie przez Przystępującego na str. 10-11 pisma z 13 października 2023 r. argumentację, a ponadto sam dopuszczał możliwość objęcia ochroną technicznych aspektów dostępu do informacji. Poprzestanie na wskazaniu, że Odwołujący 2 „*nie dostrzega ich związku z wartością gospodarczą*” niczego nie dowodzi. Ponadto trudno uznać za dostatecznie wykazujące zasadność zarzutów hasłowe stwierdzenie Odwołującego ELFEKO, iż Przystępujący nie podał wartości szkody, jaką może ponieść, skoro Odwołujący poza postawieniem takiej tezy nie przedstawił merytorycznej argumentacji, która podałaby w wątpliwość przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym twierdzenia dotyczące wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji.

Nie jest także w ocenie Izby zasadne stanowisko Odwołującego 2, iż fakt, że treść dokumentów załączonych do pisma z 13 października 2023 r. jest znana wszystkim członkom Konsorcjum ROMGOS miałyby przesądzać o tym, że nie zachowano działań w celu utrzymania informacji w poufności. Rzeczą naturalną jest, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wszyscy oni mają dostęp do informacji prezentowanych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, wszystkie te podmioty wspólnie bowiem co do zasady opracowują strategię cenową. Powyższe nie jest jednak równoznaczne z tym, że informacje te nie są chronione i ma do nich dostęp nieokreślona liczba osób. Przystępujący na str. 10-11 ww. pisma wyjaśnił, w jaki sposób chroni informacje i poparł swoje twierdzenia dowodami. Odwołujący 2 do argumentacji zawartej w piśmie z 13 października 2023 r. wprost się nie odniósł, poprzestając na hasłowej tezie, że *„Konsorcjum nie wykazało, iż wdrożyło procedury, działania dotyczące utrzymywania danych w poufności co do zasady. W wyjaśnieniach nie ma na ten temat żadnych informacji.”* Teza ta nie znajduje odzwierciedlenia w stanie faktycznym sprawy.

Podsumowując powyższe, zadaniem Odwołującego 2, który z zaniechania udostępnienia mu przez Zamawiającego wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego wywodził skutek prawny w postaci naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, było przedstawienie twierdzeń, popartych w granicach celu dowodami, które wykazywałyby, że przedstawione przez Przystępującego uzasadnienie zastrzeżenia informacji zawartych w załącznikach nr 1-6 do wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie potwierdza spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Odwołujący nie sprostął obowiązkowi dowodowemu, który go w tym zakresie obciążał, wobec czego zarzuty należało uznać za niewykazane.

Za bezzasadny Izba uznała również zarzut nr 5 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 513 w zw. z art. 515 ust. 1 ustawy Pzp poprzez utrudnienie Odwołującemu dostępu do protokołu postępowania i udostępnienie załączników do protokołu na trzy dni przed upływem terminu na wniesienie odwołania - przy czym wszystkie te dni były dniami wolnymi od pracy (sobota, niedziela i Nowy Rok) - co realnie skróciło czas na dokonanie analizy niezbędnej dla złożenie odwołania i co jest zachowaniem nietransparentnym i sprzecznym z prawem do korzystania ze środków ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 513 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na: 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy; 2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do

której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy; 3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany. Zgodnie zaś z art. 515 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się: 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie: a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, b) 15 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż Zamawiający co do zasady nie mógł dopuścić się naruszenia ww. przepisów ustawy Pzp, ponieważ odnoszą się one do postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, a nie do postępowania o udzielenie zamówienia. Art. 513 ustawy Pzp zakreśla podstawy odwołania, a zatem katalog czynności i zaniechań Zamawiającego, które podlegają zaskarżeniu, art. 515 ustawy Pzp odnosi się zaś do terminów na wniesienie środków ochrony prawnej.

Niezależnie od powyższego Izba nie stwierdziła, aby zachowanie Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegające na udostępnieniu Odwołującemu ELFEKO załączników do protokołu w dniach 28-29 grudnia 2023 r. naruszało zasadę jawności i ograniczało prawo do obrony.

Bezspornym w przedmiotowej sprawie był fakt, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 22 grudnia 2023 r., zatem termin na wniesienie odwołania wobec tej czynności upływał 2 stycznia 2024 r., co mogło nieść za sobą pewne trudności dla wykonawców z uwagi na liczbę dni wolnych od pracy, jaka w tym okresie przypadała. Niemniej okoliczność ta była okolicznością obiektywną i dotyczyła szeregu postępowań o udzielenie zamówienia, co potwierdza już chociażby to, że w dniu 2 stycznia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło ponad pięćdziesiąt odwołań (*vide*: sygnatura odwołania ELFEKO – 52/24).

Bezsporne było ponadto, iż Odwołujący 2 przekazał Zamawiającemu wniosek o udostępnienie dokumentów złożonych przez jego konkurentów dopiero w dniu 28 grudnia 2023 r., w pierwszej kolejności prosząc o przekazanie dokumentów dotyczących Konsorcjum ROMGOS, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszej. Zamawiający – zgodnie z prośbą Odwołującego 2 - udostępnił mu dokumenty dotyczące Konsorcjum ROMGOS jeszcze tego samego dnia (28 grudnia 2023 r.), w kolejnym zaś dniu (29 grudnia 2023 r.) przekazał dokumenty dotyczące innych wykonawców.

Mając na uwadze powyższe nie sposób stwierdzić, aby Zamawiający utrudnił Odwołującemu ELFEKO dostęp do załączników do protokołu postępowania. Podkreślić należy, iż art. 74 ust. 2 ustawy Pzp wprost wskazuje, że załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty (za wyjątkiem ofert i odpowiednio wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu). Ponadto, jak wynika z art. 74 ust. 1 ustawy Pzp, protokół postępowania (a zatem także załączniki do protokołu) udostępnia się na wniosek. Z przyczyn oczywistych (bieg terminu na wniesienie środków ochrony prawnej) dokumenty te powinny zostać przez Zamawiającego udostępnione wykonawcy niezwłocznie po otrzymaniu od tego wykonawcy stosownego wniosku. W przedmiotowej sprawie Zamawiający przekazał żądane dokumenty niezwłocznie po otrzymaniu od ELFEKO stosownego wniosku - kluczowe dokumenty dotyczące wybranego wykonawcy Zamawiający przekazał Odwołującemu 2 jeszcze w tym samym dniu, w którym wpłynął wniosek, pozostałe dokumenty w kolejnym dniu.

Nie można też zgodzić się z Odwołującym 2, że Zamawiającego miałyby obciążać obowiązki zamieszczania „z urzędu” na platformie zakupowej protokołu postępowania i załączników do tego protokołu. Taki obowiązek nie wynika z przepisów ustawy Pzp, wręcz przeciwnie - art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje, że obowiązek udostępnienia protokołu wraz z załącznikami aktualizuje się na wniosek wykonawcy. Tym samym nie jest prawidłowe stanowisko Odwołującego, który twierdził, że „*miał prawo oczekiwać, iż korespondencja w zakresie RNC zostanie udostępniona na portalu po wyborze oferty*” i dlatego dopiero 28 grudnia 2023 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przekazanie dokumentów.

Mając na uwadze, iż nie potwierdziły się zarzuty główne odwołania (zarzuty nr 1 - 5), rozpoznaniu podlegały zarzuty oznaczone przez Odwołującego jako ewentualne (zarzuty nr 7 - 12).

Izba uznała, że zarzuty te co do zasady nie poddają się kontroli z uwagi na fakt, iż poza ich sformułowaniem w *petitum* odwołania, nie przedstawiono dla nich uzasadnienia faktycznego bądź przedstawiono jedynie szczątkowe, hasłowe uzasadnienie.

Odnosząc się do zarzutu nr 7 (zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum pomimo, że przedstawiło informacje o tym, iż wyjaśnienia dotyczące jego oferty złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa co jednocześnie jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 u.z.n.k.), Izba stwierdziła, iż – jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia – Odwołujący 2 nie dowiódł, że informacje przedstawione przez Konsorcjum ROMGOS w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie zostały skutecznie zastrzeżone tajemnicą

przedsiębiorstwa, w konsekwencji czego również przedmiotowy zarzut należało uznać za bezzasadny.

Niezależnie od tego Izba zauważa, iż dokonania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę, które okazałyby się bezskuteczne, nie należy w sposób automatyczny – jak zdaje się to czynić Odwołujący 2 - utożsamiać z przedstawieniem Zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd czy dopuszczeniem się czynu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca zastrzegając określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa korzysta ze swoich ustawowych uprawnień, Zamawiający zaś – również działając w ustawowych granicach – weryfikuje prawidłowość tego zastrzeżenia pod kątem spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Odwołujący 2 nie wskazał, dlaczego w jego ocenie takie działania wykonawcy miałyby świadczyć o przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd. Odwołujący nie przedstawił też żadnej argumentacji wykazującej, że spełnione zostały pozostałe przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp ani że zaistniały wszystkie znamiona czynu nieuczciwej konkurencji stypizowane w art. 3 u.z.n.k.

Zarzut nr 8 (zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i kosztów), zarzut nr 9 (zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, iż oferta tego Konsorcjum jest niezgodna z warunkami zamówienia ze względu na wadliwy sposób obliczenia ceny), zarzut nr 10 (zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 11 i art. 2 u.z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum pomimo, iż oferta Konsorcjum została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k. ze względu na wprowadzające w błąd informacje dotyczące ceny i tajemnicy przedsiębiorstwa) oraz zarzut nr 11 (zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum pomimo tego, że cena oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia) nie zostały poparte merytoryczną argumentacją. Odwołujący jedynie powołał się hasłowo na okoliczność, iż wskazana w ofercie cena nie jest możliwa do wykazania, jeśli się uwzględni wszystkie warunki SWZ, a nieuwzględnienie warunków zamówienia doprowadziło do obniżenia ceny, co wskazuje, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, niemniej poza tak postawioną tezę nie przedstawił żadnych dalszych, rzeczowych twierdzeń.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się także zarzut nr 12 – zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2, art. 242 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów wskazanych w SWZ, która nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny oraz dokonania oceny oferty Konsorcjum pomimo tego, iż oferta ta

powinna być odrzucona. Odwołujący 2 nie dowiódł, aby decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej naruszała przepisy ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego 2, zasądzając od niego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania poniesionych przez Zamawiającego na wynagrodzenie pełnomocnika, potwierdzonych złożonym do akt sprawy rachunkiem.

Przewodnicząca: