**Sygn. akt: KIO 3536/23, KIO 3541/23**

**WYROK**

**z dnia 15 grudnia 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:Aleksandra Patyk**

**Członkowie: Beata Pakulska - Banach**

**Irmina Pawlik**

**Protokolant:Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Infra – Centrum Doradztwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, **Infra – Projekt Sp. z o.o.**

**z siedzibą w Krakowie** oraz **YLE Inżynierowie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 3536/23),

B.wykonawcę **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt: KIO 3541/23),

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

A.wykonawcy **TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3536/23 po stronie Zamawiającego,

B.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **BBF Sp. z o.o.**

**z siedzibą w Poznaniu** oraz **IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3536/23 i sygn. akt: KIO 3541/23 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1.W sprawie o sygn. akt: KIO 3536/23:

1.1.oddala odwołanie;

1.2.Kosztami postępowania obciąża Odwołujących i:

1.2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania;

2.W sprawie o sygn. akt: KIO 3541/23:

2.1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie II.3 *petitum* odwołania;

2.2.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty wykonawcy TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, powtórzenie czynności badania i oceny ofert

z uwzględnieniem oferty ww. Wykonawcy, w tym ujawnienie złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBF Sp. z o.o.

z siedzibą w Poznaniu oraz IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o.

z siedzibą we Wrocławiu dokumentów, tj. wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 27 lipca 2023 r. wraz z załącznikiem nr 3, 4 w zakresie wysokości wynagrodzenia oraz załącznikiem nr 8.

2.3.Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: ……...**

**Członkowie: ……...**

**……...**

**Sygn. akt: KIO 3536/23, KIO 3541/23**

**U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawi [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Budowa połączenia kolejowego Kraków – Myślenice" realizowanego w ramach Programu Kolej + do 2029 r.* (znak postępowania: IREZA3.293.1.2023.b).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/S 084-254176**.**

**Sprawa o sygn. akt: KIO 3536/23**

W dniu 27 listopada 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Infra – Centrum Doradztwa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Infra – Projekt Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz YLE Inżynierowie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący 1" lub „Konsorcjum Infra"] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
2. art. 223 ust. 1 w zw. art. 224 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty i podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty, w związku

z wyjaśnieniami składanymi w innym trybie tj. dotyczącym wyjaśnień rażąco niskiej ceny, *ewentualnie*

3. art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie unieważnienia Postępowania, z uwagi na niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia, co nie pozwalało na złożenie porównywalnych ofert.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący 1 wnieśli o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. powtórzenia czynności oceny i badania ofert i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym ewentualnie wezwania Odwołującego do wyjaśnień w trybie

art. 223 ust. 1 pzp;

*ewentualnie*

4. unieważnienie Postępowania.

Odwołujący 1 przedstawił stan faktyczny sprawy.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 1. i 3. *petitum* odwołania Odwołujący 1 wskazał, że zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp, wymaga, aby potencjalna niezgodność miała charakter niewątpliwy. Zamawiający nie może odrzucić oferty w oparciu o art. 226

ust. 1 pkt 5 pzp, jeżeli nie można jednoznacznie stwierdzić, jaki wymóg wynika z warunków zamówienia lub czy oferta wykonawcy rzeczywiście jest niezgodna z warunkami zamówienia (por. Wyrok KIO z 23.03.2023 r., KIO 673/23, LEX nr 3529789.)

Zamawiający wywodzi, że zapisy specyfikacji, w szczególności punkt 4.3.9 OPZ, miały charakter jednoznaczny, co do zakładanych warunków skomplikowanych, cytuje przy tym fragment wskazanego punktu: *„Nowoprojektowana linia kolejowa ma przebieg głównie*

*w terenie górskim, charakteryzującym się trudnymi warunkami terenowymi (znaczne różnice w wysokościach i ukształtowaniu terenu, liczne doliny rzeczne, strome stoki i zbocza, teren zurbanizowany, tereny leśne, itp.). Przystępując do prac koncepcyjnych i projektowych należy przyjąć, że warunki geotechniczne na przebiegu projektowanej linii kolejowej są skomplikowane."*

W ocenie Odwołującego 1 Zamawiający w sposób wybiórczy przywołuje treść OPZ

i pomija zapisy, które nie są zgodne z przyjętą wcześniej tezą. W tym samym punkcie OPZ 4.3.9. Zamawiający na stornie 48. OPZ wskazuje: zacytowano punkt 6. Materiały archiwalne.

Ponadto Odwołujący 1 wskazał na punkt 4.3.3 OPZ który wskazuje, że jednym

z pierwszych zadań wykonawców jest opracowanie Koncepcji Programowo-Przestrzennej (dalej jako: „KPP"), gdzie w zakresie KPP jest: zacytowano punkt 1. Zakresu KPP.

Jednocześnie KPP powinna zawierać wnikliwą recenzję analiz i koncepcji zawartych we Wstępnym Studium Planistyczno-Prognostycznym (dalej jako: „WSPP"), w którym to dokumencie także określono warunki na terenie inwestycji jako skomplikowane. Jednakże jak wynika z OPZ, założenia z WSPP mogą być kwestionowane (str. 29 OPZ). Po drugie zapisy WSPP należy traktować jako wstępne i niewiążące, już z samego faktu możliwości ich zakwestionowania. Takie stanowisko zostało potwierdzone przez samego Zamawiającego

w trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą w dniu 22 listopada 2023 r oraz

w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 3361/23, która dotyczyła bliźniaczego postępowania prowadzonego pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu

pn.: „Budowa połączenia kolejowego Kraków – Niepołomice" realizowanego w ramach Programu Kolej + do 2029 r." Powyższe stanowisko zostało potwierdzone przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 24 października 2023 r. (sygn. akt KIO 3361/23). Jednocześnie WSPP jest opracowywane jedynie w oparciu
o powszechnie dostępne mapy archiwalne oraz wizję lokalną, co umożliwia ich weryfikację
i ocenę już na etapie składania oferty.
Z powyższych zapisów Odwołujący 1 wywodził niejednoznaczność zapisów OPZ, która polega na tym, że z jednej strony Zamawiający, a priori nakazuje przyjęcie warunków skomplikowanych na całym terenie planowanych, co automatycznie miałoby skutkować dokonaniem większej ilości wierceń, tak aby zachować zgodność z wytycznymi Zamawiającego. Na marginesie takie założenie skutkuje rażącym zwiększeniem kosztów związanych z realizacją inwestycji niezależnie od rzeczywiście występujących warunków
w terenie. Z drugiej strony z przytoczonych przez Odwołującego 1 punktów OPZ wynika, że
w rzeczywistości Zamawiający nie ma wiedzy co do rzeczywiście występujących warunków występujących na terenie planowanych prac i te mają dopiero zostać rozpoznane. Jak wynika z kolei z punktu 4.3.9. OPZ Wykonawca dopiero na etapie projektowania badań powinien przeanalizować wszystkie dostępne materiały i dopiero wtedy określić stopień skomplikowania: warunków gruntowych, określenia niekorzystnych zjawisk gruntowych, określenia niekorzystnych zjawisk geologicznych etc.
Odwołujący 1 wskazał, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wszelkie nieścisłości i niejednoznaczności zawarte w SWZ oraz OPZ powinny być tłumaczone na korzyść wykonawcy biorącego udział w Postępowaniu.
Ponadto Odwołujący 1 akcentował, iż niezgodność oferty wykonawcy z warunkami zamówienia musi mieć charakter jednoznaczny. Uzasadniał, że punktem wyjścia dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań dokumentacji postępowania sporządzonej w danym postępowaniu, która od momentu jej udostępnienia jest wiążąca – zamawiający jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić. Rozstrzygające znaczenie ma literalne brzmienie SWZ. Dokumentacja sporządzona w postępowaniu powinna być rozumiana w sposób ścisły – stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 pzp, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania - tak, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert (por. Wyrok KIO z 16.03.2023 r., KIO 560/23, LEX nr 3511225.).
Wskazał, że Zamawiający pominął fakt, że Odwołujący 1 zwracając się z zapytaniem ofertowym do podwykonawcy Geostudio załączył szczegółowe Tabele Elementów Rozliczeniowych, przygotowane nie tylko na bazie materiałów archiwalnych, zgodnie z OPZ strona 48, ale także na bazie pozostałych konkretnych zapisach SWZ oraz OPZ, które podwykonawca miał wycenić oraz na podstawie przeprowadzonej wizji lokalnej i to na podstawie tych informacji uzyskał ofertę podwykonawcy.
Odwołujący 1 przedłożył ofertę podwykonawcy Geostudio, który wprost odwołał się do punktu 4.3.9. OPZ, do którego referuje Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty. Jednocześnie wskazany wykonawca został wskazany także przez wykonawców: TPF
sp. z o.o. oraz Mosty Katowice sp. z o.o. (tabela punkt 28 odwołania). Wszyscy wykonawcy zwrócili się do wskazanego podmiotu o wycenę prac w związku ze zorganizowanym Postępowaniem, więc wszyscy oczekiwali oferty zgodnej z OPZ. Tymczasem to jedynie oferta Odwołującego 1 została odrzucona z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia. Sam Zamawiający dokonał oceny różnic w cenach, które podwykonawca zaproponował poszczególnym wykonawcom oraz ocenił, że podwykonawca Geostudio doskonale zapoznał się zakresem zamówienia oraz bardzo dobrze zaznajomił się z przedmiotem zamówienia. Wskazane stanowisko zostało wyartykułowane w piśmie procesowym złożonym przez Zamawiającego, w postępowaniu odwoławczym toczącym się pod sygnaturą akt KIO 2799/23.
Odwołujący 1 przywołał fragment odpowiedzi na odwołanie złożonej w sprawie KIO 2799/23 i wskazał, ze zgodnie ze stanowiskiem 8 października 2023 r., Zamawiający oceniał wycenę prac geologicznych założoną przez Odwołującego jako rzetelną, jednocześnie ani jednym słowem nie wspominał w swoim stanowisku o warunkach skomplikowanych, które należało uwzględnić. Nie wzbudzały wątpliwości Zamawiającego różnice (w tym różnice dwukrotne) w cenach w zakresie prac geologicznych, które na różnym poziomie oferował każdy wykonawca. W ocenie Odwołującego 1 należy z tego wywieść, że Zamawiający
z uwagi na niejednoznaczność zapisów OPZ dopuszczał możliwość, że wykonawcy różnie mogą oceniać ryzyko wystąpienia warunków skomplikowanych, stąd różnice
w poszczególnych kalkulacjach. Aktualnie stanowisko Zamawiającego uległo całkowitej zmianie, czemu dał wyraz w

podjętej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.
Ponadto Odwołujący 1 w ramach weryfikacji założeń, których dokonał podwykonawca Geostudio, zwrócił się z zapytaniem ofertowym, w zakresie opisanym w punkcie 26. niniejszego Odwołania także do innego potencjalnego (na etapie składania ofert) podwykonawcy – firmy Uni-Geo Piotr Rant (dalej jako: „Uni-Geo"), który zaproponował realizację podzlecanego zakresu zamówienia za kwotę 4 508 900,00 zł oraz dokonał takich samych założeń, w zakresie wierceń, jak Geostudio.
Podsumowując uzasadnienie postawionego zarzutu, w ocenie Odwołującego 1 zapisy OPZ, wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie miały charakteru jednoznacznego, co
w konsekwencji uprawniało Odwołującego 1 do dokonania swobodnej wyceny, w zależności od stosowanej metodologii kalkulacji, ale także akceptowalnego poziomu ryzyka, związanego z niedoszacowaniem oferty, które to istnieje w każdym postępowaniu i dotyczy każdego wykonawcy.
Alternatywną oceną przedstawionego powyżej stanu faktycznego, może być konkluzja, że w rzeczywistości zapisy OPZ nie były sformułowane jednoznacznie, ale nie oznaczało do swobody wykonawców w zakresie wyceny prac z punktu 4.3.9, jak wywodzi to Odwołujący 1 w poprzednich punktach odwołania, ale wskazana niejednoznaczność
i sprzeczność zapisów OPZ skutkowała brakiem możliwości złożenia porównywalnych ofert. O czym świadczy fakt, że wszyscy wykonawcy różnie wyceniają rzekomo ten sam zakres prac, a różnice pomiędzy poszczególnymi wycenami prac z punktu 4.3.9 OPZ wynoszą kilka milionów. Konsekwencją takiej oceny stanu faktyczne powinno być unieważnienie Postępowania.
Uzasadniał, że niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia postępowania. Na tym etapie postępowania (po złożeniu ofert) wadliwości tej nie można usunąć. (por. wyrok KIO z 12 listopada 2019 r., sygn. akt. KIO 2176/19). Jednocześnie należy zauważyć, że wskazana wada ma istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż powoduje, że każdy wykonawca dokonuje wyceny innego zakresu prac, co powoduje nieporównywalność ofert w ramach ustalonego kryterium ceny. Umowa zawarta w wyniku tak przeprowadzonego Postępowania, które zostałoby udzielone z naruszeniem podstawowych zasad opisanych w pzp, podlegałaby unieważnieniu, albowiem ocena taka musi odbywać się w kontekście wydatkowania środków publicznych i konieczności dochowania zasad związanych z dyscypliną finansów publicznych. (por. wyrok KIO z 26 sierpnia 2022 r., sygn. akt. KIO 2113/22).
Odnośnie zarzutu, o którym mowa w punkcie 2. *petitum* odwołania Odwołujący 1 wskazał, iż całość powyższej argumentacji nie powinna mieć miejsca na etapie postępowania odwoławczego, a na etapie wezwania do wyjaśnień oferty na podstawie
art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazana norma prawna przewiduje instytucję prawną służącą do wyjaśniania wątpliwości Zamawiającego w zakresie złożonej oferty, której to Zamawiający zaniechał. Instytucją taką nie jest na pewno wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny,
o którym mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Tym bardziej, że Zamawiający podejmuje swoją decyzję bazując na oświadczeniu podwykonawcy, a nie samego Odwołującego.
W niniejszym Postępowaniu Odwołujący 1 został całkowicie pozbawiony możliwości wyjaśnienia zaistniałej wątpliwości, co wobec wyszczególnionych we wcześniejszej argumentacji niejednoznaczności należałoby zakwalifikować jako rażące naruszenie zasad przejrzystości i uczciwej konkurencji. Wskazał, iż Zamawiający nie może zaniechać pewnych czynności w wyniku których możliwe będzie ustalenie, że złożona oferta jest zgodna lub niezgodna z warunkami zamówienia. Dlatego zamawiający nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. W tym celu zamawiający powinien dążyć do wyjaśnienia ewentualnej niezgodności oferty z warunkami zamówienia wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 pzp. (por. wyrok KIO z dnia 20 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1537/21). Ponadto wskazał, iż zgodnie z wyrokiem KIO z 20 września 2021 r. (sygn. akt. KIO 1908/11), który zapadł w uprzednio obowiązującym stanie prawnym, ale który zachowuje swoją aktualność, z uwagi na niezmienioną treść normy prawnej, należy wywieść, że art. 223 ust. 1 pzp przewiduje kompetencję dla zamawiającego, która przeradza się w obowiązek, jeżeli w toku badania oferty zostanie ustalone, że oferta zawiera postanowienia niejasne lub budzące wątpliwości. W takiej sytuacji, gdy oferta miałaby zostać odrzucona jako niezgodna z SWZ należy wezwać wykonawcę do wyjaśnień. (por. wyrok KIO z dnia 20 września 2021 r., sygn. akt KIO 1908/11).
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 grudnia 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania.
W dniu 8 grudnia 2023 r. pismo w sprawie złożyli także Przystępujący BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu orazIDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

**Sprawa o sygn. akt: KIO 3541/23**

W dniu 27 listopada 2023 r. wykonawca TPF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący 2" lub „TPF"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z

art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez BBF jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny;
2. zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia Zarzutu 1 - zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 5 i 6 i w związku z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BBF, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę
w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez BBF i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
3. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy BBF
z postępowania wobec niewykazania spełniania warunku udziału, ewentualnie zaniechania wezwania BBF do uzupełnienia Wykazu usług, pomimo iż BBF nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wyszczególnionym w pkt. 8.6.1 ppkt. B, tj. wykazania dwóch [2] dokumentacji projektowych (obejmujących projekt budowlany i/lub projekt wykonawczy) w zakresie budowy lub przebudowy dwóch [2] mostów lub wiaduktów kolejowych o rozpiętości najdłuższego przęsła nie mniejszej niż 50 m;
4. art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 w związku z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo iż oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu z zamówienia, zaś Odwołujący złożył odpowiednie wyjaśnienia, które potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a które to odrzucenie nastąpiło na skutek badania ofert złożonych
w postępowaniu z naruszeniem zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
Wobec ww. zarzutów Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności oceny ofert;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
4. odtajnienie dokumentów wskazanych w odwołaniu;
5. wykluczenie wykonawcy BBF;
6. odrzucenie oferty BBF;
7. ewentualnie - wezwanie wykonawcy BBF do uzupełnienia wykazu usług;
8. ponowną ocenę ofert.
Odwołujący 2 przedstawił stan faktyczny sprawy.
Odnośnie zarzutu, o którym mowa w punkcie 1. *petitum* odwołania Odwołujący 2 wskazał, iż pragnie zwrócić uwagę na kilka kwestii, które jego zdaniem wskazują na rażące naruszenie prawa najpierw przez BBF – poprzez zastrzeżenie zbyt szerokiego zakresu dokumentów, a następnie – przez Zamawiającego.
Po pierwsze wskazał, że BBF całkowicie bezpodstawnie utajnił całość wyjaśnień
w zakresie ceny – jako tajemnicę zastrzeżono nie tylko same wyjaśnienia, ale także wszystkie załączniki. BBF w uzasadnieniu zastrzeżenia wskazał *„W tym miejscu Wykonawca oświadcza, że informacje zawarte w piśmie Wykonawcy zawierającym wyjaśnienia dot. wezwania na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp (dalej jako „Wyjaśnienia") wraz z wszystkimi załącznika stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa."* Już samo to wskazuje, że celem działania BBF było wyłącznie uniemożliwienie innym wykonawcom dokonania weryfikacji prawidłowości złożonej oferty. Wskazał, że wyjaśnienia w zakresie ceny składane przez BBF – zgodnie z wiedzą Odwołującego pozyskaną w toku innych postępowań – są sporządzane według tego samego schematu, według tej samej zasady. Jako przykład można wskazać wyjaśnienia dołączone do niniejszego odwołania, które są jawne od 2022 roku – a mimo tego BBF dalej bezprawnie utajnia wyjaśnienia składane w innych postępowaniach. Wskazał, że jednym z dokumentów, które BBF utajnił było nawet „Zaświadczenie o niezaleganiu
w opłacaniu składek z dnia 10.02.2023 r.", podczas gdy zgodnie z obowiązującą praktyką oświadczenia takie są jawne – gdyż stanowią one dowód na brak zaistnienia negatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania.
Po drugie – Odwołujący podkreślał, że w toku przedmiotowego postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego spotkał się z zupełnie wyjątkową sytuacją. Otóż Zamawiający celowo i świadomie wprowadził w błąd Odwołującego co do stanu faktycznego jawności wyjaśnień w zakresie ceny:
a. najpierw nie udostępnił ani 1 strony wyjaśnień w zakresie ceny, w tym nie udostępnił nawet uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa czy załączników i 22.09.2023r. wskazał: *„W odpowiedzi na zadane pytanie, Zamawiający informuje, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Wykonawcy BBF/IDOM stanowią tajemnicę przedsiębiorcy i Zamawiający nie zdecydował o uchyleniu tego zastrzeżenia."*
b. Następnie w Odpowiedzi na odwołanie z dnia 9.10.2023r. wskazał: *Po pierwsze, Zamawiający wbrew temu co twierdzi odwołujący, przekazał praktycznie całość wyjaśnień Wykonawcy BBF dotyczących ceny oferty, oprócz trzech stron,*

*które Zamawiający zdecydował się utrzymać jako tajemnicę przedsiębiorstwa.*

c. Zaś następnie w dniu 21.11.2023r. Zamawiający zmienił kolejny raz zdanie – i przekazał wyłącznie załączniki do wyjaśnień oraz uzasadnienie zastrzeżenia – nadal nie przekazując samych wyjaśnień.

Powyższe zdaniem Odwołującego 2 wyraźnie wskazuje, że celem działania Zamawiającego było wprowadzenie Odwołującego w błąd co do zakresu zastrzeżenia

i zakresu przekazanych dokumentów. Nie wiadomo, co było motywem takiego działania Zamawiającego – oprócz wprowadzenia zamieszania. Być może Zamawiający liczył na to, że Odwołujący uzna, że minęły mu już terminy na złożenie odwołania? Tak się jednak nie stało – terminem, w którym Odwołujący otrzymał część dokumentów w zakresie wyjaśnień ceny (uzasadnienie zastrzeżenia oraz załączniki – przy czym Odwołujący nie ma wiedzy, czy są to wszystkie załączniki) był dopiero 21 listopada 2023 roku – i od tej daty liczy się termin na podniesienie przedmiotowego zarzutu.

Następnie Odwołujący 2 uzasadniał, że kwestia skuteczności zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całych dokumentów (co ma miejsce w niniejszym postępowaniu) była już przedmiotem rozstrzygania przez Krajową Izbę Odwoławczą i Sąd Okręgowy

w Warszawie, działający jako Sąd Zamówień Publicznych – w szczególności Odwołujący wskazuje tutaj na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 kwietna 2021 roku, sygn. akt KIO 500/21, a następnie wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie zapadłe na jego kanwie. Odwołujący 2 przytoczył wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 1 października 2021 roku, sygn. akt XXIII Zs 53/21 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 lutego 2022 roku, sygn. akt XXIII Zs 133/21.

Dalej Odwołujący 2 zwrócił uwagę, że Zamawiający przy ocenie skuteczności zastrzeżenia jawności informacji rażąco naruszył podstawową zasadę Prawa zamówień publicznych – tj. zasadę jawności postępowania. Truizmem jest stwierdzenie, że zasadą jest jawność postępowania, zaś zastrzeganie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów stanowiących dokumentację postępowania – jest wyjątkiem od tej zasady. Tymczasem BBF objął całe dokumenty tajemnicą przedsiębiorstwa, a Zamawiający następczo uznał za skuteczne zastrzeżenia całego dokumentu wyjaśnień w zakresie ceny – co jest oczywistym naruszeniem zasady jawności postępowania. Zamawiający przy ocenie ofert w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa powinien zastosować zasadę exceptiones non sunt extendendae - czyli zasadę zakazu wykładni rozszerzającej wyjątków. Odwołujący 2 powołał się na orzecznictwo KIO, w tym wyrok z dnia 31 marca 2023 r., KIO 701/23, wyrok z dnia 11 marca 2022r., KIO 503/22, wyrok z dnia 4 stycznia 2021r., KIO 3582/21, wyrok z dnia 1 czerwca 2020r., KIO 539/20, wyrok z dnia 21 listopada 2019r., KIO 2263/19, wyrok z dnia 26 lutego 2019r., KIO 260/19, wyrok z dnia 7 listopada 2018r., KIO 2222/18, wyrok z dnia 21 maja 2018r., KIO 875/18.

Tym samym każde odejście od zasady jawności postępowań o udzielenie zamówienia powinno być traktowane bardzo wąsko, z obowiązkiem przedstawienia przez podmiot zastrzegający jawność oferty szczegółowego uzasadnienia oraz wykazania łącznego spełniania przesłanek ustawowych dla każdego przypadku objęcia danego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie może być mowy o żadnym przyjęciu przez Zamawiającego „na słowo", że przesłanki są spełnione. Jeśli dany wykonawca obejmujący jakąś część dokumentacji postępowania tajemnicą przedsiębiorstwa nie wykazał spełniania przesłanek oraz nie przedstawił dowodów – to Zamawiający (w trakcie oceny ofert) powinien udostępnić takie dokumenty pozostałym wykonawcom lub też Krajowa Izba Odwoławcza (na etapie postępowania odwoławczego) powinna nakazać Zamawiającemu takie odtajnienie

i udostępnienie. Zdaniem Odwołującego 2 – wykonawca BBF nie wykazał spełnienia się wszystkich przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa.

Dodatkowo wskazał, że zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa podlegają informacje, a nie dokumenty. A zatem wadliwe jest zastrzeganie całości dokumentów – jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu. Jeśli nawet niektóre części danego dokumentu są informacjami, w stosunku do których zastrzeżenie może w ogóle mieć miejsce – to nie uzasadnia to zastrzeżenia całości dokumentów. Wskazała na to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 lutego 2017 roku, sygn. akt KIO 242/17 i KIO 258/17.

Odwołujący 2 podniósł następnie, że wykonawca BBF – zastrzegając informacje zawarte w wyjaśnieniach ceny jako tajemnica przedsiębiorstwa – miał obowiązek wykazania ziszczenia się przesłanek definicji legalnej. Pogląd ten Odwołujący 2 opierał zarówno na zasadzie zdrowego rozsądku – tylko ten, kto zastrzega tajemnicę przedsiębiorstwa wie, jakie są podstawy tego zastrzeżenia – jak i na dotychczasowym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz brzmieniu przepisu art. 8 ust. 3 Ustawy PZP. Stanowisko takie wynika

z rozumienia pojęcia „wykazać" użytego przez ustawodawcę w art. 8 ust. 3 PZP zgodnie ze słownikami: a) Słownik języka polskiego pod. redakcją W. Doroszewskiego: udowodnić co, przedstawić co w sposób przekonywujący, unaocznić, pokazać co b) Słownik języka polskiego PWN (www.sjp.pwn.pl): uzewnętrznić coś, ujawnić istnienie czegoś, przedstawić coś w sposób przekonujący. Wykładnia językowa w pełni potwierdza słuszność stanowiska Odwołującego – „wykazać" to co najmniej przedstawić coś w sposób przekonujący. Takie też stanowisko przedstawione zostało przez Izbę w cytowanym już wyroku KIO 500/21. Odwołujący 2 powołał się ponownie na wyrok Sądu Okręgowego w

Warszawie w wyroku XXIII Zs 53/21 a także na orzecznictwo Izby, w tym wyrok z dnia 14 kwietnia 2023 roku, KIO 912/23, wyrok KIO z dnia 18 marca 2021r., KIO 506/21, wyrok KIO z dnia 26 marca 2021r., KIO 320/21, wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2021r., KIO 3278/20, wyrok z 30 grudnia 2020r. KIO 3227/20, wyrok z dnia 20 listopada 2020 roku, KIO 2781/20, wyrok z dnia 3 listopada 2020 roku, KIO 2290/20, wyrok z dnia 27 sierpnia 2020 roku, KIO 1692/20, wyrok z dnia 9 lipca 2020 roku, KIO 822/20.

Wobec powyższego BBF miał obowiązek wykazania spełnienia się 3 przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 2 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Co więcej – powyższe powinno zostać wykazane osobno dla każdej z zastrzeganych informacji. Tymczasem BBF w opinii Odwołującego 2 nie sprostało powyższemu.

BBF dla żadnej z zastrzeganych informacji nie podało wartości gospodarczej. Konieczność wykazania wartości gospodarczej jest już od dawna wskazywana zarówno przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i przez judykaturę. Odwołujący 2 powołał się na wyrok z dnia 7 czerwca 2023 r., KIO 1463/23, KIO 1478/23, Wyrok KIO z dnia 25 września 2020, KIO 2123/20, Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lutego 2020 r. KIO/KU 5/20, Wyrok KIO z dnia 5 marca 2020, KIO 365/20, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2019r., KIO 1791/19, KIO 1807/19, Wyrok KIO z 11 czerwca 2019 r., KIO 963/19; Wyrok KIO z 17 stycznia 2019 r., KIO 1673/18, Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2018 r. KIO/KU 30/18. Także w wyroku KIO 500/21 Izba wskazała na nieskuteczność uzasadnienia, między innymi ze względu na brak wskazania wartości gospodarczej. Także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku XXIII Zs 53/21 wskazał na konieczność wskazywania wartości gospodarczej. Tymczasem BBF nie podało wartości gospodarczej dla żadnej z informacji objętych tajemnicą, a tym samym zastrzeżenie jawności informacji jest nieskuteczne w każdym przypadku.

Dalej Odwołujący 2 wskazał, iż uzasadnienie zastrzeżenia całości wyjaśnień w zakresie ceny przekazano Odwołującemu 2 dopiero w dniu 21 listopada 2023 roku – stąd też w niniejszym postępowaniu odwoławczym, w odróżnieniu od postepowania KIO 2799/23, Odwołujący może już jako zarzut główny podnieść zarzut, który poprzednio był zarzutem ewentualnym, tj. zarzut zaniechania odtajnienia wyjaśnień w zakresie ceny. Analiza dokumentu uzasadnienia wskazuje, że uzasadnienie to jest ogólnikowe, sporządzone w oderwaniu od stany fatycznego przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym całkowicie w oderwaniu od konkretnych wyjaśnień w zakresie ceny, których rzekomo mają dotyczyć. Po pierwsze należy wskazać na datę sporządzenia dokumentu uzasadnienia – dokument ten został sporządzony i podpisany w dniu 22 maja 2022 roku. Zaś wyjaśnienia w zakresie ceny zostały złożone 31 lipca 2023 roku. Sam fakt złożenia przez BBF dokumentu uzasadnienia sporządzonego ponad rok przed datą złożenia wyjaśnień w zakresie ceny wskazuje, że BBF w ogóle nie uzasadnił zastrzeżenia w całości dokumentu wyjaśnień. Nie jest bowiem możliwe skuteczne zastrzeżenia dokumentu na rok przed złożeniem danego dokumentu. Zatem już z przyczyn czysto formalnych należy uznać, że BBF w ogóle nie dokonało czynności zastrzeżenia wyjaśnień. Z punktu widzenia logiki nie jest bowiem możliwe zastrzeżenia jawności dokumentu na rok przed powstaniem treści danego dokumentu, gdy BBF nie wiedział, że będzie składał ofertę w niniejszym postepowaniu oraz, że będzie w ogóle składał wyjaśnienia.

Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący 2 dokonał jednak analizy przedmiotowego uzasadnienia (pomimo iż jest ono datowane na rok przed złożeniem samych wyjaśnień):

a. Już na pierwsze stronie BBF powołuje się na art. 8 ust. 3 i art. 86 ust. 4 poprzednio obowiązującego Prawa zamówień publicznych - co wskazuje na historyczność wyjaśnień i ich niedostosowanie do stanu faktycznego sprawy;

b. Na stronach 2 – 3 zawarto pkt „B. Podstawa faktyczna utajnienia dokumentów". W punkcie tym BBF powinien podać podstawę dla objęcia tajemnicą każdej informacji osobno – czego BBF nie uczynił. Punkt ten zawiera same ogólniki, bez jakiegokolwiek odniesienia się do rzeczywistej treści wyjaśnień. Ten brak jest zresztą logicznym skutkiem tego, że uzasadnienie powstało rok przed sporządzeniem samych uzasadnień.

c. BBF wskazał, że zastrzegł jako tajemnicę informacje dotyczące: „kosztów pracy, w tym stosowanych narzutów na pozapłacowe koszty pracy i współpracowników Wykonawcy". Tymczasem w wyjaśnieniach nie ma ani słowa o pozapłacowych kosztach pracy. Zaś same koszty pracy są już jawne – gdyż Zamawiający odtajnił oświadczenia w tym zakresie. Nota bene – złożone w tym zakresie dowody nie mają żadnego znaczenia dla obliczenia ceny oferty w niniejszym postępowaniu, gdyż dotyczą kosztów pracy na innym projekcie. O tym więcej w dalszej części odwołania.

d. Dalej BBF wskazał, że zastrzegł jako tajemnicę informacje dotyczące „kosztów poszczególnych usług, w tym nabywanych od podmiotów trzecich (m.in. koszty najmu i utrzymania biura, koszty środków transportu, koszty działań promocyjnych.". Znamienne jest, że uzasadnienie utajnienia dotyczy kosztów, które można nazwać dodatkowymi w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie dotyczy kosztów istotnych, tj. np. usług geodezyjnych czy opracowanie dokumentacji projektowej. Warto wskazać, że cena oferty BBF to 22,6 mln zł netto a oferta podwykonawcza na

opracowanie dokumentacji projektowej to 7,1 mln zł netto. Tymczasem BBF „zapomniał" utajnić część wyjaśnień ceny w zakresie aż 1/3 ceny oferty. A Zamawiający uznał to utajnienie za skuteczne – choć nie wiadomo, na jakiej podstawie.

e. Dalej BBF wskazuje na know-how związane ze sposobem kalkulacji ceny. Po pierwsze należy wskazać, że wyjaśnienia ceny składane przez BBF były już wielokrotnie odtajniane – zatem wykonawcy konkurencyjni znają już sposoby szacowania ceny przedstawiane
w wyjaśnieniach. Po drugie – zdaniem Odwołującego wyjaśnienia nie zawierają żadnego know-how, a jedynie omawiają elementy ceny zamieszczone wcześniej w formularzu przygotowanym przez Zamawiającego, tj. w Załączniku nr 1A do IDW, który zawiera bardzo szczegółową tabelę, gdzie należało podać cenę za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia.

f. BBF wskazuje też: Warto także zauważyć, że istotnym faktem przemawiającym za zachowaniem tajemnicy przedsiębiorstwa jest to, że poznanie przez konkurentów tychże danych pozwala konkurentom na poznanie polityki cenowej w zakresie tego konkretnego zamówienia. Cały problem w tym, że konkurenci znają już tę politykę „cenową" – gdyż wszystkie załączniki do wyjaśnień zostały odtajnione, zaś BBF uznał tę czynność Zamawiającego za prawidłową. A zatem – BBF wcale nie zależy na chronieniu swojej polityki cenowej. Jedynym celem BBF jest po prostu uniemożliwienie konkurentom weryfikacji jego oferty.

g. Kolejnym argumentem BBF jest: Nie można przy tym wykluczyć, że w toku niniejszego zamówienia nie uda się skutecznie zawrzeć umowy w sprawie zamówienia, a całe postępowanie będzie powtórzone. Wtedy to konkurenci mogliby wykorzystać te informacje niejako przeciwko wykonawcy. Należy wskazać, że konkurencji wielokrotnie poznali już wyjaśnienia ceny złożone przez BBF, a nie przeszkodziło to BBF nadal działać na rynku zamówień publicznych oraz nadal składać oferty korzystne cenowo. A zatem nie istnieje żaden związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy udostępnieniem wyjaśnień konkurentom
a możliwością składania przez BBF konkurencyjnych ofert w kolejnych postępowaniach.

Odwołujący 2 zwrócił również uwagę, na następujące twierdzenie BBF: Przede wszystkim wskazuję, że informacje zawarte w Wyjaśnieniach oraz załącznikach - nie zostały nigdy podane do publicznej wiadomości i w żaden sposób nie są publicznie dostępne,
a podmioty trzecie nie mogą legalnie wejść w ich posiadanie. Jest to oświadczenie nieprawdziwe – BBF pomija fakt że składane przez niego wyjaśnienia wielokrotnie były już odtajnianie i w związku z tym sposób szacowania ceny, stosowane stawki, itp. są jawne.

Odwołujący 2 wskazał, że BBF w kolejnych postępowaniach składa wyjaśnienia
w zakresie ceny zbliżone do siebie, wynika to z faktu szacowania ceny w oparciu o te same założenia. Tymczasem wyjaśnienia te są jawne i powszechnie dostępne. Jako dowód przedkładamy wyjaśnienia złożone w postępowaniu prowadzonym przez PKP PLK na PEŁNIENIE NADZORU NAD REALIZACJĄ ROBÓT BUDOWLANYCH ORA WYKONANIEM PROJEKTU WYKONAWCZEGO I REALIZACJĄ ROBÓT BUDOWLANYCH NA ZABUDOWĘ UR STEROWANIA RUCHEM KOLEJOWYM, URZĄDZEŃ KOLEJOWYCH SIECI TELEKOMUNIKACYJNYCH NA C TYCHY – PODG. MOST WISŁA W RAMACH PROJEKTU „PRACE NA PODSTAWOWYCH CIĄGACH PASAŻER (E 30 I E 65) NA OBSZARZE ŚLĄSKA, ETAP I: LINIA E65 NA ODCINKU TYCHY – MOST WISŁA". Tym samym I how, na które powołuje się BBF, jest jawne. Inną kwestią jest to, że nie jest to żadne unikalne i typowe tylko dla BBF know-how. Wszyscy wykonawcy szacują ceny w podobny sposób.

W pkt B uzasadnienia nie wykazano wartości gospodarczej zastrzeganych informacji, odrębnie dla każdej informacji. W tym zakresie wskazano jedynie:

b. Wskazać należy, że niewątpliwie informacje zawarte w wyjaśnieniach mają oczywistą wartość gospodarczą dla Wykonawcy;

c. Ten wypracowany sposób wyceny stanowi bardzo istotną dla Wykonawcy wartość gospodarczą, albowiem pozwala mu na budowę jego przewagi konkurencyjnej nad innymi podmiotami działającymi w tej samej branży. Gdyby informacje zawarte w Wyjaśnieniach wraz z załącznikami do niej były udostępnione konkurentom, wówczas mogliby oni zyskać istotną przewagą nad Wykonawcą.

d. Sposoby kalkulacji ceny wypracowane przez wiele lat, w oparciu o doświadczenie zaufanych pracowników, stanowi wartość gospodarczą Powyższe stwierdzenia to ogólniki, nie realizujące wymogu podania wartości gospodarczej.

Natomiast na str. 4 – 7 zawarto punkt D. Wartość gospodarcza tajemnicy przedsiębiorstwa. Na samym jego początku wskazano: Wykonawca wycenia tajemnicę przedsiębiorstwa, jaką stanowią informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach na kwotę 15 000 000 zł, tj. stanowiącą równowartość 3 – letnich spodziewanych zysków Wykonawcy z tytułu realizacji zamówień o podobnym przedmiocie, jak objęty niniejszym postępowaniem. Podanie kwoty 15.000.000 zł nastawiona jest na zbudowanie wrażenia, jak kluczowe i wartościowe są zastrzeżone informacje. Pojawia się jednak pytanie – jak w lipcu 2022 roku BBF mogło wycenić spodziewane 3-letnie zyski liczone od dnia złożenia oferty, tj. od lipca 2023 roku? Czy BBF w tej rzekomej „wycenie" spodziewanych zysków sporządzonej w lipcu 2022 roku ujęło wszystkie

kontrakty zawarte po lipcu 2022 roku, czy też ich nie ujęło? Oczywiście są to pytania retoryczne. Ich celem jest wykazanie, że nie jest możliwe w lipcu 2022 roku ustalenie wartości gospodarczej informacji zastrzeżonych w lipcu 2023 roku – jeśli odwołujemy się do „spodziewanych zysków" – gdyż BBF po prostu nie mógł wtedy wiedzieć, jaka będzie sytuacja w lipcu 2023 roku. A tym samym wskazana wartość gospodarcza 15.000.000 zł to wartość nierealna i nie jest rzeczywistą wartością gospodarczą. Aby powołanie się przyszłe zyski można było uznać za skuteczne podanie wartości gospodarczej, BBF powinien wykazać, jak te „spodziewane zyski" obliczył. W szczególności, czy oparł się na podpisanych umowach, czy może wyłącznie na nadziejach co do uzyskania takich umów i zysków z ich realizacji.
Z kolei w zakresie wartości gospodarczej informacji o wynagrodzeniu personelu oraz o wynagrodzeniu podwykonawców – brak jest podania jakiejkolwiek wartości. Jest to zresztą oczywiste – BBF nie mógł bowiem w lipcu 2022 roku podać wartości gospodarczej informacji o współpracy z podwykonawcami w lipcu 2023 roku – gdyż nie wiedział z kim i po jakich stawkach będzie współpracował za rok. Co więcej – nie wiedział nawet, jakiego rodzaju podwykonawcy będą niezbędni do wykonania przedmiotu zamówienia. Bardzo ciekawe jest stwierdzenie o uzyskanych rabatach: W przypadku niniejszego zamówienia jest to 10% wartości ofert podwykonawcy w zakresie certyfikacji i 10% w zakresie oferty podwykonawcy geodezyjnego. Po pierwsze – w zakresie certyfikacji BBF nie przedstawił żadnej oferty podwykonawczej. Po drugie – oferta w zakresie geodezji ma datę 20.06.2023r. Nie jest zatem wiadome, skąd w lipcu 2022 roku BBF wiedział, jaki rabat uzyska w czerwcu 2023 roku. Należy tez podkreślić, że wszystkie twierdzenia o uzyskaniu rabatów są całkowicie gołosłowne – ze złożonych ofert nie wynika, aby podwykonawcy udzielali jakichkolwiek rabatów.
Reasumując – BBF nie dokonał skutecznego zastrzeżenia wyjaśnień w zakresie ceny jako tajemnicy przedsiębiorca, a zatem Zarzut 1 jest zasady i zasługuje na uwzględnienie.
Zarzut wskazany w punkcie 2. *petitum* odwołania stanowił zarzut ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1.
Zarzut wskazany w punkcie 3. *petitum* odwołania został wycofany przez Odwołującego 2.
W zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 4. *petitum* odwołania Odwołujący 2 podniósł, iż w dniu 19.07.2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Treść wezwania była bardzo ogólnikowa i jedynie powielała treść art. 224 ust. 3. Nie zawierała w swoim zakresie żadnych szczegółowych pytań – Zamawiający nie wskazywał, że którykolwiek element składowy ceny budzi jego wątpliwości. Tak przyjęta forma wezwania w opinii Odwołującego dawała mu całkowitą dowolność w zakresie kreowania wyjaśnień i przedstawienia tych elementów, które w ocenie Odwołującego są istotne dla realizacji przedmiotowej usługi. Wobec powyższego Odwołujący 2 przyjął metodologię sporządzenia wyjaśnień taką samą, jak w innych postępowaniach prowadzonych przez tego samego Zamawiającego. Wynikało to głównie
z tego, że PKPPLK stosuje ten sam schemat formularza cenowego oraz bardzo podobne wymagania co do obowiązków wykonawcy. Odwołujący 2 złożył szczegółowe wyjaśnienia
i niezbicie wykazał, że jego cena jest skalkulowana w sposób należyty oraz obejmuje wszystkie koszty, jakie są konieczne do poniesienia dla należytej realizacji zamówienia. Wyjaśnienia zostały zredagowane zgodnie z metodyką przyjętą w postępowaniu dot. „Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Modernizacja i elektryfikacja linii kolejowej nr 24 na odcinku Piotrków Trybunalski – Bełchatów z wydłużeniem do Bogumiłowa realizowanego w ramach programu uzupełnienia lokalnej i regionalnej infrastruktury kolejowej – Kolej+ do 2029 roku". ze względu na podobieństwo przedmiotu zamówienia. Co więcej - po dokonaniu przez PKP PLK weryfikacji wyjaśnień w zakresie ceny oferta Odwołującego została uznana za prawidłową i sklasyfikowana jako 3 w rankingu pod względem kryterium ceny wybrana jako najkorzystniejsza.
Analizując uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego 2 należy stwierdzić, że dopiero na tym etapie Zamawiający redaguje jakiekolwiek (choć nadal bardzo ogólnikowe) stwierdzenia dotyczące np. braku oferty/kalkulacji prac geodezyjnych, które
w jego ocenie są bardzo istotne. Jednakże Zamawiający na etapie wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie wskazał, że akurat ten element składowy ceny powinien być jakoś bardziej szczegółowo wyjaśniony, gdyż kwota wskazana w cenie oferty Odwołującego budzi jego wątpliwości. Wskazał, że to treść zapytania wystosowanego przez Zamawiającego
w zakresie złożenia wyjaśnień dotyczących tego, czy zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, determinuje zakres udzielonej przez wykonawcę odpowiedzi. Odwołujący 2 powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 maja 2023 r., sygn. akt: KIO 1334/23, 1335/23, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 1027/23, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 65/23, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2023 r., sygn. akt: KIO 33/23, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 kwietnia 2023 r., sygn. akt: KIO 810/23, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2023 r., KIO 3466/22, Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2225/22 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2022 r., sygn. akt: KIO 913/22.

Uzasadniał, iż Zamawiający zobowiązany jest do analizy treści wyjaśnień Odwołującego 2 wyłącznie w zgodzie z treścią wezwania. Jeżeli więc Zamawiający nie sprecyzował konkretnych oczekiwań, to obecne odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie tego, że Odwołujący nie przedstawił swoich wyjaśnień w jakiejś oczekiwanej przez Zamawiającego formie i zakresie, które to oczekiwania nie zostały nigdy przez Zamawiającego przedstawione, pozbawione jest jakiejkolwiek logiki oraz stanowi rażące naruszenie prawa. Reasumując – Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec Odwołującego w sytuacji, gdy Odwołujący zaniechał wyjaśnienia składników ceny w jakiś konkretny sposób określony sposób, w sytuacji gdy Odwołujący treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany. Innymi słowy - Odwołujący nie musi w szczegółach wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania. A właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w stanie faktycznym niniejszego postępowania.
Zamawiający wskazał w uzasadnieniu odrzucenia: *„Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia z dnia 31.07.2023 r. nie zawierają informacji, których oczekiwał Zamawiający*
*i na które wskazywała treść wezwania. Wykonawca przedstawił niepełne informacje, które zawierają ogólnikowe stwierdzenia, nie przedstawiając jednocześnie dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty i ich istotnych części składowych."* Po pierwsze – w treści wezwania Zamawiający nie wskazał żadnego elementu, którego oczekuje. Nie jest zrozumiałe, jak Zamawiający może podawać uzasadnienie odrzucenia oferty w sposób tak oczywiście sprzeczny z treścią wezwania. Kolejny raz należy podkreślić, że wezwanie stanowi wyłącznie powtórzenie przepisu PZP. Po drugie – pełne informacje w zakresie kalkulacji ceny ofertowej zostały zawarte w załączniku nr 1 oraz 2 do wyjaśnień. Przedmiotowy załącznik zawiera rozpisanie kwoty ryczałtowej za realizacji całej usługi w podziale dla fazy 1 i fazy 2. Zamawiający nie wskazał, że brakuje tam jakiegokolwiek elementu kosztowego, którego poniesienie jest konieczne na podstawie wymagań SWZ.
Dalej Zamawiający wskazał: „*W szczególności Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do kosztów, na które zwracał uwagę Zamawiający, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 6) Ustawy Pzp i który w wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego do Wykonawcy został wyszczególniony jako istotny element oceny oferty Wykonawcy*
*w zakresie rażąco niskiej ceny. Dodatkowo Zamawiający stwierdza brak przedstawienia przez Wykonawcę jakichkolwiek dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty dotyczących zgodności z przepisami z zakresu kosztów pracy, prawa pracy, obowiązującymi w miejscu,*
*w którym realizowane jest zamówienie, co stoi w sprzeczności z zapisami art. 224 ust. 3 pkt. 4 Ustawy Pzp."* Przedmiotowe stwierdzenie nie jest zgodne z prawdą. Załącznik nr 1 do wyjaśnień zawiera wyszczególniony zespół projektowy. Dla każdego z projektanta wskazane jest wynagrodzenie miesięczne oraz zaangażowanie określone w wymiarze etatu. Koszty miesięczne personelu zaangażowanego w realizację inwestycji wykazane w kolumnie nr 3 załącznika nr 1 i wynoszą od 10 000 PLN netto do 22 000 PLN. Wskazano to również
w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdzie na str. 3 stwierdzono *„W załączniku nr 1 przedstawiamy m.in. analizę zaangażowania personelu w odniesieniu do poszczególnych części zamówienia. Jest to analiza uśredniona, z racji iż jest to element który szczegółowo będzie dopracowywany w toku realizacji inwestycji (zwiększanie i zmieszanie intensywności personelu w danych etapach usługi). Przedmiotowe załączniki w postaci harmonogramów, umów oraz ofert stanowią jednocześnie potwierdzenie realności przyjętych kosztów, jak również stanowi odpowiedzi na wyszczególnione przez Zamawiającego pytania. Pragniemy również zauważyć, że stawki dla specjalistów znacząco przewyższają kwoty rynkowe, a więc nie można tu mówić o niezgodność z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia. Przykładowe umowy z personelem stanowią załącznik nr 7. Przedmiotowe umowy prezentują poziom wynagrodzenia jaki otrzymują projektanci zatrudnieni u Wykonawcy oraz projektanci pełniący funkcję koordynacyjne w zakresach inwestycji. Poziom ten jest tożsamy dla wszystkich specjalności."* Art. 224 ust. 3 pkt 6 wymaga, aby wyjaśnienia dotyczyły kwestii zgodności z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego. Skoro stawki specjalistów wynoszą co najmniej 2-krotność minimalnego wynagrodzenia za pracę – to oczywiste jest, że wymogi w tym zakresie zostały spełnione. Zarzut Zamawiającego –
w stanie faktycznym niniejszej sprawy – jest po prostu absurdalny.
Każde z przyjętych wynagrodzeń zarówno w przykładowych umowach, jak również
w załączniku nr 1 i 2 do wyjaśnień, znacząco przekracza minimalne wynagrodzenie o pracę. Niezrozumiałym jest dla Odwołującego jak z przedmiotowych stawek wynagrodzenia Zamawiający *„nie miał możliwości oceny kalkulacji ceny oferty w zakresie przesłanek zawartych w art. 224 ust. 3 i pkt. 4 i 6) ustawy pzp"*. Wszystkie przedmiotowe informacje
w tym zakresie były w wyjaśnieniach zawarte.
Zamawiający wskazał też: „*Wykonawca w złożonej ofercie, w pkt 12 lit. b) Załącznika nr 1 do IDW, oświadczył, że podwykonawcom zamierza powierzyć prace z zakresu geodezji, geologii, środowiska, certyfikacji oraz opracowania dokumentacji projektowej. W swoich wyjaśnieniach z dnia 31.07.2023 r nie przedstawił jednak ofert podwykonawczych dla ww. zakresu prac (poza pracami w zakresie geologii i geotechniki). W szczególności brak jest szczegółowych kalkulacji dotyczących kosztów prac geodezyjnych, których koszt Zamawiający uznaje za jeden z kluczowych elementów*

*cenotwórczych zamówienia."* Po pierwsze Odwołujący 2 wskazał ponownie, iż to Zamawiający pozostał wykonawcom dowolność w kształtowaniu wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamiar powierzenia części zakresu prac podwykonawcom, nie generuje bezwzględnego obowiązku przedstawienia ofert podwykonawczych na przedmiotowy zakres. Odwołujący 2 ma zamiar powierzyć prace te podwykonawcom, jednakże sam dokonał szacowania ich kosztu, nie opierał się na konkretnej ofercie od 1 podwykonawcy. Po drugie – Zamawiający w wezwaniu nie wskazał, że akurat koszt prac geodezyjnych jest jego zdaniem kluczowy i należy w tym zakresie przedstawić szczegółowe wyliczenia, w tym oferty podwykonawców. Zdaniem Odwołującego argumentacja Zamawiającego została stworzona wyłącznie na potrzeby odrzucenia oferty Odwołującego.

Odnosząc się jednak do stwierdzenia o uznaniu przez Zamawiającego kosztu tych praca za *„jeden z kluczowych elementów cenotwórczych"* wskazać należy na całkowity brak konsekwencji po stronie Zamawiającego. Otóż w ofercie wykonawcy Infra cena prac geodezyjnych wynosi zaledwie 1 498 250 PLN netto, w ofercie BBF 394 000 PLN - co przy kwocie przyjętej przed Odwołującego 4 650 000 PLN netto stanowi zaledwie 30% i 8,4% kosztów geodezji wskazanych przez Odwołującego. A zatem w ofercie wykonawcy Infra

i BBF - jak to nazwał Zamawiający *„jeden z kluczowych elementów cenotwórczych zamówienia"* - jest 3-krotnie (słownie trzy krotnie) i 12-to krotnie!! niższy niż u Odwołującego 2 i o dziwo nie wzbudza to żadnych wątpliwości Zamawiającego. A przecież zakres prac geodezyjnych, które wykonać musi czy to BBF, czy to Odwołujący 2 – jest taka sama. Warto wskazać, że podobna kwota jest przewidziana w ofercie Infra konsorcjum Mosty Katowice Sp. z o.o. i Arcadis Sp. z o.o., sklasyfikowanej na pozycji czwartej pod względem cenowym. Pozostałe elementy zakresów zgłoszonych jako podwykonawstwo w ofercie wykonawcy Infra i jak również w ofercie wykonawcy Mosty Katowice Odwołujący 2 przedstawił w tabeli.

Przyjęte koszty w zakresie podwykonawstwa w ofercie Odwołującego 2 są ponad dwukrotnie wyższe niż w ofercie Infra i 40% wyższe niż w ofercie Mosty Katowice. Tymczasem Zamawiający nie twierdził, iż koszty te są małe, nierynkowe, itp. Na uwagę zasługuje również fakt, że takiej samej drobiazgowości Zamawiający nie zastosował przy ocenie wyjaśnień przedłożonych przez Infra oraz Mosty Katowice. Żaden ze wskazanych powyżej elementów nie wzbudził żadnych niejasności u Zamawiającego – pomimo iż ceny te są zaskakująco niskie. Takie działanie Zamawiającego stanowi niewątpliwie naruszenie wyrażonej przepisem art. 16 ust. 2 ustawy PZP zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, gdyż Odwołujący 2 w takich samych okolicznościach nie został potraktowany w ten sam sposób jak inni wykonawcy (w szczególności wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 grudnia 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 8 grudnia 2023 r. pismo w sprawie złożyli także Przystępujący BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń**

**i stanowisk Stron i Uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołań.

Izba oceniła, że Odwołujący 1 oraz Odwołujący 2 wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3536/23 i sygn. akt: KIO 3541/23 po stronie Zamawiającego oraz wykonawcę TPF Sp. z o.o. z siedzibą

w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie

o sygn. akt: KIO 3536/23 po stronie Zamawiającego.

Izba, po wysłuchaniu stanowisk Stron i Uczestników w sprawie o sygn. akt KIO 3536/23, oddaliła opozycję Odwołującego 1 wobec zgłoszenia przystąpienia wykonawcy TPF do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniesioną opozycję Odwołujący 1 uzasadniał niewykazaniem przez wykonawcę TPFinteresu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił.

Stosownie do art. 526 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy, nie później niż do czasu otwarcia rozprawy. Zgodnie natomiast z ust. 2 ww. przepisu, Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. W przeciwnym przypadku Izba oddala opozycję.

Wykonawca TPF w piśmie zgłaszającym przystąpienie do postępowania odwoławczego odnośnie kwestii

interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił wskazał, że *„posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego, wszczętego pismem Odwołującego z dnia 27 listopada 2023 r., na korzyść Zamawiającego, poprzez jego oddalenie w całości. Przystępujący sam wniósł odwołanie w ramach przedmiotowego postępowania i w wyniku ponownej oceny jego oferta może zostać uznana za najkorzystniejszym. Spełnienie wskazanej powyżej przesłanki pozwoli Przystępującemu na uzyskanie zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie. Niewątpliwie zatem w interesie Przystępującego pozostaje, aby niniejsze odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść Zamawiającego."*

W świetle powyższego wykonawca TPF w sposób niebudzący wątpliwości wykazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego na korzyść Zamawiającego. Oddalenie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3536/23 wniesionego wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego 1 oraz ewentualnego zaniechania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, przy jednoczesnym unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego 2 w wyniku odrębnego odwołania wniesionego przez TPF, stwarzało wykonawcy szansę wyboru jego oferty jako najkorzystniej. Z powyższych względów opozycja Konsorcjum Infra podlegała oddaleniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę wykonawcy TPF, Konsorcjum Infra oraz Konsorcjum BBF wraz z wyjaśnieniami, wezwania kierowane do ww. wykonawców oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17 listopada 2023 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 11 grudnia 2023 r.

Do akt sprawy o sygn.: KIO 3536/23 Izba włączyła wnioski dowodowe Odwołującego 1 załączone przy odwołaniu, tj.:

1. odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 8 października 2023 r. w sprawie o sygnaturze akt KIO 2799/23;
2. odpowiedź na odwołanie z dnia 21 listopada 2023 r., w sprawie o sygnaturze akt KIO 3361/23;
3. oferta Uni-Geo z dnia 25 października 2023 r.

Ponadto do akt sprawy Izba włączyła wniosek dowodowy Przystępującego Konsorcjum BBF stanowiący ofertę handlową SG-LAB Laboratoryjne badania gruntów S.B..

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Budowa połączenia kolejowego Kraków – Myślenice" realizowanego w ramach Programu Kolej + do 2029 r.

Opis przedmiotu zamówienia stanowił TOM III SWZ.

Zgodnie z punktem 4.3.3 TOM III SWZ, Koncepcja Programowo-Przestrzenna

(…)

Koncepcja Programowo-Przestrzenna powinna zawierać wnikliwą recenzję analiz i koncepcji zawartych we WSPP. Wykonawca może zakwestionować koncepcje przedstawione we WSPP pod warunkiem rzetelnego uzasadnienia swoich stwierdzeń oraz potwierdzenia ich spójności z założeniami Rządowego Programu Kolej+. Za koncepcje i rozwiązania zawarte w KPP Wykonawca bierze pełną odpowiedzialność. W uzasadnionych przypadkach Zamawiający może przyjąć rozwiązania zawarte w KPP różne od tych z wybranego wariantu opracowanego we WSPP.

(…)

Zakres KPP:

1) Wstępne rozpoznanie warunków gruntowo-wodnych poprzez zgromadzenie dostępnych materiałów archiwalnych, w tym studiów w zakresie badań geotechnicznych, opracowań geologiczno-inżynierskich, a także wizję lokalną stanu podłoża, zgodnie z obowiązującymi Regulacjami Zamawiającego, w tym w szczególności z Wytycznymi badań podłoża gruntowego dla potrzeb budowy i modernizacji infrastruktury kolejowej Igo-1.

(…)

Zgodnie z punktem 4.3.9.1. TOM III SWZ: „(…)Nowoprojektowana linia kolejowa ma przebieg głównie w terenie górskim, charakteryzującym się trudnymi warunkami terenowymi (znaczne różnice w wysokościach i ukształtowaniu terenu, liczne doliny rzeczne, strome stoki i zbocza, teren zurbanizowany, tereny leśne, itp.). Przystępując do prac koncepcyjnych

i projektowych należy przyjąć, że warunki geotechniczne na przebiegu projektowanej linii kolejowej są skomplikowane."
Zgodnie z punktem 4.3.9.6. TOM III SWZ: Materiały archiwalne
Na etapie projektowania badań geotechnicznych Wykonawca powinien przeanalizować wszystkie dostępne materiały archiwalne (np. w Centralnej Bazie Danych Geologicznych, bazie SOPO) w zakresie umożliwiającym m.in. określenie stopnia skomplikowania warunków gruntowych, określenia niekorzystnych zjawisk geologicznych, wskazania terenów zagrożonych ruchami masowymi, osuwisk, terenów podmokłych, terenów zagrożonych podtopieniami oraz obszarów i terenów górniczych, itp.
Wstępne Studium Planistyczno-Prognostyczne [dalej „WSPP"] stanowiło załącznik
nr 2 do TOM III SWZ.
W dniu 4 lipca 2023 r. upłynął termin składania ofert. W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 6 wykonawców. Konsorcjum Infra złożyło ofertę z ceną 19 065 000,00 zł, Konsorcjum BBF z ceną 27 841 296,00 zł, wykonawca TPF z ceną 46 112 700,00 zł, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mosty Katowice Sp. z o.o.
i Arcadis Sp. z o.o. z ceną 47 878 980,00 zł, wykonawca Systra SA z ceną 56 946 521,55 zł, a wykonawca MGGP S.A. z ceną 59 577 510,00 zł.
Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o należny podatek od towarów
i usług wynosiła 72 453 068,78 zł. Średnia arytmetyczna cen złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp wynosiła 42 903 667,93 zł.
W dniu 19 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego 1, Odwołującego 2 oraz Konsorcjum BBF na podstawie art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy cena zaoferowana przez Wykonawcę nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie uniemożliwia wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia.
W dniu 31 lipca 2023 r. ww. Wykonawcy złożyli wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty.
Wykonawca Konsorcjum TPF zastrzegł tajemnicą przedsiębiorstwa całość wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 31 lipca 2023 r. wraz z załącznikami i uzasadnieniem zastrzeżenia tajemnicy.
W dniu 12 września 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum Infra.
W dniu 16 października 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców
o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 12 września 2023 r.
W dniu 19 października 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego 1 na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny dotyczących ofert podwykonawczych, w celu ustalenia czy cena zaoferowana przez Wykonawcę nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie uniemożliwia wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający wskazał, iż oferty podwykonawcze przedstawione zostały przez Wykonawcę jedynie ze wskazaniem na oferowany przez Podwykonawcę zakres usług, bez szczegółowej kalkulacji kosztów. W związku z tym Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia dalszych wyjaśnień, w tym uszczegółowienia zakresu ofert podwykonawczych poprzez wskazanie poszczególnych czynności zadeklarowanych do wykonania (zawartych
w cenie oferty) w odniesieniu m.in. do geologii i geotechniki zgodnie z założeniami OPZ
i zapisami instrukcji Igo-1 z podziałem na asortymenty badań w podziale na badania terenowe, laboratoryjne i geofizyczne.
W dniu 25 października 2023 r. Odwołujący 1 złożył dodatkowe wyjaśnienia, w tym przedstawił załącznik do oferty podwykonawczej złożonej przez firmę Geostudio Maciej Maślakowski [dalej „Geostudio"], gdzie wskazano szczegółową wycenę prac.
Pismem z dnia 7 listopada 2023 r. Zamawiający zawiadomił o uchyleniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum BBF
w wyjaśnieniach dotyczących wyliczenia ceny z dnia 31.07.2023 r., tj.:
- Zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek z dnia 10.02.2023 r. (Załącznik nr 1 do wyjaśnień z dnia 31.07.2023 r.),
- Oświadczenia pracowników Wykonawcy – z anonimizacją danych osobowych (Załącznik nr 2 do wyjaśnień z dnia 31.07.2023 r.),
- Wyciągi z umów o pracę pracowników Wykonawcy – z anonimizacją danych osobowych oraz wysokości wynagrodzenia (Załącznik nr 4 do wyjaśnień z dnia 31.07.2023 r.),
- Oferty podwykonawcze (Załącznik nr 6 i 7 do wyjaśnień z dnia 31.07.2023 r.),
- Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami nr 2
(z anonimizacją danych osobowych) i 3 do uzasadnienia (Załącznik nr 9 do wyjaśnień z dnia 31.07.2023 r.).
W dniu 17 listopada 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego 1 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym decyzji Zamawiający podał, że*„W związku, iż cena oferty Wykonawcy była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10) Ustawy, Zamawiający w dniu 20.07.2023 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy cena zaoferowana przez Wykonawcę nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie uniemożliwia wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Wykonawca w dniu 31.07.2023 r. w odpowiedzi na ww. pismo Zamawiającego złożył swoje wyjaśnienia, które w wyniku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający ocenił jako niewystarczające – w stosunku do wyjaśnień dotyczących ofert podwykonawczych. Wobec powyższego Zamawiający wezwał Wykonawcę w dniu 19.10.2023 r. do złożenia dalszych wyjaśnień w ww. zakresie. Wykonawca w dniu 25.10.2023 r. złożył wymagane wyjaśnienia, które w swojej treści wykazały, że oferowana cena nie uwzględnia w pełni przedmiotu zamówienia w zakresie prac powierzonych podwykonawcy – GEOSTUDIO Maciej Maślakowski, tj. opracowania dokumentacji geotechnicznej geotechniczno–inżynierskiej oraz dokumentacji hydrogeologicznej według pkt. 4.3.9 Tomu III SWZ – OPZ. Zamawiający w dokumentacji postępowania, z uwagi na zlokalizowanie projektowanej linii kolejowej w terenie górskim, charakteryzującym się trudnymi warunkami lokalnymi, o zmiennej górskiej budowie geologicznej, jednoznacznie zdefiniował wymaganie przyjęcia skomplikowanych warunków gruntowo–wodnych (również w pkt. 4.3.9 Tomu III SWZ – OPZ, podpunkt 1 Wymagania ogólne, strona 46). Z powyższego jednoznacznie wynika, że Wykonawcy uwzględniając konieczność zastosowania się do zapisów instrukcji PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. „Wytyczne badań podłoża gruntowego dla potrzeb budowy i modernizacji infrastruktury kolejowej Igo-1”, w cenie oferty powinni przyjąć zdefiniowany w §16, tabela 4-2 rozstaw punktów dokumentacyjnych dla drogi kolejowej – etap projektu budowlanego oraz tabela 4-4 rozstaw punktów dokumentacyjnych dla obiektów inżynieryjnych – etap projektu budowlanego. Wobec wymagań Zamawiającego, wynikających z przywołanej wyżej instrukcji, maksymalny rozstaw punktów dokumentacyjnych w planowanej lokalizacji drogi kolejowej wynosi 25 m, przy minimalnej liczbie 3 punktów w kierunku prostopadłym do osi linii kolejowej, w rozstawie mniejszym bądź równym 20 m, natomiast założenie przyjęte przez Wykonawcę w złożonej ofercie uwzględnia maksymalny rozstaw wzdłuż linii kolejowej co 50 m. Badanie podłoża gruntowego stanowi dla przedmiotowego zadania istotny czynnik cenotwórczy, będąc równocześnie jednym z głównych czynników ryzyka, wobec powyższego oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu.”*

Ponadto Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego 2 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym decyzji Zamawiający wskazał, że:

*»W związku, iż cena oferty Wykonawcy była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, Zamawiający w dniu 20.07.2023 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy cena zaoferowana przez Wykonawcę nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie uniemożliwia wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Wezwanie Zamawiającego pozostawało konkretne i jednoznaczne. Zamawiający wprost wskazał, jakie aspekty wyceny oferty wymagają wyjaśnienia, w szczególności art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6) Ustawy, tj. elementy dotyczące 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 (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Wyjaśnienia Wykonawcy miały na celu rozwiać wszelkie wątpliwości Zamawiającego, a więc odnieść się do każdej kwestii wyrażonej wyraźnie w treści wezwania, w tym przede wszystkim przekazanie Zamawiającemu rzetelnych informacji o zgodności oferty z przepisami odnoszącymi się do kosztów pracy, prawa pracy i zabezpieczenia społecznego oraz zawierać kalkulację wszystkich czynników cenotwórczych. Złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia z dnia 31.07.2023 r. nie zawierają informacji, których oczekiwał Zamawiający i na które wskazywała treść wezwania. Wykonawca przedstawił niepełne informacje, które zawierają ogólnikowe stwierdzenia, nie przedstawiając jednocześnie dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty i ich istotnych części składowych. W szczególności Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do kosztów, na które zwracał uwagę Zamawiający, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 6) Ustawy i który w wezwaniu skierowanym przez Zamawiającego do Wykonawcy został wyszczególniony jako istotny element oceny oferty Wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny. Dodatkowo Zamawiający stwierdza brak przedstawienia przez Wykonawcę jakichkolwiek dowodów w*

*zakresie wyliczenia ceny oferty dotyczących zgodności*
*z przepisami z zakresu kosztów pracy, prawa pracy, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie, co stoi w sprzeczności z zapisami art. 224 ust. 3 pkt 4) Ustawy. Przyjąć zatem należy, że Wykonawca pozbawił Zamawiającego jakiejkolwiek możliwości oceny kalkulacji ceny ofertowej w zakresie przesłanek zawartych w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6) Ustawy. Wykonawca w złożonej ofercie, w pkt 12 lit. b) Załącznika nr 1 do IDW, oświadczył, że Podwykonawcom zamierza powierzyć prace z zakresu geodezji, geologii, środowiska, certyfikacji oraz opracowania dokumentacji projektowej. W swoich wyjaśnieniach z dnia 31.07.2023 r. nie przedstawił jednak ofert podwykonawczych dla ww. zakresu prac (poza pracami w zakresie geologii i geotechniki). W szczególności brak jest szczegółowych kalkulacji dotyczących kosztów prac geodezyjnych, których koszt Zamawiający uznaje za jeden z kluczowych elementów cenotwórczych zamówienia.*
*W świetle powyższego Zamawiający nie ma możliwości oceny, czy cena ofertowa zarówno*
*w części dotyczącej personelu Wykonawcy, jak i w części dotyczącej zakresu przewidzianego do podwykonawstwa została skalkulowana zgodnie z przepisami dotyczącymi kosztów pracy oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy*
*i zabezpieczenia społecznego. Nie sposób również uznać, że Wykonawca wyjaśnił, iż*
*w częściach składowych ceny wziął pod uwagę wymogi wskazane w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6) Ustawy, jak również wymogów wskazanych w art. 224 ust. 3 pkt 1–3) Ustawy.*
*W uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 15 lipca 2021 r., KIO 1707/21, LEX nr 3253591, wskazano iż: „(…) celem udzielanych Zamawiającemu wyjaśnień jest rozwianie wątpliwości co do wystąpienia rażąco niskiej ceny. Wobec tego, aby wyjaśnienia spełniły swoją rolę, powinny być wyczerpujące, konkretne, rzeczowe i zawierać stosowne dowody, w zakresie okoliczności, na które Odwołujący się powołuje. Mając na uwadze, że co do zasady takie wezwanie kierowane jest do wykonawcy jednokrotnie, wyjaśnienia powinny być udzielone*
*w taki sposób, aby przekonać zamawiającego co do prawidłowości zaoferowanej ceny.*
*W orzecznictwie Izby podkreśla się bowiem, że ponowne skierowanie wezwania jest możliwe tylko w sytuacji, gdy zamawiający ma wątpliwości co do pierwotnie udzielonych wyjaśnień, są one dla niego w jakimś zakresie niejasne, niejednoznaczne albo wzbudzają wątpliwości, których zamawiający nie miał na wcześniejszym etapie postępowania. Niemniej jednak,*
*w odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiający musi otrzymać materiał, z którego uzyska konkretną wiedzę na temat ceny oferty i jej elementów wkładowych". Jak zauważyła również KIO w wyroku 23.12.2020 r. (sygn. akt KIO 3095/20): "Zaniechanie przedstawienia dowodów na poparcie sposobu zbudowania ceny ofertowej uniemożliwia rzetelną weryfikację złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny czyniąc je gołosłownymi. Wskazać należy, iż obowiązek przedstawienia dowodów spoczywa na wykonawcy w sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Oczywistym jest to, iż mogą zdarzyć się sytuacje, w których przedstawienie dowodów nie będzie możliwe albo ich złożenie nie będzie niezbędne dla oceny prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej, jednakże generalną zasadą jest obowiązek dowodowy spoczywający na wykonawcy. Tym samym, jeżeli wykonawca powołuje się na niskie koszty zakupu materiałów, dysponowanie własnym sprzętem, koszty pracownicze wynikające z zawartych już umów o pracę, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby przedstawić zamawiającemu stosowne dokumenty". Wykonawca musi więc dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie Zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane i rzeczywiście uzasadniające podaną cenę lub koszt, co w ocenie Zamawiającego nie ma odzwierciedlenia*
*w wyjaśnieniach Wykonawcy z dnia 31.07.2023 r., wobec powyższego oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu.«*

Izba zważyła, co następuje:

**Sprawa o sygn. akt: KIO 3536/23**

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

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego 1 jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego 1 do wyjaśnienia treści oferty i podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty w związku z wyjaśnieniami składanym w innym trybie, tj. dotyczącym wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Izba odniesie się do ww. zarzutów łącznie jako, że oparte zostały na skorelowanych ze sobą okolicznościach faktycznych.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym na tle poprzedniego stanu prawnego orzecznictwem Izby, zachowującym obecnie aktualność, 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 oferowane przez wykonawcę w ofercie

zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu
w SWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny
z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisania, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16)Z kolei termin oferta należy odczytywać w świetle art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie natomiast z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania
i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym
a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Art. 224 ustawy Pzp reguluje z kolei procedurę wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu.
W okolicznościach niniejszej sprawy rozstrzygnięcia wymagało, czy w świetle postanowień dokumentów zamówienia, na wykonawców nałożony został obowiązek przyjęcia do kalkulacji ceny skomplikowanych warunków geotechnicznych na przebiegu projektowanej linii kolejowej, który przekładał się na założenia dotyczące koniecznych wierceń w ramach badań podłoża gruntowego. Badanie podłoża gruntowego stanowiło dla przedmiotowego zadania istotny czynnik cenotwórczy, będąc równocześnie jednym
z głównych czynników ryzyka. Poza sporem było natomiast, że Odwołujący 1, posługując się ofertą podwykonawcy, nie przyjął do kalkulacji ceny skomplikowanych warunków geotechnicznych. Świadczy o tym maksymalny rozstaw punktów dokumentacyjnych
w planowanej lokalizacji drogi kolejowej, który w ofercie Odwołującego 1 wynosi 50 m, a przy przyjęciu warunków skomplikowanych mógłby wynosić maksymalnie 25 m. Z powyższą okolicznością Odwołujący 1 nie polemizował.
Izba nie podzieliła dokonanej przez Odwołującego 1 interpretacji postanowień dokumentów zamówienia oraz wniosków Wykonawcy, w szczególności wskazujących na niejednoznaczność wymogów specyfikacji, prowadzących – zdaniem Odwołującego 1 - do uznania, iż wykonawcy nie byli zobowiązani w cenie oferty przyjąć, że warunki geotechniczne na przebiegu projektowanej linii kolejowej są skomplikowane.
Wskazać należy, iż w dokumentacji postępowania Zamawiający w punkcie 4.3.9 TOM III SWZ podał, iż *„Nowoprojektowana linia kolejowa ma przebieg głównie w terenie górskim, charakteryzującym się trudnymi warunkami terenowymi (znaczne różnice w wysokościach*
*i ukształtowaniu terenu, liczne doliny rzeczne, strome stoki i zbocza, teren zurbanizowany, tereny leśne, itp.). Przystępując do prac koncepcyjnych i projektowych należy przyjąć, że warunki geotechniczne na przebiegu projektowanej linii kolejowej są skomplikowane."*
W ocenie Izby powyższe postanowienie opisu przedmiotu zamówienia stanowiło jednoznaczny punkt wyjścia dla określenia przedmiotu świadczenia oraz kalkulacji ceny oferty, nakazując wykonawcom przyjęcie skomplikowanych warunków geotechnicznych przekładających się na większą liczbę wierceń. Skomplikowany charakter warunków geologiczno – inżynierskich na przebiegu projektowanej linii kolejowej potwierdzają także postanowienia Wstępnego Studium Planistyczno-Prognostycznego dla przedmiotowego projektu, w szczególności Rozdziału 3.3.1 Położenie, rzeźba terenu i budowa geologiczna, wskazujące, iż niemal 75% linii przebiega przez tereny osuwiskowe oraz wymaga budowy tuneli o długości 2 km. Tym samym treść WSPP jest spójna z nakazem przyjęcia skomplikowanych warunków geotechnicznych na etapie wyceny oferty.
W ocenie Izby przywołane przez Odwołującego 1 inne postanowienia dokumentów zamówienia przewidujące możliwość zakwestionowania WSPP oraz dotyczące zakresu Koncepcji Programowo-Przestrzennej w żaden sposób nie powodują niejednoznaczności dokumentacji postępowania, umożliwiającej odmienną interpretację zacytowanego powyżej postanowienia pkt. 4.3.9 TOM III SWZ. W szczególności nie pozwalają na przyjęcie dowolnych warunków na potrzebę wyliczeń wymaganej liczby punktów dokumentacyjnych. Wskazane przez Odwołującego 1 postanowienie zawarte na str. 29 TOM III SWZ dotyczy jedynie możliwości zakwestionowania koncepcji przedstawionej w WSPP. Z kolei postanowienie referujące do zakresu KPP (pkt 4.3.3 str. 29 TOM III SWZ) nakazuje przy opracowywaniu KPP dokonanie rozpoznania wstępnych warunków gruntowo-wodnych poprzez zgromadzenie dostępnych materiałów archiwalnych, w tym studiów
w zakresie badań geotechnicznych, opracowań geologiczno-inżynierskich, a także wizję lokalną stanu podłoża, zgodnie z obowiązującymi Regulacjami Zamawiającego, w tym
w szczególności z Wytycznymi badań podłoża gruntowego dla potrzeb budowy

i modernizacji infrastruktury kolejowej Igo-1. Przywołany natomiast punkt 4.3.9. ppkt 6. Materiały archiwalne TOM III SWZ dotyczy przeanalizowania na etapie projektowania badań geotechnicznych wszystkich dostępnych materiałów w zakresie umożliwiającym m.in. określenie stopnia skomplikowania warunków gruntowych.

Na podstawie powyższych postanowień specyfikacji Odwołujący 1 wywodził, że Zamawiający nie ma wiedzy, jakie są w rzeczywistości występujące na terenie planowanych prac warunki, pozostawiając tym samym w powyższym zakresie dowolność wykonawcom,

a jeżeli tej dowolności nie ma – to w opinii Odwołującego 1 - świadczyło to o niespójności dokumentacji. Odnosząc się do ww. kwestii Izba wskazuje, że gdyby nawet uznać, iż Zamawiający nie ma wiedzy co do stopnia skomplikowania warunków geotechnicznych obowiązujących na terenie planowanych prac, z czym Izba się nie zgadza, to ewentualne rozpoznanie warunków geotechnicznych, które mogą okazać się odmienne niż wskazane

w WSPP nie ma znaczenia dla założeń, które należało przyjąć zgodnie z treścią pkt 4.3.9 TOM III SWZ przy kalkulacj oferty, a które nakazywały przyjęcie skomplikowanych warunków geotechnicznych. Przyjęcie takiego założenia przez wszystkich wykonawców gwarantowało porównywalność ofert.

Dalej Izba wskazuje, że nie podzieliła argumentacji Odwołującego 1 jakoby ze stanowiska Zamawiającego z dnia 8 października 2023 r. stanowiącego odpowiedź na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2799/23 wynikało, że z uwagi na niejednoznaczność postanowień opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający dopuszczał możliwość, że wykonawcy różnie mogą oceniać ryzyko wystąpienia warunków skomplikowanych, stąd różnice w poszczególnych kalkulacjach w zakresie prac geologicznych. Zdaniem Izby niezasadne jest wyprowadzanie przez Odwołującego 1 korzystnych dla siebie wniosków na podstawie części złożonych wyjaśnień poziomu ceny. Wskazać należy, że stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie procesowym z dnia 8 października 2023 r. nie obejmowało dodatkowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Odwołującego 1 pismem z dnia 25 października 2023 r. Dopiero po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 16 października 2023 r., Zamawiający wezwał Odwołującego 1 do złożenia dodatkowych wyjaśnień poziomu ceny, w tym zakresie geologii i geotechniki,

w których ujawnione zostały przyjęte przez Wykonawcę założenia w zakresie warunków geologicznych. Na ówczesnym etapie postępowania Zamawiający nie miał zatem wiedzy co do przyjętych przez Odwołującego 1 założeń kalkulacyjnych dotyczących prac geologicznych, które finalnie okazały się być niezgodnymi z warunkami zamówienia.

W kontekście rozumienia postanowień SWZ, w szczególności punktu 4.3.9 TOM III SWZ, na uwagę zasługują również stanowiska procesowe Stron oraz Przystępującego Konsorcjum BBF podnoszone w sprawie KIO 3361/23, dotyczącej równorzędnie prowadzanego przez Zamawiającego przetargu na opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: „Budowa połączenia kolejowego Kraków – Niepołomice" realizowanego w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku. Poza sporem między Stronami było, iż w sprawie KIO 3361/23 w postanowieniach punktu 4.3.9 TOM III SWZ Zamawiający nie zawarł – analogicznego jak w niniejszym postępowaniu zdania - *„Przystępując do prac koncepcyjnych i projektowych należy przyjąć, że warunki geotechniczne na przebiegu projektowanej linii kolejowej są skomplikowane".* Na powyższą różnicę między przedmiotowym postępowaniem, a postępowaniem dotyczącym przetargu będącego przedmiotem sprawy KIO 3361/23, powoływał się zarówno obecny Odwołujący (ówczesny Przystępujący), jak i Zamawiający. Tym samym w sprawie KIO 3361/23 stanowisko procesowe obecnego Odwołującego zasadzało się na przeciwstawieniu treści postanowień opisu przedmiotu zamówienia z obu tych postępowań, które jednak różnią się wymogami Zamawiającego.

Warto również zauważyć, iż w wyroku z dnia 24 listopada 2023 r. sygn. akt: KIO 3361/23 Izba oddalając wnioski dowodowego ówczesnego Odwołującego (obecnego Przystępującego Konsorcjum BBF) wskazała:*»Ostatnia grupa dowodów, złożonych przez odwołującego na posiedzeniu niejawnym, dotyczyła postępowania na Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego w ramach projektu pn.: Budowa połączenia kolejowego Kraków – Myślenice" realizowanego w ramach Programu Uzupełniania Lokalnej i Regionalnej Infrastruktury Kolejowej – Kolej + do 2029 roku. Dowody te okazały się nieprzydatne ponieważ stan faktyczny tamtej sprawy był odmienny od stanu faktycznego dotyczącego tego postępowania. Różnica ta przejawiała się w tym, że zamawiający w podstępowaniu na dokumentację projektową dotyczącą budowy „Połączenia kolejowego Kraków – Myślenice" wprost wymagał przyjęcia do kalkulacji oferty w zakresie geologii i geotechniki skomplikowanych warunków gruntowych, natomiast w przypadku przedmiotowego postępowania takiego wymogu zamawiający nie zastosował. Tym samym zamawiający w tamtym postępowaniu (Kraków-Myślenice) z góry narzucił na wykonawców przyjęcie w sposób jednoznaczny konieczności określenia konkretnych warunków geologicznych do wyceny, czego nie uczynił w tym postępowaniu. Powyżej wskazana okoliczność spowodowała, że przedmiotowe dowody okazały się niewystarczające.«*

W końcu wskazać należy, iż za bez znaczenia dla istoty sporu Izba uznała złożony przez Odwołującego 1 dowód w postaci oferty Uni-Geo z dnia 25 października 2023 r. Jak wynika z punktu 32. odwołania, ww. oferta została złożona przez Odwołującego 1 celem wykazania, iż podmiot ten zaproponował realizację podzlecanego zakresu zamówienia za

kwotę 4 508 900 zł oraz dokonał takich samych założeń, w zakresie wierceń, jak Geostudio. Wskazać należy, iż oferta Odwołującego 1 nie została odrzucona z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tym samym poza oceną Izby była kwestia wyceny prac geologicznych. Przyjęcie natomiast przez Uni-Geo takich samych założeń w zakresie wierceń jak Geostudio (co 50 m) wskazuje jedynie na niezgodność założeń kalkulacyjnych z warunkami zamówienia.

Izba oddaliła także wniosek dowodowy Konsorcjum BBF stanowiący ofertę handlową SG-LAB Laboratoryjne badania gruntów S.B.. Konsorcjum BBF nie wskazało tezy dowodowej wniosku, ani go nie omówiło.

Izba w okolicznościach sporu nie znalazła podstaw do nakazania Zamawiającemu wszczęcia procedury wyjaśnień treści oferty Odwołującego 1 na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zauważyć należy, iż przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zostały uregulowane w odrębnych przepisach, a dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty na tych podstawach konieczne jest ziszczenie się innych rodzajowo okoliczności. Nie jest jednak tak, że na podstawie wyjaśnień ceny oferty nie mogą ujawnić się podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o inne przepisy ustawy Pzp, w tym np. art. 226 ust. 1 pkt 5. Nie można również wykluczyć sytuacji, w której zostaną spełnione łącznie przesłanki określone art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 8 ustawy Pzp. Powyższe wymaga jednak szczegółowej analizy *ad casum*.

W niniejszej sprawie nie budziło wątpliwości Izby, iż założenia dotyczące warunków geotechnicznych przyjęte przez Odwołującego 1 były niezgodne z warunkami zamówienia. Treść oferty Odwołującego 1 wraz z wyjaśnieniami ceny była jasna i wskazywała, iż Odwołujący 1 nie przyjął skomplikowanych warunków geotechnicznych, czemu zresztą Wykonawca nie przeczył w odwołaniu. Zamawiający na podstawie wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Odwołującego 1 był w stanie samodzielnie ustalić rzeczywistą wolę wykonawcy, co do oferowanego przedmiotu świadczenia. Nie sposób zatem obiektywnie uznać, iż treść oferty Odwołującego 1 wraz z wyjaśnieniami poziomu ceny winna wzbudzić po stronie Zamawiającego wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Nie można także pominąć, iż wyjaśnienia składane w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty oraz stanowić negocjacji jej treści. Odwołujący 1 w niniejszej sprawie poza tym, iż twierdził, że Zamawiający uchybił art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, to nie wskazał Izbie, w jakim konkretnie zakresie Wykonawca winien zostać wezwany do wyjaśnień treści oferty, tak aby skierowane do niego wezwanie odpowiadało prawu i nie naruszało zasady niezmienności treści oferty.

Powyższe okoliczności przesądzają, że Odwołujący 1 zaoferował realizację przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z warunkami zamówienia określonymi w SWZ. Tym samym czynność odrzucenia oferty Odwołującego 1 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp była prawidłowa.

Oddaleniu podlegał także zarzut ewentualny dotyczący naruszenia art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia, co nie pozwalało na złożenie porównywalnych ofert.

Przywołując podstawy prawne zarzutu Izba wskazuje, że zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp,zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z kolei stosownie do art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Nadto po myśli art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Wobec niestwierdzenia niejednoznaczności postanowień dokumentów zamówienia dotyczących opisu przedmiotu zamówienia postawiony zarzut nie mógł zostać uznany za zasadny. Odpadła bowiem pierwsza i zasadnicza przesłanka warunkująca unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia określona art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, tj. niniejsze postępowanie nie jest obarczone wadą. Dalej wskazać należy, iż unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp wymaga również wykazania, że zachodzą przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego określone w kodeksie cywilnym lub art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Należy wykazać związek przyczynowy pomiędzy zaistniałą, niemożliwą do usunięcia wadą, a koniecznością unieważnienia umowy. W okolicznościach sprawy Odwołujący 1 nie sprostał powyższemu obowiązkowi. W szczególności nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego obowiązków publikacyjnych, z którymi ustawa Pzp w art. 457 ust. 1 pkt 1 wiąże skutek nieważności umowy.

Z powyższych przyczyn zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp

oddalono.

**Sprawa o sygn. akt: KIO 3541/23**

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w toku rozprawy Odwołujący 2 oświadczył, iż cofa zarzut zawarty w punkcie II.3 *petitum* odwołania. Wobec powyższego Izba uznała, że postępowanie odwoławcze w ww. zakresie podlega umorzeniu.

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

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw.
z art. 11 uznk oraz w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu 2 zastrzeżonych przez Konsorcjum BBF jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Izba wskazuje, iż art. 18 ust. 1 ustawy Pzp normuje fundamentalną zasadę udzielania zamówień publicznych, tj. zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych
z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie
(art. 18 ust. 2 ustawy Pzp). Ww. zasada doznaje ograniczenia w ust. 3 ww. przepisu, który stanowi, że 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. ) [dalej „uznk"], jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z przywołanego przepisu wynika, iż to na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Z kolei obowiązkiem zamawiającego jest zbadanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę i podjęcie stosownych działań w zależności od wyniku tej analizy. W ocenie Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania" oznacza coś więcej aniżeli oświadczenie co do przyczyn objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Użyte w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp sformułowanie „wykazania", nie oznacza wyłącznie „oświadczenia", czy „deklarowania", ale stanowi znacznie silniejszy wymóg „udowodnienia". Prezentowany powyżej pogląd znajduje potwierdzenie m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych, sygn. akt , w którym wskazano, iż *»Termin „wykazanie" oznacza nic innego, jak obowiązek udowodnienia, iż dane informacje spełniają warunki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższych względów, zdaniem Sądu Okręgowego, skarżący winien był udowodnić, tj. przedstawić dowody, że konkretne informacje mogą zostać objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, stąd nie było wystarczającym samo twierdzenie skarżącego o spełnieniu przez zastrzegane przez niego informacje warunków utajnienia.«* Podobnie wypowiedział się ww. Sąd w wyroku z dnia 1 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 53/21 *»Sąd kierując się właśnie tym założeniem uznał, że powinno mieć ono wpływ również na wykładnię pojęcia „wykazanie", o którym mowa w art. 8 ust. sPzp, w tym sensie, że przewidziany tam przez ustawodawcę obowiązek „wykazania" winien być traktowany jako zbliżony do obowiązku „udowodnienia" w rozumieniu k.p.c.«*

Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, określa również w sposób jednoznaczny moment, w którym wykonawca obowiązany jest zastrzec i wykazać zasadność utajnienia danych informacji stanowiąc, iż powinno to nastąpić wraz z przekazaniem takich informacji. Nie ulega również wątpliwości, iż za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzające się *de facto* do przytoczenia elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa wynikającej z art. 11 ust. 2 uznk i deklaracja, że przedstawione informacje spełniają określone w tym przepisie przesłanki.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa,
o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. I tak zgodnie z ww. 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 końcu wskazać należy, iż zaniedbanie wykonawcy przejawiające się w braku łącznego wykazania przesłanek, o których mowa powyżej, wraz z przekazaniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa i zwalnia tym samym zamawiającego z obowiązku zachowania określonych informacji w poufności.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, że rację miał Odwołujący 2, iż Przystępujący Konsorcjum BBF, do którego należała inicjatywa co do sposobu wykazania, że zastrzeżone informacje

dotyczące wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, nie sprostał ciężarowi łącznego wykazania przesłanek określonych art. 11 ust. 2 uznk. Izba wskazuje, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczące wyjaśnień ceny oferty miało charakter ogólny i nie zostało zindywidualizowane w stosunku do zakresu informacji, które Konsorcjum BBF objęło poufnością w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Tytułem wstępu Izba wskazuje, że Konsorcjum BBF w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołało się do nieobowiązującej już ustawy Pzp oraz wynikających z niej zasad określonych art. 8 ust. 3 i art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Powyższe już wskazuje na historyczność uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz jego niedostosowanie do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Co więcej, dokument uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa został podpisany elektronicznie w dniu 22 maja 2022 r., a zatem ponad rok przed datą złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty złożonych w przedmiotowym postępowaniu, co jedynie poddaje w wątpliwość rzetelność działania Konsorcjum BBF co do analizy katalogu informacji/danych wymagających zachowania
poufności w tym konkretnym postępowaniu. Izba wskazuje, iż gdyby nawet zgodzić się
z Przystępującym, że pewien zakres informacji zawieranych w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie ulega zmianie, to jednak nie można przyjąć, że katalog zastrzeganych informacji oraz ich wartość gospodarcza będzie w każdym przypadku taki sam, nawet jeśli mamy do czynienia z dokumentem tego samego rodzaju, tj. wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny. O wartości gospodarczej informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych wymagających ochrony decyduje ich treść, która w zależności od rodzaju, specyfiki postępowania, czy treści skierowanego do wykonawcy wezwania i udzielonego przez wykonawcę zakresu wyjaśnień, może być inna.

Na brak zindywidualizowania analizowanego dokumentu względem zakresu informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach poziomu ceny wskazuje także okoliczność, iż
w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum BBF nie odniosło się do załączników dołączonych do wyjaśnień poziomu ceny, które – w ocenie Wykonawcy – wymagały zachowania w poufności, w tym także w zakresie załączników uznanych przez Zamawiającego jako nieskutecznie zastrzeżone. Jedynie jako przykład Izba wskazuje na pierwotnie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa zaświadczenie o niezaleganiu
w opłacaniu składek, o którym nie ma choćby wzmianki w uzasadnieniu. Tożsama sytuacja ma miejsce w przypadku załącznika nr 8 do wyjaśnień poziomu ceny, w odniesieniu do którego Przystępujący nie przedstawił żadnej argumentacji uzasadniającej utrzymanie dokumentu w poufności. Nie jest Izbie wiadome, ponieważ nie wynika to
z uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jaki konkretnie zakres informacji Konsorcjum BBF zamierzało chronić obejmując załącznik nr 8 w całości tajemnicą. Pozostając w sferze przypuszczeń można jednak wskazać, że jeżeli przedmiotem ochrony Wykonawca zamierzał objąć kwoty wynikające z ww. dokumentu, to nic nie stało na przeszkodzie, aby Wykonawca zaciemnił dokument w tym zakresie, a następnie wykazał ziszczenie się przesłanek określonych art. 11 ust. 2 uznk w wymagającym ochrony poufności zakresie.

Analogicznie zdaniem Izby należy ocenić załącznik nr 3 do wyjaśnień ceny, który został utajniony w pełnym zakresie. Konsorcjum BBF w uzasadnieniu zastrzeżenia nie omówiło również tego dokumentu. Jakkolwiek Izba dostrzega, że załącznik nr 3 był ściśle związany z treścią samych wyjaśnień poziomu ceny, to jednak w uzasadnieniu zastrzeżenia Konsorcjum BBF próżno szukać argumentów dla pozostawienia niejawnym tego dokumentu. Nie zostało nawet wyjaśnione, czy załącznik nr 3 stanowiący wyciąg z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia został skutecznie utrzymany jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podobnie jak w przypadku załącznika nr 8 przypuszczać można, że Wykonawca zamierzał objąć ochroną wynagrodzenie personelu. Mógł zatem dochować należytej staranności i zastrzec (zaciemnić) wyłącznie te informacje, które faktycznie są dla niego wrażliwe, a następnie wykazać spełnienie przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 uznk. Z załącznikiem nr 3 do wyjaśnień ceny wiąże się również załącznik nr 4 i zawarte w nim wynagrodzenia personelu. Powyższy załącznik nie został również omówiony w treści samego uzasadnienia.

Zdaniem Izby podkreślenia wymaga, iż nieuzasadnione i sprzeczne z prawem jest akceptowanie działania wykonawcy, które polega na zastrzeganiu jako tajemnicy przedsiębiorstwa całych dokumentów, pomimo, że zawierają one również informacje, które
w sposób oczywisty nie są chronione tajemnicą przedsiębiorstwa. Innymi słowy, ochroną poufności co do zasady powinny być objęte poszczególne informacje czy też dane, co do których wykonawca winien następnie wykazać zasadność ich objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w świetle przesłanek wynikających z art. 11 ust. 2 uznk. Powyższy pogląd znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21. W wyroku tym Sąd pokreślił, iż takie działanie jest nie tylko sprzeczne
z przepisami ustawy Pzp, ale także utrudnia, jeśli w ogóle nie uniemożliwia, przyporządkowanie poszczególnych

argumentów odnoszących się do tajemnicy przedsiębiorstwa konkretnym informacjom zawartym w piśmie. Na powyższe reguły wskazał zresztą Zamawiający w piśmie z dnia 7 listopada 2023 r. zawiadamiającym o uchyleniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu informacji, w którym czytamy, że *„Praktyka zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści dokumentów, wyjaśnień rażąco niskiej ceny i załączników jest postrzegana jako negatywna.”.* Niezrozumiała jest
w ocenie Izby postawa Zamawiającego, który z jednej strony miał świadomość, iż objęcie przez Konsorcjum BBF tajemnicą przedsiębiorstwa całych wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami jest działaniem nieprawidłowym w kontekście zasady jawności postępowania, z drugiej jednak strony odstąpił od ujawnienia części złożonych dokumentów. Niewątpliwie w ocenie Izby działanie Przystępującego polegające na objęciu w całości tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami naruszało przepisy ustawy Pzp.
Kolejno Izba wskazuje, że Odwołujący 2 prawidłowo podniósł, że Przystępujący Konsorcjum BBF nie wykazał, iż zastrzeżone przez Wykonawcę informacje zawarte
w wyjaśnieniach poziomu ceny mają wartość gospodarczą. Wskazać należy, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej. Nie wystarcza więc stwierdzenie, że dana informacja ma charakter techniczny, technologiczny czy organizacyjny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Wskazać należy, iż wartość gospodarcza może wyrażać się w sposób pozytywny poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwałe zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa może znaleźć uchwytny wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść
w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem (tak KIO w wyroku z dnia5 maja 2015 r. sygn. akt: KIO 851/16).
Zdaniem Izby analiza uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum BBF w zakresie odnoszącym się do wartości gospodarczej informacji ma charakter gołosłownych zapewnień i ogólnych twierdzeń, podczas gdy obowiązkiem Przystępującego było omówić i wykazać, urealnić tę wartość w odniesieniu do każdej zastrzeganej informacji.
Konsorcjum BBF odnośnie przesłanki dotyczącej wartości gospodarczej
w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa wskazało, że zastrzeżone informacje dotyczą sposobu kalkulacji i budowania ceny oferty, a w tym między innymi: kosztów pracy, w tym stosowanych narzutów na pozapłacowe koszty pracy i współpracowników Wykonawcy oraz kosztów poszczególnych usług, w tym nabywanych od podmiotów trzecich m.in. koszty najmu, utrzymania biura, koszty środków transportu i koszty działań promocyjnych.
Uzasadniało, że informacje zawarte w wyjaśnieniach wraz z dowodami mają oczywistą wartość gospodarczą dla Wykonawcy, bowiem sposób kalkulacji ceny zapewnia wykonawcy optymalizację zysków, stanowi oczywiste know-how przedsiębiorcy, a ujawnienie tych informacji konkurentom mogłoby spowodować, iż uzyskaliby istotną przewagę nad Wykonawcą. Ponadto Przystępujący wskazał, że kalkulacja ceny ofertowej obrazuje sposób działania Wykonawcy, organizację pracy, a poznanie przez konkurentów tychże danych umożliwi zapoznanie się z polityk cenową w zakresie tego konkretnego zamówienia. Przystępujący wskazał także, iż *„nie można wykluczyć, że w toku niniejszego zamówienia nie uda się skutecznie zawrzeć umowy w sprawie zamówienia, a całe postępowanie będzie powtórzone. Wtedy to konkurenci mogliby wykorzystać te informacje niejako przeciwko wykonawcy”.* W ocenie Izby stanowisko Konsorcjum BBF było ogólnikowe i oparte na deklaracjach Wykonawcy. Konsorcjum BBF nie wyjaśniło szerzej w jaki sposób ujawnienie przyjętego przez Wykonawcę w tym postępowaniu sposobu kalkulacji ceny mogłoby wpłynąć niekorzystnie na jego sytuację na rynku. Nie omówiło, w jaki sposób zostanie zaburzona konkurencja na rynku, w przypadku ujawnienia zastrzeżonych w tym postępowaniu konkretnych informacji oraz danych, skoro inne podmioty zamawiające stawiają właściwe dla ich potrzeb wymogi zamówienia. Samo stwierdzenie, że ujawnienie wyjaśnień rażąco niskiej ceny wraz ze złożonymi dowodami może w przyszłości, np. w związku z unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia, niekorzystnie wpłynąć na działalność gospodarczą wykonawcy, nie jest w ocenie Izby, wystarczające dla wykazania przesłanki wartości gospodarczej. Dalej Konsorcjum BBF twierdziło, iż posiada wypracowany wzór, unikalną dla wykonawcy, kompleksową metodykę wyjaśnień. Powyższa okoliczność nie została również szerzej omówiona i wykazana. Przystępujący w tym zakresie powinien choćby odesłać do stosownego fragmentu wyjaśnień ceny oferty,

który potwierdziłby, że sposób kalkulacji ceny oferty z jakichś względów jest niespotykany i niedostępny innym wykonawcom, stanowiąc know-how Wykonawcy. Dostrzec również należy, iż co do zasady wykonawcy podobnie kalkulują przedmiot oferty opierając się na wytycznych Zamawiającego zawartych
w dokumentach zamówienia.
W punkcie D. uzasadnienia Konsorcjum BBF akcentowało wartość gospodarczą informacji zawartych w wyjaśnieniach dotyczących wynagrodzenia personelu oraz ofertach podwykonawców. W zakresie wynagrodzenia personelu Konsorcjum BBF wskazało na możliwość podkupowania pracowników Wykonawcy w przypadku ujawnienia stawek personelu, a ponadto akcentowało, że stawki personelu są niejednolite, a odtajnienie informacji wśród pracowników zaowocowałoby ich dążeniem do wyrównania zarobków
z najlepiej opłacanymi w danej branży. Wskazać należy, iż podnoszona przez Konsorcjum BBF teza o istnieniu praktyki przejmowania personelu przez konkurencję nie została jednak
w żaden sposób udowodniona. Jeżeli wykonawca Konsorcjum BBF wywodził podstawy do zastrzeżenia informacji w zakresie wynagrodzenia personelu, to nie powinien poprzestać na powołaniu się na tę okoliczność, lecz wykazać, że takie ryzyko faktycznie występuje. Nie przekonuje również argumentacja Przystępującego, który wartości gospodarczej informacji
w zakresie wynagrodzenia personelu upatrywał w niejednolitych stawkach personelu, których odtajnienie mogłoby wśród pracowników zaowocować ich dążeniem do wyrównania zarobków z najlepiej opłacanymi w danej branży. Przystępujący nie podał w tym zakresie jakiejkolwiek wartości.
Odnosząc się następnie do ofert podwykonawczych wskazać należy, iż spór w tym zakresie w istocie stał się bezprzedmiotowy jako, że Zamawiający odtajnił oferty podwykonawcze (załącznik nr 6 i 7 do wyjaśnień Konsorcjum BBF z dnia 31 lipca 2023 r.), co wynika z pisma z dnia 7 listopada 2023 r. i udostępnił je Odwołującemu 2.
W przedmiotowym piśmie Zamawiający podał, że*„Wskazane przez Wykonawcę oferty podwykonawcze (Załącznik nr 6 i 7 do wyjaśnień z dnia 31.07.2023 r.), stanowią oferty Podwykonawców nie zawierające w swej treści zastrzeżenia o ich poufnym charakterze. Wykonawca nie przedstawił dowodów, że posiada zawarte z tymi podwykonawcami umowy o zachowaniu poufności, a także nie przedstawił dowodów potwierdzających podejmowanie działań w celu utrzymania w poufności tych ofert przez samych Podwykonawców."*
W punkcie D. uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum BBF podało, że wyceniło tajemnicę przedsiębiorstwa, jaką stanowią informacje
w zastrzeżonych dokumentach na kwotę 15 000 000 zł, stanowiącą równowartość 3 – letnich spodziewanych zysków wykonawcy z tytułu realizacji zamówień o podobnym przedmiocie. Powyższe oświadczenie w ocenie Izby należy uznać za gołosłowne. Wykonawca nie wykazał w jaki sposób obliczył zakładane przez niego zyski. Na podstawie szczątkowego oświadczenia Wykonawcy trudno uznać, iż podana wartość gospodarcza na poziomie 15.000.000 zł ma charakter rzeczywisty. Ponadto, akcentowano już powyżej, że wartość ta powinna zostać omówiona i urealniona w odniesieniu do poszczególnej informacji objętej poufnością, a nie zbiorczo podana w odniesieniu do trudnego do weryfikacji zbioru wielu różnych informacji/danych wynikających z utajnionych w całości wyjaśnień ceny oraz załączników do nich.
Podsumowując Izba stwierdziła, że Przystępujący Konsorcjum BBF nie wykazał
w sposób przekonywujący i rzeczowy, że wyjaśnienia poziomu ceny z dnia 31 lipca 2023 r. wraz z załącznikami zawierają informacje posiadające wartość gospodarczą, oraz w czym ta wartość się wyraża i z czego wynika.
Odnosząc się na końcu do braku odtajnienia załącznika nr 1 do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Izba wskazuje, iż poza sporem między Stronami postępowania odwoławczego była kwestia podjętych przez Konsorcjum BBF środków mających na celu zachowanie zastrzeżonych informacji w poufności opisana w lit. C uzasadnienia. Odwołujący 2 nie twierdził, iż działania Przystępującego podjęte w celu zachowania poufności zastrzeżonych dokumentów były niewystarczające, czy też że nie zostały wykazane, mimo że na podstawie treści udostępnionego mu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz pisma Zamawiającego z dnia 7 listopada 2023 r. o uchyleniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnieniu informacji Konsorcjum BBF, winien mieć świadomość, że środki techniczne ochrony danych również zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu zastrzeżenia Konsorcjum BBF jednoznacznie wskazał, iż*„U Wykonawcy obowiązuje Polityka bezpieczeństwa, która ustanawia odpowiednie środki techniczne ochrony danych. Środki techniczne jakie wprowadza Wykonawca w celu ochrony danych poufnych, również zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. (…) Zbiory danych przetwarzane w Spółce zabezpiecza się poprzez [szczegółowe określenie w załączniku nr 1 do niniejszego pisma, załącznik ten objęty jest tajemnicą przedsiębiorstwa]".* Jednocześnie w przywołanym wyżej piśmie z dnia 7 listopada 2023 r. Zamawiający podał, że odtajnieniu podlega uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami nr 2 (z anonimizacją danych osobowych) i 3 do uzasadnienia (załącznik nr 9 do wyjaśnień z dnia 31.07.2023 r.). Z powyższego jasno z kolei wynika, iż załącznik nr 1 do uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa został uznany przez Zamawiającego jako skutecznie objęty tajemnicą przedsiębiorstwa. Wziąwszy pod uwagę ww. okoliczności, w tym zakres zarzutów

odwołania, Izba nie znalazła podstaw do nakazania Zamawiającemu odtajnienia omawianego załącznika, tj. załącznika nr 1 do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy Konsorcjum BBF.

Mając na względzie powyższe okoliczności Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym w tym ujawnienie złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia BBF Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz IDOM Inżynieria, Architektura i Doradztwo Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu dokumentów, tj. wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 27 lipca 2023 r. wraz z załącznikiem nr 3, 4 w zakresie wysokości wynagrodzenia oraz załącznikiem nr 8.

Bez rozpoznania Izba pozostawiła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum BBF, mimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący 2 sformułował ww. zarzut jako ewentualny na wypadek nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia zastrzeżonych przez Konsorcjum BBF jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień poziomu ceny. W ocenie Izbybrak udostępnienia przez instytucję zamawiającą Odwołującemu 2 zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ogranicza prawo do wniesienia odwołania, uniemożliwiając Odwołującemu 2 kontrolę legalności działania Zamawiającego i dokonanie kompleksowej oceny, czy postawienie zarzutu rażąco niskiej ceny względem oferty Przystępującego byłoby w ogóle uzasadnione. Kluczowe dla interesu Odwołującego 2 jest dokonanie przez Izbę weryfikacji, czy zaniechanie udostępnienia Odwołującemu 2 żądanych dokumentów było zgodne z ustawą Pzp. W przeciwnym razie należy bowiem uznać, iż prawo Odwołującego 2 doznało uszczerbku na skutek niezgodnych z ustawą Pzp działań Zamawiającego, co z kolei winno skutkować umożliwieniem Odwołującemu 2 wniesienia środka ochrony prawnej w oparciu o podstawy faktyczne, które ujawnią się po poznaniu bezprawnie utajnionych informacji.
W takiej sytuacji bieg terminu na wniesienia odwołania rozpoczyna się dopiero w dniu, w którym odwołujący uzyskał dostęp do wszystkich informacji, w odniesieniu do których niesłusznie zachowano poufność.
Potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego 2 jako zawierającej rażąco niską cenę.

Przywołując podstawy prawne zarzutu Izba wskazuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Stosownie do ust. 2 ww. przepisu, w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:
1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2 ) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:
1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
4) 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 (Dz.U. z 2020 r. ) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi

związane jest realizowane zamówienie;
5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym
w ust. 3 pkt 4 i 6 (art. 224 ust. 4 ustawy Pzp). W myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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 (art. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

W tym miejscu wymaga przypomnienia, iż 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 znacząco odbiegającą od cen przyjętych, 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. Nie ulega wątpliwości, iż 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. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należytą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami, przy czym wykonawcy mają swobodę w ich doborze.

Podkreślić przy tym należy, że składane przez wykonawcę wyjaśnienia ceny oferty należy oceniać przez pryzmat wezwania zamawiającego, które determinuje poziom szczegółowości wyjaśnień. Innymi słowy, to wezwanie skierowane do wykonawcy wyznacza granice oceny, czy wykonawca sprostał ciążącemu na nim obowiązkowi wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Nie jest zatem prawidłowe działanie zamawiającego polegające na skierowaniu do wykonawcy ogólnego wezwania do wyjaśnień poziomu ceny, a następnie odrzucenie oferty wykonawcy tylko z tej przyczyny, iż określony składnik cenotwórczy nie został przedstawiony w złożonych wyjaśnieniach bądź też został zaprezentowany w inny sposób niż oczekiwał zamawiający. Dostrzec należy, iż w przypadku procedury rażąco niskiej ceny co do zasady sposób przedstawienia wyjaśnień cenowych oraz założeń kalkulacyjnych pozostaje w gestii wykonawcy, przy czym stopień szczegółowości wyjaśnień determinowany jest właśnie wezwaniem zamawiającego. Przy ocenie wyjaśnień poziomu ceny zamawiający nie powinien tracić z oczu celu procedury wyjaśnień poziomu ceny, którym jest uzyskanie potwierdzenia realności zaoferowanej przez wykonawcę ceny.

Uwzględniając powyższe rozważania prawne na wstępie wskazać należy, iż
w rozpoznawanej sprawie cena oferty TPF była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, co skutkowało koniecznością wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jednocześnie cena oferty TPF była wyższa od średniej arytmetycznej cen złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie
art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp. Warto również zauważyć, iż oferta wykonawcy TPF
w kryterium cenowym plasowała się na 3 miejscu w rankingu ofert (a w wyniku odrzucenia oferty Konsorcjum Infra przesunęła się na miejsce 2), nie była zatem ofertą najtańszą
w przedmiotowym postępowaniu. Dalej stwierdzić należy, iż skierowane do Odwołującego 2 wezwanie z dnia 19 lipca 2023 r., wbrew stanowisku Zamawiającego, miało charakter ogólny i w zasadniczej mierze sprowadzało się do powielenia art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie wskazał żadnych szczegółowych pytań, czy też obszarów kalkulacji ceny, które budziły jego wątpliwości i wymagały wyjaśnień, w tym w zakresie kosztów pracy oraz kosztów prac, które Wykonawca zamierzał powierzyć do realizacji podwykonawcom,
w szczególności kosztów prac geodezyjnych. Wobec powyższego Odwołujący 2 uprawniony był do przedstawienia wyjaśnień poziomu ceny według przyjętej przez siebie metodyki kalkulacji. Wykonawca TPF w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił szczegółowe wyjaśnienia dotyczące elementów składowych ceny, jak również przedstawił

na ich poparcie stosowne dowody. Kalkulację ceny oferty obrazują przede wszystkim załączniki nr 1 i 2 do wyjaśnień zawierające poszczególne kwoty za realizację całej usługi w podziale dla fazy 1 i fazy 2 zamówienia.

Przechodząc następnie do analizy uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego 2 z dnia 17 listopada 2023 r. wskazać należy, że decyzja Zamawiającego była wadliwa. Zamawiający w ww. piśmie wskazał dwie kluczowe okoliczności faktyczne będące podstawą odrzucenia oferty Odwołującego 2 z uwagi na rażące zaniżenie ceny oferty. W rzeczonym piśmie Zamawiający po pierwsze akcentował, iż wykonawca TPF nienależycie wyjaśnił kwestię zgodności oferty z przepisami odnoszącymi się do kosztów pracy, prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, a po drugie, że wykonawca TPF nie przedstawił ofert podwykonawczych dla zakresu prac, które zamierzał zlecić do wykonania podwykonawcom (z wyjątkiem geologii i geotechniki), w szczególności nie przedstawił kalkulacji kosztów prac geodezyjnych, które Zamawiający uznawał za jeden
z kluczowych elementów cenotwórczych zamówienia.

Odnosząc się do kwestii kosztów pracy wskazać należy, iż Odwołujący 2
#x200ew wyjaśnieniach ceny oferty przedstawił szczegółowe kalkulacje dotyczące zespołu projektowego, obejmujące dla każdego projektanta wynagrodzenie miesięczne oraz zaangażowanie czasowe, co znajduje odzwierciedlenie w załączniku nr 1 do wyjaśnień. Koszty miesięczne personelu zaangażowanego w realizację inwestycji wskazane w kolumnie nr 3 załącznika nr 1 do wyjaśnień wynoszą od 10 000 do 22 000 zł netto, co znacząco przewyższa koszty wynikające z przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Jednocześnie na stronie 3 wyjaśnień Odwołujący 2 podał, że „W załączniku nr 1 przedstawiamy m.in. analizę zaangażowania personelu w odniesieniu do poszczególnych części zamówienia. Jest to analiza uśredniona, z racji iż jest to element który szczegółowo będzie dopracowywany w toku realizacji inwestycji (zwiększanie i zmieszanie intensywności personelu w danych etapach usługi). Przedmiotowe załączniki w postaci harmonogramów, umów oraz ofert stanowią jednocześnie potwierdzenie realności przyjętych kosztów, jak również stanowi odpowiedzi na wyszczególnione przez Zamawiającego pytania. Pragniemy również zauważyć, że stawki dla specjalistów znacząco przewyższają kwoty rynkowe, a więc nie można tu mówić o niezgodność z przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia. Przykładowe umowy z personelem stanowią załącznik nr 7. Przedmiotowe umowy prezentują poziom wynagrodzenia jaki otrzymują projektanci zatrudnieni u Wykonawcy oraz projektanci pełniący funkcję koordynacyjne w zakresach inwestycji. Poziom ten jest tożsamy dla wszystkich specjalności.” Do wyjaśnień Odwołujący 2 załączył załączniki nr 7 – 7c stanowiące umowy o pracę obrazujące poziom wynagrodzenia na stanowiskach projektanta drogowego, asystenta, projektanta mostowego oraz projektanta torowego/koordynatora branżowego.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba uznała, że dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień poziomu ceny złożonych przez TPF była nieprawidłowa. Nie przekonują argumenty Zamawiającego, jakoby wyjaśnienia Odwołującego 2 w zakresie kosztów wynagrodzenia personelu były niepełne, niepoparte dowodami, czy też uniemożliwiały Zamawiającemu weryfikację wyjaśnień w zakresie określonym art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp. Zamawiający w wezwaniu skierowanym do Odwołującego 2 poza przywołaniem art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp nie wskazał żadnych wytycznych co do zakresu informacji dotyczących kosztów pracowniczych, których przedstawienia oczekiwał. Nie podał także w piśmie z dnia 17 listopada 2023 r. żadnych argumentów dlaczego uważał, że złożone przez Odwołującego 2 wyjaśnienia dotyczące wynagrodzenia personelu,
w szczególności rozpisane w załączniku nr 1 oraz poparte przykładowymi umowami
z personelem są niewystarczające. Co szczególnie istotne, Zamawiający w decyzji
o odrzuceniu oferty Odwołującego 2 nie zakwestionował rynkowego i zgodnego z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę przyjętego przez TPF poziomu wynagrodzenia personelu wynikającego z wyjaśnień i złożonych dowodów.

Przechodząc kolejno do kwestii braku złożenia ofert podwykonawczych dla zakresu prac, które TPF zamierzał zlecić do wykonania podwykonawcom (z wyjątkiem geologii
i geotechniki), w szczególności kosztów prac geodezyjnych wskazać należy, iż mimo, że
w piśmie z dnia 17 listopada 2023 r. Zamawiający akcentował, że koszty prac geodezyjnych stanowią kluczowy element zamówienia, to nie dał termu wyrazu w treści wezwania z dnia 19 lipca 2023 r. skierowanego do wykonawcy TPF. W wezwaniu z dnia 31 lipca 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do *„wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.”* Zamawiający nie nałożył na Wykonawcę obowiązku przedstawienia szczegółowej kalkulacji w zakresie kosztów prac, które TPF zamierzał powierzyć do wykonania podwykonawcom, w tym dotyczących prac geodezyjnych, podobnie jak miało to miejsce w przypadku oferty Konsorcjum Infra wezwanego do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących deklarowanego zakresu podwykonawstwa. Powyższa okoliczność podważa rzetelność badania ofert złożonych w postępowaniu w kontekście zasady równego traktowania wykonawców.

Co do kwestii braku załączenia przez Odwołującego 2 oferty podwykonawczej

w zakresie prac geodezyjnych wskazać należy, iż co do zasady obowiązkiem wykonawcy, do którego skierowane zostało wezwanie w trybie art. 224 ustawy Pzp, jest złożenie stosownych dowodów wykazujących realność kalkulacji. Przepisy ustawy Pzp nie wskazują jednak katalogu dowodów, które powinien złożyć wykonawca, pozostawiając wykonawcom swobodę w ich dobrze. W sytuacji gdy wykonawca wskazuje w ofercie, iż część prac będzie realizował przy pomocy podwykonawców, najbardziej adekwatnym dowodem uwiarygadniającym przyjęte założenia cenotwórcze, byłaby oferta podwykonawcy. Niezłożenie jednak takiej oferty w ramach wyjaśnień poziomu ceny, nie stanowi automatycznie podstawy odrzucenia oferty. Nie można w ocenie Izby pomijać okoliczności faktycznych konkretnej sprawy oraz tracić z oczy celu procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny, której zadaniem jest przede wszystkim eliminacja z postępowania oferty stwarzającej realne zagrożenie dla należytego wykonania umowy o zamówienie publiczne z uwagi na rażące zaniżenie ceny.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy koszt prac geodezyjnych skalkulowany przez TPF nie został podważony przez Zamawiającego. W rozpoznawanej sprawie przyjęty przez TPF koszt w zakresie geodezji na poziomie 4 650 000 zł netto był wyższy niż w przypadku oferty Konsorcjum BBF (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa), Konsorcjum Infra (1 498 250 zł) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mosty Katowice Sp. z o.o. i Arcadis Sp. z o.o. (1 575 000 zł).

W końcu wskazać należy, iż twierdzenia Zamawiającego zawarte w punktach 73 - 75 oraz 80 - 81 odpowiedzi na odwołanie wykraczają poza uzasadnienie faktyczne decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 2, zatem nie mogły stanowić przedmiotu oceny Izby. Zamawiający w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty TPF nie wskazał na wątpliwości dotyczące zakresu podwykonawstwa oraz oferty Geostudio.

W świetle powyższych okoliczności Izba doszła do przekonania, że Zamawiający nie wykazał, iż wyjaśnienia złożone przez TPF są nierzetelne i nacechowane takim stopniem ogólności, że w istocie uzasadnione byłoby uznanie ich za niebyłe, co z kolei implikowałoby konieczność odrzucenia oferty Wykonawcy. Brak było zatem podstaw do uznania, iż oferta TPF winna zostać odrzucona na podstawie art.226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. Omówiony powyżej zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3536/23 Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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), zaliczając do kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego 1 wpis od odwołania.

Z kolei w sprawie o sygn. akt: KIO 3541/23 Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia, zaliczając do kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego 2 wpis od odwołania oraz zasądzając na jego rzecz kwotę 18 600 zł stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** ……..

**Członkowie:** ……..

……..