

Sygn. akt: KIO 1816/17

**WYROK**  
**z dnia 3 października 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Paweł Trojan</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Barbara Bettman</b>
	<b>Renata Tubisz</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Piotr Cegłowski</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 i 28 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **E. S.A., (...), P. E. Spółka z o.o., (...)** oraz **S. E. S.A., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **PGNiG Termika S.A., (...)** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa kotłowni szczytowej w EC Ż.” – (postępowanie znak 16DFZZ256)

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **P. B. K. P. S.A., (...), V. T. Spółka z o.o., (...)** oraz **E.(2) Spółka z o.o., (...)** zgłaszających przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

przy udziale wykonawcy **M. W. S.A., (...)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **E. S.A., (...), P. E. Spółka z o.o., (...)** oraz **S. E. S.A., (...)** i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **E. S.A., (...), P. E. Spółka z o.o., (...)** oraz **S. E. S.A.** tytułem wpisu od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

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

### **do wyroku z dnia 3 października 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1816/17**

Zamawiający – PGNiG Termika S.A., (...) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa kotłowni szczytowej w EC Ż.” – (postępowanie znak 16DFZZ256).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 05.11.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 214-390137.

W dniu 22.08.2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania.

I. Odwołujący odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 września 2017 r. zaskarżył czynność podjętą przez PGNiG Termika S.A, z siedzibą w Warszawie, polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. P. B. K. P. S.A. z siedzibą w L. (...), V. T. Sp. z o.o. z siedzibą w W. (...), E.(2) Sp. z o.o. z siedzibą w P. (adres: (...)) (dalej łącznie zwani „Konsorcjum P.”), a także zaniechanie ujawnienia i udostępnienia przez Zamawiającego 1) dokumentów i oświadczeń przedłożonych przez Konsorcjum P. dotyczących spełnienia warunków udziału w Postępowaniu dotyczących posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej, 2) korespondencji prowadzonej pomiędzy Konsorcjum P. a Zamawiającym, dotyczącej dokonania modyfikacji treści oferty tego wykonawcy w zakresie wskazanego w ofercie parametru zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne.

II. Opisanym powyżej czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z § 7 ust. 3 Rozporządzenia Dokumentowego poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu złożonej przez Konsorcjum P., podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że w stosunku do podmiotu trzeciego, na zasobach którego

polegał na potrzeby spełnienia warunków udziału w Postępowaniu - B. E. F. S.A. („Spółka Białoruska”) - nie zaistniała przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 21 PZP, ponieważ forma dokumentu przedłożonego przez Konsorcjum P. (tj. oświadczenie złożone przez p. J. S. N. w dniu 22 marca 2017 r. działającego w imieniu Spółki Białoruskiej) jest niezgodna z § 7 ust. 3 Rozporządzenia Dokumentowego, ponieważ wskazany dokument nie został przedłożony w formie oświadczenia złożonego przed notariuszem, a w formie oświadczenia, pod którym notariusz poświadczył jedynie autentyczność podpisu osoby składającej to oświadczenie a na obecnym etapie Postępowania nie istnieje już możliwość ponownego uzupełnienia tego dokumentu (dokument ten podlegał już bowiem uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 PZP);

2. art. 87 ust. 1 PZP oraz art. 87 ust. 2 PZP poprzez dokonanie nieuprawnionej modyfikacji treści oferty Konsorcjum P. w zakresie parametru dotyczącego zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne (z wartości 0,8 MW wskazanej w treści oferty Konsorcjum P. na 2,4 MW), podczas gdy Zamawiający nie miał prawa do tak daleko posuniętej ingerencji w treść oferty wykonawcy, a w szczególności nie było uprawnionym poprawienie wskazanej w ofercie wartości w sposób przyjęty przez Zamawiającego (co, w zasadzie, miało charakter niedozwolonych ustawą negocjacji z art. 87 ust. 1 PZP), w konsekwencji należałoby uznać, że Zamawiający w rzeczywistości naruszył także:

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu złożonej przez Konsorcjum P., podczas gdy oferta Konsorcjum P. podlega odrzuceniu w związku z tym, że została złożona przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu z Postępowania, ponieważ działając, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił on Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd w zakresie wartości parametru zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne, a powyższe miało istotny wpływ na uzyskaną liczbę punktów w przyjętych w Postępowaniu kryteriach oceny ofert.

Jednocześnie, Odwołujący zarzucił także Zamawiającemu naruszenie:

4. art. 96 ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 8 ust 1 do 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji<sup>2</sup> („UZNK”) poprzez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum P. odnoszących się do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu dotyczących posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Konsorcjum P. a Zamawiającym dotyczącej dokonania modyfikacji treści oferty tego wykonawcy w zakresie wskazanego w ofercie parametru zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne, podczas gdy wskazane dokumenty dotyczyły potwierdzenia spełnienia przez Konsorcjum P. warunków udziału w Postępowaniu lub zgodności treści oferty Konsorcjum P. z

wymaganiami SIWZ obowiązującej w Postępowaniu, a jednocześnie nie istnieją podstawy do zastrzeżenia informacji w nich zawartych jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

III. W związku z powyżej wskazanymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, innych dowodów, które zostały powołane w treści niniejszego odwołania, a także tych, które będą przedłożone na rozprawie,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 22 sierpnia 2017 r. polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu złożonej przez Konsorcjum P.,
4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum P. z Postępowania oraz odrzucenia oferty Konsorcjum P. jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,
5. nakazanie Zamawiającemu ujawnienie i udostępnienia dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum P. odnoszących się do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, a dotyczących posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Konsorcjum P. a Zamawiającym dotyczącej dokonania modyfikacji treści oferty tego wykonawcy w zakresie wskazanego w ofercie parametru zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne,
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Wymagania formalne odwołania

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem jest wyższa od kwot wskazanych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanego na podstawie dyspozycji art. 11 ust. 8 PZP, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania.

Zamawiający zawiadomił Odwołującego o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania (tj. o wyborze oferty Konsorcjum P. jako najkorzystniejszej w Postępowaniu) w dniu 22 sierpnia 2017 r.

W związku z powyższym niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1 PZP.

Jednocześnie Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 2 PZP wpis od odwołania w kwocie 20.000 złotych został uiszczony przed dniem wniesienia odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania.

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania

Zgodnie z art. 179 ust. 1 PZP Odwołujący wskazuje, iż zaskarżone czynności oraz zaniechania Zamawiającego naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a także że Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku wskazanych powyżej naruszeń przepisów PZP. Oferta Odwołującego została zaklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert ustalonymi w Postępowaniu przez Zamawiającego. W przypadku zarzutów odwołania mających na celu odrzucenie oferty Konsorcjum P. (zarzuty wskazane w punktach II.1-3 petitum niniejszego odwołania), zidentyfikowane przez Odwołującego nieprawidłowości w sposób oczywisty skutkują brakiem możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego i dopiero uwzględnienie jego zarzutów tę możliwość mu przywróci. W przypadku bowiem uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności wskazanych zarzutów odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący będzie mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie (jego oferta zgodnie z przyjętymi w Postępowaniu kryteriami oceny ofert powinna zostać uznana za najkorzystniejszą), co niewątpliwie jest zgodne z jego interesem.

W przypadku zaś zarzutu odwołania mającego na celu ujawnienie zastrzeżonych części oferty Konsorcjum P. (zarzut wskazany w punkcie II.4 petitum niniejszego odwołania), w razie jego uwzględnienia, Odwołujący będzie miał możliwość pełnej weryfikacji oferty złożonej przez konkurencyjnego wykonawcę. Na obecnym etapie Postępowania nie można bowiem wykluczyć, że oferta złożona przez Konsorcjum P., pomimo że została obecnie uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu, powinna w rzeczywistości zostać odrzucona. Niewątpliwie grozi to poniesieniem przez Odwołującego szkody. Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO, zgodnie z którym naruszenie zasady jawności postępowania, w tym prawa wglądu do pełnej treści oferty, powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia lub zagraża jego powstaniem (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 1 marca 2010 r., sygn. KIO/UZP 6/10). Powyższe dowodzi wykazania przez Odwołującego przesłanek z art. 179 ust. 1 PZP uprawniających do wniesienia odwołania.

## UZASADNIENIE

### 1. STAN FAKTYCZNY

1.1. Zamawiający wszczął Postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2016/S 214-390137 w dniu 5 listopada 2016 r.

1.2. Przedmiotem zamówienia, dla którego prowadzone jest Postępowanie, jest budowa kotłowni szczytowej w EC Ż. o mocy około 390 MWt wraz z jej powiązaniem do istniejącej lub przebudowanej infrastruktury EC Ż. Kotłownia składać się będzie z trzech kotłów wodnych usytuowanych w nowym budynku, w obudowie lekkiej.

1.3. Wśród kryteriów oceny ofert Zamawiający (zob. punkt 15 instrukcji dla wykonawców) oprócz wskaźnika dotyczącego oceny ekonomicznej oferty (85% punktów możliwych do zdobycia), ustanowił także m. in. parametr zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne (5% punktów możliwych do zdobycia).

1.4. O tym, że zadeklarowany przez wykonawców w ofercie parametr odnoszący się do zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne miał dla Zamawiającego istotne znaczenie, świadczy zapis projektu umowy udostępnionej wykonawcom w toku Postępowania, gdzie w punkcie 17.7.2.3 zapisano karę umowną, należną Zamawiającemu w przypadku nieosiągnięcia przez wykonawcę deklarowanego gwarantowanego zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne, w wysokości 5% wynagrodzenia wykonawcy netto. Na marginesie można wskazać, że w przypadku Konsorcjum P., ewentualna kara umowna z tytułu niedotrzymania wskazanego parametru wyniosłaby 5.279,695,31 PLN.

Dowód:           Ogłoszenie o zamówieniu (Załącznik nr 11 do niniejszego odwołania).  
                      instrukcja dla wykonawców (Załącznik nr 12 do niniejszego odwołania).  
                      Wzór umowy udostępniony wykonawcom w toku Postępowania (Załącznik nr 13 do niniejszego odwołania).

1.5. Ostatecznie termin składania ofert w Postępowaniu został wyznaczony na dzień 7 kwietnia 2017 r.

1.6. We wskazanym powyżej terminie, swoje oferty złożyło 8 wykonawców, w tym Odwołujący oraz Konsorcjum P..

1.7. Jednocześnie, w treści oferty Konsorcjum P. zadeklarowało, że zużycie energii elektrycznej na potrzeby własne będzie wynosiło 0,8 MW. Pozostali wykonawcy wskazali znacznie większe zużycie, tj. R. S.A. - 3,3 MW, Odwołujący - 2,9 MW, konsorcjum z liderem C. P. S.A. - 4,3 MW, konsorcjum z liderem E. Z. W. Sp. z o.o. 4,4 MW, M. W. S.A. - 2,8 MW, E.(3) S.A. - 2,1 MW oraz B. S.A. - 2,2 MW.

Dowód:           Informacja z otwarcia ofert z 10 kwietnia 2017 r. (Załącznik nr 14 do niniejszego odwołania).

1.8. Na potrzeby spełnienia warunków udziału w Postępowaniu Konsorcjum P. powołało się na udostępnione jej zasoby podmiotu trzeciego - Spółki Białoruskiej.

1.9. W dniu 20 czerwca 2017 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 1 PZP wezwał Konsorcjum P. do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w Postępowaniu i nie podlega wykluczeniu.

Dowód: Wezwanie Zamawiającego skierowane do Konsorcjum P. w dniu 20 czerwca 2017 r. (Załącznik nr 15 do niniejszego odwołania).

1.10. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum P. w dniu 27 czerwca przedłożyło wymagane dokumenty.

Dowód: Pismo przewodnie Konsorcjum P. z 27 czerwca 2017 r. (Załącznik nr 16 do niniejszego odwołania).

1.11. Jak się później jednak okazało, przedłożone przez Konsorcjum P. dokumenty były niekompletne. W związku z powyższym, w dniu 6 lipca 2017 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 PZP wezwał Konsorcjum P. do uzupełnienia informacji z właściwego rejestru albo oświadczenia, że wobec Spółki Białoruskiej nie orzeczono zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne. We wcześniej przedłożonych dokumentach znalazło się bowiem wyłącznie oświadczenie dotyczące prawa polskiego, tymczasem (jak wskazał Zamawiający) oświadczenie powinno dotyczyć karalności w państwie siedziby spółki.

Dowód: Wezwanie Zamawiającego skierowane do Konsorcjum P. w dniu 6 lipca 2017 r. (Załącznik nr 17 do niniejszego odwołania).

1.12. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 6 lipca 2017 r. Konsorcjum P. dokonało w dniu 27 lipca 2017 r. uzupełnienia dokumentów odnoszących się do Spółki Białoruskiej. Na potrzeby wykazania braku orzeczonego wobec tej spółki zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne przedłożono oświadczenie z 22 marca 2017 r. złożone przez p. J. S. N. działającego w imieniu Spółki Białoruskiej, z którego treści wynika; że wskazana osoba oświadczyła, że sąd nie orzekł wobec Spółki Białoruskiej zakazu udziału w postępowaniach o zamówienia publiczne. Pod pisemnym oświadczeniem tej osoby, notariusz białoruski - p. P. V. N. - poświadczył autentyczność podpisu p. N.

Dowód: Odpowiedź Konsorcjum P. z dnia 27 lipca 2017 r. (Załącznik nr 18 do niniejszego odwołania).

Oświadczenie przez p. J. S. N. działającego w imieniu Spółki Białoruskiej z 22 marca 2017 r. (Załącznik nr 19 do niniejszego odwołania).

1.13. W dniu 22 sierpnia 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu. Wybrana została oferta złożona przez Konsorcjum P., uzyskując w przyjętych



przez Zamawiającego kryteriach oceny ofert 91 punktów. Oferta Odwołującego została zaklasyfikowana na drugim miejscu, z wynikiem 86,70 punktów.

1.14. Jednocześnie z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wprost wynika, że zadeklarowany przez Konsorcjum P. w treści złożonej oferty (i podany w informacji z otwarcia ofert) parametr dotyczący zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne tj. 0,8 MW został zmieniony i w Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wskaźnik ten wynosił już 2,4 MW.

Dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 22 sierpnia 2017 r. (Załącznik nr 20 do niniejszego odwołania}.

1.15. W dniu 22 sierpnia 2017 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie wszelkiej korespondencji (wraz z załącznikami tj. dokumentami) prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum P. od chwili złożenia oferty.

Dowód: Wniosek Odwołującego o udostępnienie korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a Konsorcjum P. z 22 sierpnia 2017 r. (Załącznik nr 21 do niniejszego odwołania).

1.16. W dniu 23 sierpnia 2017 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu szereg dokumentów stanowiących wnioskowaną przez niego korespondencję. W przekazanych dokumentach brak jednak tych istotnych, odnoszących się do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, a dotyczących posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej. Brakuje również korespondencji prowadzonej pomiędzy Konsorcjum P. a Zamawiającym, dotyczącej dokonania modyfikacji treści oferty tego wykonawcy w zakresie wskazanego w ofercie parametru zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne.

## 2. UZASADNIENIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO NIEPRAWIDŁOWEJ FORMY DOKUMENTU POTWIERDZAJĄCEGO BRAK ZAISTNIENIA PRZESŁANEK WYKLUCZENIA

2.1. Istotą omawianego zarzutu jest kwestionowanie przez Odwołującego dokumentu przedłożonego przez Konsorcjum P., mającego wykazać brak orzeczonego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne w stosunku do Spółki Białoruskiej. Według Odwołującego dokument ten jest nieprawidłowy w zakresie jego formy z punktu widzenia § 7 ust. 3 Rozporządzenia Dokumentowego.

2.2. Wskazany przepis Rozporządzenia Dokumentowego wymaga bowiem, aby w sytuacji kiedy w danym kraju nie wydaje się urzędowych zaświadczeń, można było takie zaświadczenie zastąpić oświadczeniem własnym wykonawcy złożonym przed notariuszem. Przepis ten stanowi implementację do polskiego prawa artykułu 60 ust. 2 Dyrektywy

2014/24/UE (który znajduje zastosowanie także do Postępowania z uwagi na odpowiednie odesłanie zawarte w art. 80 ust. 3 Dyrektywy 2014/25/UE ), zgodnie z którym, jeżeli państwo trzecie (inne niż państwo członkowskie Unii Europejskiej) nie wydaje zaświadczeń potwierdzających brak zaistnienia przesłanek do wykluczenia, można je zastąpić oświadczeniem złożonym pod przysięgą lub w państwach trzecich nieposiadających przepisów o oświadczeniach pod przysięgą, uroczystym oświadczeniem złożonym przez zainteresowaną osobę przed właściwym organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, albo właściwym organem zawodowym lub branżowym w państwie członkowskim lub w państwie pochodzenia wykonawcy lub w państwie, w którym ma on siedzibę.

2.3. Jednocześnie należy wyraźnie podkreślić, że zarówno w świetle przepisów Rozporządzenia Dokumentowego jak i w świetle przywołanego przepisu Dyrektywy 2014/24/UE czymś zupełnie innym niż oświadczenie złożone przed notariuszem jest oświadczenie, pod którym notariusz poświadcza jedynie podpis danej osoby.

2.4. Należy bowiem wyraźnie podkreślić, że zasadniczym elementem odróżniającym czynność zwykłego poświadczenia podpisu od czynności złożenia oświadczenia przed notariuszem (niezależnie od porządku prawnego) jest element zapoznania się przez notariusza z treścią składanego oświadczenia. Warto w tym miejscu przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 21 maja 2012 r. (sygn. KIO 873/12; KIO 884/12; KIO 885/12; KIO 886/12), w którym Izba słusznie zwróciła uwagę, że kluczową kwestią przy ocenie tego czy dane oświadczenie jest złożone przed notariuszem (czy też stanowi jedynie poświadczenie podpisu) jest właśnie okoliczność faktycznego zapoznania się przez notariusza z merytoryczną zawartością oświadczenia.

2.5. Tymczasem jednak w zaistniałym w sprawie faktycznym, oświadczenie złożone przez p. J. S. N. działającego w imieniu Spółki Białoruskiej z 22 marca 2017 r. nie stanowi oświadczenia złożonego przed notariuszem (o którym mówi § 7 ust. 3 Rozporządzenia Dokumentowego), a jedynie oświadczenie z podpisem notarialnie poświadczonym. Analizując treść przedłożonego dokumentu należy uznać, że notariusz - p. P. V. N. - jedynie poświadczył autentyczność podpisu p. J. S. N., a już na pewno w żaden sposób nie potwierdził faktu zapoznania się z treścią składanego oświadczenia oraz jego prawdziwością.

2.6. Potwierdzeniem powyższe jest literalna treść tego dokumentu, w której zawarte zostały następujące stwierdzenia: „oświadczając zgodność podpisu złożonego na dokumencie, notariusz nie bierze odpowiedzialności za przedstawioną informację, treści i nie odpowiada za następstwa po składaniu dokumentu” (...) Ja, P. V. N., notariusz Brzeskiego Notarialnego Okręgu Republiki Białoruś (...) poświadczam autentyczność podpisu Prezesa Zarządu Spółki Akcyjnej „B. E. F.” J. S. N. złożonego w mojej obecności na tym dokumencie (...).”

2.7. W świetle powyższego, poświadczenie podpisu osoby podpisującej wskazane oświadczenie nie może być uznane za równoznaczne ze złożeniem oświadczenia przed notariuszem.

2.8. Oczywiście, jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 4 września 2009 r., sygn. KIO/UZP 1082/09, K10/UZP 1095/09, KIO/UZP 1112/09), nikt nie oczekuje, aby notariusze państw obcych dokonywali stricte czynności w rozumieniu polskiej ustawy Prawo o notariacie. Jednocześnie jednak nic nie stoi na przeszkodzie, aby np. notariusz zagraniczny poświadczył i oddał fakt swojego przyjęcia i zapoznania się z oświadczeniem złożonymi przed nim przez określoną osobę, a nie tylko potwierdził autentyczność podpisu pod oświadczeniem.

2.9. Także w tym zakresie można zarzucić Zamawiającemu zaniechanie dołożenia należytej staranności przy weryfikacji dokumentów dotyczących Spółki Białoruskiej - w tym konkretnym przypadku brak weryfikacji formy przedłożonego dokumentu. Należy bowiem wyraźnie podkreślić, że badanie oświadczeń i dokumentów przez Zamawiającego nie ogranicza się przy tym do zawartych w nich treści, ale obejmuje również formę, w jakiej zostały one złożone (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 czerwca 2010 r., sygn. KIO/UZP 938/10, KIO/UZP 997/10, KIO/UZP 1035/10).

2.10. Niedopełnienie obowiązku przedłożenia dokumentu w wymaganej przepisami Rozporządzenia Dokumentowego formie ma identyczne skutki jak brak przedłożenia jakiegokolwiek dokumentu. Biorąc zaś pod uwagę fakt że Konsorcjum P. było już wzywane do uzupełnienia (w trybie art. 26 ust. 3 PZP) dokumentu wykazującego brak orzeczonego zakazu ubiegania się o zamówienia w stosunku do Spółki Białoruskiej, nie istnieje już obecnie możliwość ponownego wezwania tego wykonawcy do przedłożenia prawidłowego dokumentu (w tym przypadku: dokumentu w prawidłowej formie oświadczenia złożonego przed notariuszem).

2.11. W związku z powyższym, Konsorcjum P. podlega wykluczeniu z uwagi na niewykazanie braku zaistnienia przesłanek do wykluczenia.

### 3. UZASADNIENIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO NIEUPRAWNIONEJ INGERENCJI ZAMAWIAJĄCEGO W TREŚĆ OFERTY KONSORCJUM P.

3.1. Zanim Odwołujący odniesie się w sposób konkretny do uzasadnienia przedmiotowego zarzutu, warto jednak w sposób skrótowy przywołać znajdujący zastosowanie stan prawny.

3.2. W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że regułą generalną w przepisach PZP jest, że oferta, której treść nie odpowiada treści SIWZ, podlega odrzuceniu. Sytuacje wskazane w art. 87 ust. 2 PZP, w których zamawiający ma prawo w pewnym stopniu ingerować w treść złożonej oferty stanowią zaś wyjątki od tej zasady, a co za tym idzie, muszą być one interpretowane ściśle, a nie rozszerzająco (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25

października 2010 r., sygn. KIO 2243/10). Przyjęcie bowiem przeciwnej wykładni oznaczałoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Per analogiam, można odwołać się w tym zakresie także do wyroku wydanego w dniu 4 maja 2017 r. przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-387/14 - Esaprojekt, w którym Trybunał jasno przesądził, że zmiany oferty złożonej przez wykonawców powinny mieć charakter wyjątkowy .

3.3. Ewentualne zmiany do treści przedłożonej oferty można zatem wprowadzać wyjątkowo z uwzględnieniem art. 87 ust 2 PZP, który przewiduje trzy możliwości dokonania takiej modyfikacji. Każda z nich zostanie omówiona w kolejnych punktach treści niniejszego uzasadnienia wraz z wykazaniem, że żadna z nich nie mogła znaleźć zastosowania do poprawienia parametru wskazanego w treści oferty Konsorcjum P..

3.4. Pierwsza z omawianych możliwości poprawienia oferty wykonawcy wynika z art 87 ust. 2 pkt 1 PZP. Przepis ten mówi o możliwości poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej. Z uwagi na oczywisty charakter omyłek możliwych do poprawienia w tym trybie, muszą one być widoczne „na pierwszy rzut oka”, bez konieczności dokonywania jakichkolwiek dodatkowych ustaleń (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 maja 2014 r., sygn. KIO 841/14). Z oczywistych zatem powodów, omawiany mechanizm nie może znaleźć zastosowania do parametru wskazanego w ofercie Konsorcjum P..

3.5. Druga z możliwości poprawienia oferty wykonawcy wynika z art. 87 ust 2 pkt 2 PZP i dotyczy poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych. Także tego typu omyłki muszą być łatwo zauważalne („oczywisty” charakter) a w dodatku powinny być one związane z błędną operacją rachunkową na liczbach. Co więcej, to, że omyłka nastąpiła skutkiem błędnego działania arytmetycznego jest niewystarczające, gdyż popełniony błąd rachunkowy, aby był możliwy do poprawy w omawianym trybie, powinien być ewidentny, możliwy do stwierdzenia na pierwszy rzut oka i łatwy do ustalenia dla każdego (por. wyrok Krajowej izby Odwoławczej z 7 września 2016 r., sygn. KIO 1578/16). Tym samym, także w tym przypadku nie istnieje podstawa do zastosowania tego trybu do poprawy parametru dotyczącego zużycia energii elektrycznej wskazanego w ofercie P..

3.6. Zostaje zatem jedynie trzecia możliwość dokonania korekty w ofercie, przewidziana w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Przepis ten mówi o możliwości poprawienia niezgodności treści oferty z SIWZ, która to poprawa nie będzie powodowała istotnych zmian w treści oferty. Przepis ten także nie będzie mógł znaleźć zastosowania do ewentualnej poprawy oferty Konsorcjum P., co najmniej z kilku powodów:

3.6.1. Po pierwsze, należy uznać, że nieprawidłowo podany przez Konsorcjum P. parametr dotyczący zużycia energii elektrycznej w ogóle nie stanowił niezgodności z SIWZ. W tym sensie, przepisy SIWZ wymagały od wykonawców padania tego parametru, co Konsorcjum P. uczyniło. Podanie wskazanego parametru na nierealnym poziomie nie stanowiło jednak

niezgodności z SIWZ ponieważ żaden zapis specyfikacji nie zabraniał wykonawcom podania tego parametru nawet na poziomie zerowym.

3.6.2 Po drugie, nawet jeżeli by przyjąć, że doszło do niezgodności treści oferty Konsorcjum P. z wymaganiami SIWZ (co dopiero mogłoby skutkować zaistnieniem możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP), to i tak na potrzeby powyższego konieczne byłoby spełnienie jeszcze dwóch dodatkowych przesłanek: (i) Zamawiający musiałby być w stanie samodzielnie (bez udziału Konsorcjum P., na podstawie całej treści przedłożonej oferty) poprawić omyłkę i musiałby istnieć tylko jeden możliwy sposób poprawy tej omyłki oraz (ii) poprawienie omyłki nie może prowadzić do istotnych zmian w treści oferty. O ile druga ze wskazanych powyżej okoliczności wynika wprost z literalnego brzmienia art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, o tyle w stwierdzeniu pierwszej z nich konieczne jest odwołanie się do treści innych przepisów PZP, w tym w szczególności do art. 89 ust. 1 pkt 7 PZP, a także do ugruntowanego orzecznictwa Krajowej izby Odwoławczej, Zgodnie bowiem z przywołanym przepisem, zamawiający poprawia omyłki w ofercie wykonawcy we własnym zakresie, a następnie jedynie zawiadamia wykonawcę o tym fakcie. Wówczas wykonawca może jedynie następnie wyrazić zgodę na poprawkę dokonaną przez zamawiającego. W każdym innym przypadku, jego oferta zostanie odrzucona. Innymi słowy, wykonawca nie ma żadnej możliwości by w jakikolwiek sposób sugerować zamawiającemu sposób poprawienia omyłki w jego ofercie - jego wybór ogranicza się jedynie do wyrażenia zgody na już dokonaną przez zamawiającego poprawkę. W związku z powyższym nie ulega wątpliwości, że można poprawić omyłkę w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP tylko kiedy istnieje wyłącznie jeden sposób poprawienia niezgodności oferty z SIWZ.

Zważywszy że Konsorcjum P. wskazało w swojej ofercie zużycie energii elektrycznej na potrzeby własne na poziomie 0,8 MW, co było poziomem nierealnym, można by ten parametr poprawić w zasadzie na dowolną wartość (przy zapewnieniu jej realności). Powyższe jest tym bardziej uzasadnione, że w żadnym innym miejscu oferty Konsorcjum P. nie został wskazany ponownie ten parametr, co mogłoby dawać podstawę dla stwierdzenia wewnętrznej sprzeczności oferty i dalszy asumpt do ewentualnego ustalenia rzeczywistej woli Konsorcjum P. w przedmiocie tego parametru. Co więcej, inne aspekty techniczne wynikające z wymagań stawianych przez Zamawiającego (o czym będzie mowa w dalszej części niniejszego pisma) tym bardziej wskazują na to, że parametr dotyczący zużycia energii elektrycznej (na poziomie 0,8 MW) jest nierealny. Wprawdzie uwzględniając inne parametry techniczne, wymagane przez Zamawiającego do przedstawienia w ofercie, można znacząco zbliżyć się do realnej wartości parametru zużycia energii elektrycznej Konsorcjum P. to i tak mając tak dużą granicę swobody, nigdy nie będzie można jednoznacznie tego parametru ustalić. Już samo to przesądza o niemożności zastosowania przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP.

3.6.3. Po trzecie i niezależnie od powyższego należy wskazać, że nawet gdyby uznać, iż Zamawiający był w stanie samodzielnie poprawić nieprawidłowo podany przez Konsorcjum P. parametr, z czym Odwołujący stanowczo się nie zgadza, to i tak nie byłby on uprawniony do podjęcia takiego działania z uwagi na okoliczność, iż spowodowałoby ono istotną zmianę w treści oferty Konsorcjum P.

Zamawiający bardzo precyzyjnie określił bowiem we wzorze umowy okoliczności związane z deklaracją wykonawcy w powyższym zakresie. Po pierwsze, parametr ten był brany pod uwagę przy ocenie ofert. Po drugie, deklaracja wykonawcy w powyższym zakresie była wiążąca na etapie realizacji umowy i w razie niedotrzymania gwarantowanego parametru skutkowałą naliczeniem wykonawcy kary umownej w wysokości 5% wynagrodzenia wykonawcy netto. Tym samym należy przyjąć, że deklaracja wykonawcy w zakresie parametru zużycia energii elektrycznej miała dla Zamawiającego kluczowe znaczenie (wykładnia autentyczna postanowień SIWZ).

3.6.4. Warto też wskazać, że postanowienia SIWZ (zarówno dotyczące kryteriów oceny ofert, jak i w zakresie kary umownej za niedotrzymanie gwarantowanego parametru) były znane wszystkim wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu. Wszelkie zatem odstępstwa w tym zakresie, których Zamawiający dopuścił się dopiero po złożeniu oferty przez Konsorcjum P., są równoznaczne z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uchybieniem zasadzie uczciwej konkurencji. Stawiałyby bowiem na tej samej pozycji wykonawcę, który rzetelnie zapoznał się z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ (czyli wszystkich wykonawców biorących udział w Postępowaniu poza Konsorcjum P.) oraz takiego wykonawcę (w zaistniałym w Postępowaniu wyłącznie Konsorcjum P.), który uchybił należytej staranności przedkładając ofertę z nieprawidłowo wskazanym parametrem, licząc na to, że będzie mógł dokonać jego poprawy (po zapoznaniu się z deklaracjami Innych wykonawców biorących udział w Postępowaniu).

3.7. Ponadto, nie ulega wątpliwości, że Zamawiający nie był (ani nie może być obecnie) uprawniony do wezwania Konsorcjum P. do wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty. Skorzystanie z trybu określonego w art. 87 ust. 1 PZP i uzyskanie od wykonawcy wyjaśnień co do złożonej przez niego oferty może mieć bowiem miejsce jedynie wówczas, kiedy treść oferty nie jest jednoznaczna. Taka sytuacja nie miała miejsca w Postępowaniu w odniesieniu do oferty Konsorcjum P. Nie zaistniała bowiem jakakolwiek wątpliwość u Zamawiającego odnośnie (i) treści oświadczenia złożonego przez Konsorcjum P. oraz (ii) treści wymagań Zamawiającego wyartykułowanych w SIWZ.

3.8 Przyjęcie przeciwnego wniosku oznaczałoby naruszenie zakazu prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty, ustanowionego w art. 87 ust. 1 PZP. Skoro bowiem, jak zostało wykazane powyżej, Konsorcjum P. dysponowało nieograniczoną wręcz liczbą możliwości poprawy omyłki w treści oferty, to wezwanie go do wyjaśnień treści oferty

prowadziłoby nie do odtworzenia jego pierwotnego oświadczenia, lecz do wytworzenia całkowicie nowej deklaracji. Ponadto, biorąc pod uwagę, że Konsorcjum P. mogło swobodnie modyfikować wartość dla wskazanego parametru, nietrudno wyobrazić sobie, iż chciałoby doprowadzić np. do zminimalizowania ryzyka wystąpienia kary umownej z tytułu jego niedotrzymania, a jednocześnie ustalenia go <na takim poziomie, aby nie stracić zbyt dużo punktów (w ramach tego kryterium) w stosunku do konkurencji.

3.9 W świetle powyższego, jeżeli Konsorcjum P. zadeklarowało zużycie energii elektrycznej na potrzeby własne na poziomie 0,8 MW, to Zamawiający nie mógł w żaden sposób dokonać poprawy tego parametru

w oparciu o którykolwiek z mechanizmów zawartych w art. 87 ust. 2 PZP, a w szczególności nie był uprawniony w tym zakresie, aby wystąpić o dodatkowe wyjaśnienia od Konsorcjum P. na podstawie art. 87 ust. 1 PZP.

3.10 Tym samym dokonanie poprawy treści oferty Konsorcjum P. w zakresie wskazanego parametru zużycia energii elektrycznej z 0,8 MW na 2,4 MW było niezgodne z przepisami PZP i jako takie pozostaje nieważne, a dokonana ingerencja Zamawiającego w treść oferty Konsorcjum P. nie powinna odnieść jakichkolwiek skutków prawnych.

#### 4. UZASADNIENIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO WPROWADZENIA PRZEZ KONSORCJUM P. ZAMAWIAJĄCEGO W BŁĄD W ZAKRESIE PODANEGO W OFERCIE PARAMETRU

4.1. W związku z tym, że Zamawiający nie był uprawniony aby w świetle przepisów PZP dokonać poprawy treści oferty Konsorcjum P. w zakresie zadeklarowanego parametru dotyczącego zużycia energii elektrycznej, należy przyjąć, że parametr ten cały czas jest wiążący dla tego wykonawcy na poziomie 0,8 MW.

4.2. Konsekwentnie należy uznać, że zarówno na dzień dzisiejszy, jak i na dzień złożenia oferty w Postępowaniu, Konsorcjum P. zadeklarowało świadczenie (tj. zużycie energii elektrycznej na potrzeby własne na poziomie 0,8 MW), które z technicznego punktu widzenia jest niemożliwe do spełnienia. Co więcej, powyższe potwierdza także bierna postawa Konsorcjum P. odnośnie poprawienia przez Zamawiającego tego parametru z zadeklarowanego przez wykonawcę poziomu 0,8 MW do poziomu 2,4 MW. Niezależnie jednak od powyższego, Odwołujący poniżej przedstawia argumentację o charakterze technicznym potwierdzającą, że zużycie energii elektrycznej na poziomie 0,8 MW jest niemożliwe do spełnienia.

4.3 Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, przedstawionymi w Załączniku nr 2.2 do SIWZ (Wymagania techniczne dla Przedmiotu Umowy w zakresie branży technologicznej), tabela 2.1.1.1 (str. 7 wskazanego załącznika) podstawowe dane techniczne (projektowe) KG są następujące:

Dowód: Załącznik nr2.2 do SIWZ (Załącznik nr 22 do niniejszego odwołania).

4.4 Dokonując niezbędnych obliczeń na potrzeby wykazania zasadności argumentacji Odwołującego należy także zwrócić uwagę na wyjaśnienia do treści 51WZ udzielone przez Zamawiającego 1 lutego 2017 r. oraz 24 marca 2017 r.

4.5 W odpowiedzi na pytanie nr 174 z 1 lutego 2017 r. Zamawiający wskazał, że „będzie brał pod uwagę zapotrzebowanie energii elektrycznej na potrzeby własne całej kotłowni przy pracujących trzech kotłach/ wszystkich urządzeniach pomocniczych w tym wentylacji, klimatyzacji, oświetlenia itd. przewidzianych do pracy ciągłej.”.

4.6 Natomiast w odpowiedzi na pytanie nr 538 z 24 marca 2017 r. Zamawiający poinformował, że „w formularzu oferty oczekuje podania maksymalnej wartości zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne całej kotłowni przy pracujących z mocą nominalną trzech zespołach kotłowych wraz z wszystkimi urządzeniami pomocniczymi zgodnie z udzieloną odpowiedzią nr 174”.

4.7 W celu zachowania lepszej czytelności prezentowanej argumentacji należy też wskazać, że w świetle powyższych wymagań Zamawiającego zużycie energii elektrycznej w instalacjach takich, jakie są przedmiotem zamówienia, jest wynikiem jej zapotrzebowania głównie w następujących obszarach:

- Po pierwsze, energia elektryczna jest potrzebna dla pracy pomp wody sieciowej mających za zadanie pokonanie oporów przepływu przez nowoprojektowane kotły wraz z przynależnym wyposażeniem technologicznym oraz przez nowoprojektowane rurociągi wraz z armaturą, doprowadzające i wyprowadzające wodę sieciową dla kotłów.
- Po drugie, energia elektryczna jest potrzebna dla pracy wentylatorów dostarczających powietrze do spalania, mających za zadanie pokonanie oporów przepływu po stronie gazowej kotłów.
- Po trzecie, energia elektryczna jest niezbędna na potrzeby pracy wentylatorów spalin (jeżeli są one stosowane przez Wykonawcę w dostarczanej technologii).
- Po czwarte, energia elektryczna jest niezbędna na potrzeby pracy urządzeń instalacji 5NCR oraz wszelkich innych urządzeń technologicznych i nietechnologicznych, przewidzianych do pracy ciągłej całej KG.

Powyższą zależność ilustruje poniżej wskazana grafika:

CAŁKOWITE ZUŻYCIE ENERGII ELEKTRYCZNEJ W  
INSTALACJI BĘDĄCEJ PRZEDMIOTEM  
ZAMÓWIENIA:

Wentylatory  
powietrza do



spalania

45%

4.8 O ile zapotrzebowanie energii elektrycznej w przypadku wymagań instalacji SNCR oraz pozostałych urządzeń technologicznych I nie technologicznych (fioletowy obszar na grafice powyżej) można jedynie szacować (w tym przypadku chodzi o rząd wielkości 10% całkowitego zapotrzebowania na energię elektryczną), tak w przypadku energii elektrycznej niezbędnej (w sensie minimalnego Jej poziomu) dla prawidłowej pracy pomp wody sieciowej (obszar niebieski) oraz wentylatorów powietrza do spalania (obszar czerwony), możliwe jest jej obliczenie.

4.9 Obliczenia, o których mowa powyżej, w przypadku pomp wody sieciowej bazują na wartości:

4.9.1 przepływu, zgodnie z danymi przedstawionymi przez Zamawiającego w SIWZ oraz w załączniku nr 6 do odpowiedzi na pytanie 153 - Tabela 2.4.1 Wartości Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy B,

4.9.2 oporów przepływu wody sieciowej przez nowoprojektowane kotły wraz z przynależnym wyposażeniem technologicznym oraz przez nowoprojektowane rurociągi wraz z armaturą, doprowadzające i wyprowadzające wodę sieciową dla kotłów.

Z uwagi na brak precyzyjnych danych, dotyczących stosowanych przez Konsorcjum P. rozwiązań technologicznych, w obliczeniach została uwzględniona wartość oporów przepływu traktująca na korzyść Konsorcjum P., gdyż jej wysokość opiera się o poziom oporów przepływu wyłącznie przez sam kocioł (bez uwzględniania innych generujących opory elementów instalacji jak np. rurociągi, armatura).

Mając na uwadze wszelkie parametry techniczne stawiane przez Zamawiającego dla nowoprojektowanej KG, należy przyjąć, iż opory przepływu wody sieciowej przez kocioł będą zbliżone dla każdego dostawcy, także do obliczeń przyjmuje się wartość 0,25 MPa.

4.9.3 realnych sprawności pomp wody sieciowej oraz silników elektrycznych.

W ten sposób można obliczyć minimalne możliwe zużycie energii elektrycznej pobieranej przez pompy w powyższym zakresie.

Obliczenia przedstawiają się następująco (podczas obliczeń została uwzględniona praca pomp wody sieciowej w układzie 2x50%):

gdzie:

$P_w$  - moc na wale [kW]

$P_5$  - moc silnika elektrycznego (w punkcie pracy) [kW]

$A$  - wydajność pompy (w punkcie pracy) [m<sup>3</sup>/s]

$H$  - wysokość podnoszenia (w punkcie pracy) [m]

$G$  - przyspieszenie ziemskie [m/s<sup>2</sup>]

P - gęstość wody (w punkcie pracy - dla omawianego przypadku [kg/m<sup>3</sup>]  
przyjmuje się w odniesieniu do temperatury wody wynoszącej średnio 100°C)

H - sprawność pompy 0,417m<sup>3</sup>/s

H silnika - sprawność silnika elektrycznego = 126,08 kW

Ilość pomp dla jednego zespołu kotłowego - 2 szt.

Ilość pomp będących w ruchu podczas normalnej pracy KG - 6 szt.

P pomp wody sieciowej — 6 \* 126,08 — 756,48 kW

4.10 Zgodnie z treścią formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ) zużycie energii elektrycznej na potrzeby własne będzie gwarantowane przez Wykonawcę w MW, z dokładnością do jednego miejsca ipo przecinku.

4.11 Prowadzenie dalszych obliczeń przestaje być uzasadnione, gdyż już teraz, przy uwzględnieniu wyłącznie energii elektrycznej dla zasilania pomp wody sieciowej, wyniki obliczeń wskazują na zdecydowane zaniżenie wartości zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne kotłowni, zagwarantowanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym w wysokości 0,8 MW.

Maksymalną, możliwą dla zadeklarowania wartości 0,8MW w Świetle wymagań Zamawiającego, mocą obliczeniową Wykonawcy jest moc o wartości 849 kW.

849

$P_{vw} = 849 \text{ kW} = \text{rrrr pw } 1000$

po zaokrągleniu do jednego miejsca po przecinku:

$P_{pw} = 0,8 \text{ MW}$

Z bilansu wynika, iż Wykonawcy dla zasilania wszelkich pozostałych odbiorów pozostaje:

$P_{do \text{ dyspozycji}} = 849 - 756,48 = 92,52 \text{ kW}$

gdzie mając na uwadze świadome zaniżenie wartości oporów przepływu wody sieciowej oraz szacunkowe zestawienie udziałowe zapotrzebowania na moc elektryczną poszczególnych głównych obszarów (zobrazowane powyższą grafiką), bez wątplenia jest niemożliwe do zrealizowania.

4.12 W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że podanie przez Konsorcjum P. znacznie zaniżonej wartości co do zużycia energii elektrycznej wprowadziło Zamawiającego w błąd co do realności takiej deklaracji, a powyższe miało oczywisty wpływ na liczbę przyznanych punktów w procesie badania oceny ofert, ponieważ parametr ten był uwzględniony w ramach tej czynności.

4.13 Istota przedmiotowego zarzutu Odwołującego sprowadza się zatem do twierdzenia, że Konsorcjum P. w swojej ofercie wprowadziło Zamawiającego w błąd w zakresie parametru technicznego odnoszącego się do zużycia energii elektrycznej przez oferowaną Zamawiającemu instalację.

4.14 W tym miejscu należy wyraźnie podkreślić, że zakres znaczeniowy określenia „informacja wprowadzająca w błąd” (którym posługuje się art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, czyli przepis prawa w oparciu o który Odwołujący formułuje swój zarzut) jest znacznie szerszy niż „informacja nieprawdziwa” (którym posługiwał się chociażby art. 24 ust. 2 pkt 3 PZP w brzmieniu sprzed nowelizacji z 28 lipca 2016 r.).

4.15 W ustawie PZP brak jest jednak zarówno definicji „informacji nieprawdziwej”, jak i „informacji wprowadzającej w błąd”

4.16 W przypadku „Informacji nieprawdziwej” należy przyjąć (za wyrokiem KIO z 28 czerwca 2012 r., sygn. KIO 1257/12, KIO 1262/12), że chodzi o informacje niezgodne ze stanem rzeczywistym. Jak słusznie wskazała KIO w jeszcze innym wyroku z dnia 19 listopada 2013 r. (sygn. KIO 2575/13), stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że Informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności czy wywołanie pewnych wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość.

4.17 W przypadku zaś „informacji wprowadzającej w błąd”, wobec braku szerszej analizy tego określenia w dotychczasowym orzecznictwie KIO, można pomocniczo oprzeć się na podobnym określeniu zawartym w art. 286 § 1 Kodeksu karnego, który wśród znamion przestępstwa oszustwa wymienia „wprowadzenie w błąd”. W doktrynie prawa karnego definiuje się to określenie szeroko jako zachowanie mogące polegać na przedstawieniu okoliczności całkiem zmyślonych, przez "przekręcenie" prawdy, zatajenie pewnych okoliczności, dodanie okoliczności nieprawdziwych do okoliczności prawdziwych, a nawet jako zachowanie, które w określonych okolicznościach danego stanu faktycznego doprowadzi odbiorcę komunikatu do wyciągnięcia z nich błędnych wniosków mających znaczenie dla podjęcia przezeń decyzji (zob. B. Gadecki, Kodeks karny. Część szczególna. Art. 252-316. Komentarz. Warszawa 2017, M. Królikowski, R. Zawtock, (red.) Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz. Art. 222-316, Wyd. 4, Warszawa 2017).

4.18 Podejmując zatem próbę wskazania wzajemnej relacji określenia „informacja wprowadzająca w błąd” a „informacja nieprawdziwa” należy stwierdzić, że z jednej strony każda informacja nieprawdziwa będzie ze swej istoty informacją wprowadzającą w błąd. Z drugiej, można łatwo wyobrazić sobie informację wprowadzającą w błąd, która jednocześnie nie będzie informacją nieprawdziwą. Przykładem na powyższe mogą być chociażby podanie niepełnej (fragmentarycznej) informacji. Informacja taka jako niekompletna, nie może być w sposób oczywisty oceniona w kategorii prawdy lub fałszu, a mimo to może ona wprowadzać w błąd.

4.19 Innym przykładem „informacji wprowadzającej w błąd” (nie będącej informacją nieprawdziwą) mogą być też deklaracje czynione przez wykonawców w postępowaniach o

udzielenie zamówienia publicznego odnoszące się do przyszłego świadczenia wykonawcy (oceniane w ramach pozacenowych kryteriów oceny ofert). Informacje takie także nie mogą być oceniane w kategorii prawdy czy fałszu, ponieważ odnoszą się do przyszłego stanu rzeczy, a zatem nie można zweryfikować ich zgodności z obecnym stanem (rzeczywistością). Jednocześnie jednak informacje takie, jeżeli w sposób oczywisty przewidują świadczenie niemożliwe, wprowadzają odbiorcę w błąd, pomimo że jako takie nie są nieprawdziwe (w wąskim rozumieniu tego określenia).

4.20 W świetle powyższego, należy uznać, że pomimo braku ustawowej definicji „Informacji wprowadzającej w błąd” może ona dotyczyć także deklaracji wykonawcy odnoszących się do przyszłego stanu rzeczy, a zatem jest ona szersza niż „informacje nieprawdziwe”.

4.21 W tym miejscu Odwołujący pragnie podkreślić, że złożenie nieprawdziwych informacji w ofercie Konsorcjum P. nie może być na obecnym etapie Postępowania w żaden sposób sankcjonowane na zasadach opisanych w art. 26 ust. 3 PZP czy też art. 87 ust. 1 PZP a zatem Konsorcjum P. podlega wykluczeniu z Postępowania.

## 5. UZASADNIENIE ZARZUTU DOTYCZĄCEGO NIEUJAWNIENIA ŻĄDANYCH INFORMACJI ORAZ DOKUMENTÓW

5.1 Niniejszy zarzut wiąże się brakiem udostępnienia Odwołującemu pełnej korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego i Konsorcjum P. w zakresie modyfikacji treści jego oferty a także z brakiem udostępnienia Odwołującemu dokumentów i oświadczeń przedłożonych przez Konsorcjum P. dotyczących spełnienia warunków udziału w Postępowaniu dotyczących posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej.

5.2 Powyższe jest nie do pogodzenia zarówno z przepisami PZP, jak i znajdującymi zastosowanie (poprzez odesłań je zawarte w art. 8 ust 3 PZP) przepisami UZNK.

5.3 Odnosząc powyżej opisane działania Zamawiającego do przepisów PZP warto wskazać, że w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym doszło w szczególności do naruszenia zasady przejrzystości prowadzonego Postępowania (art. 7 ust. 1 PZP). Zasada ta jest bowiem mechanizmem, który zapewnia korzyści płynące z konkurencji wszystkim zainteresowanym wykonawcom, którzy funkcjonują na wspólnym rynku. Ponadto, zasada ta umożliwia weryfikację prawidłowości działań zamawiającego .

5.4 W świetle powyższego nie powinno budzić kontrowersji stwierdzenie, że to na Zamawiającym spoczywał obowiązek rzetelnej weryfikacji wszelkich aspektów złożonych ofert, w tym oczywiście również tego, czy informacje zastrzeżone w ofercie rzeczywiście stanowią lub mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

5.5 Odnosząc z kolei działania Zamawiającego do przepisów UZNK należy wyraźnie zaznaczyć, że informacje, których udostępnienia Zamawiający odmówił, obejmujące takie

dokumenty jak wykaz robót budowlanych, referencje, formularz JEDZ zawierający opis posiadanych doświadczeń przez Konsorcjum P. nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK (tylko w takiej sytuacji uprawnionym byłoby ich nieudostępnianie Odwołującemu). Tym samym uczynione przez Konsorcjum P. i w żaden sposób nie kwestionowane przez Zamawiającego utajnienie omawianych informacji miało na celu jedynie uniemożliwienie weryfikacji poprawności oferty Konsorcjum P. przez konkurencyjnych wykonawców (w tym Odwołującego).

5.6 Co więcej, w zaistniałym stanie faktycznym doszło w istocie do przerwania na Krajową izbę Odwoławczą decyzji w przedmiocie ujawnienia treści żądanych przez Odwołującego. Zamawiający bowiem zupełnie bezkrytycznie zaakceptował zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do dokumentów, których zadaniem było jedynie potwierdzenie wymagań SIWZ (czy to w zakresie warunków udziału w Postępowaniu czy w zakresie zgodności treści oferty z wymaganiami SIWZ).

5.7 W tym stanie rzeczy obowiązkiem Zamawiającego było przeprowadzenie rzetelnej weryfikacji poszczególnych informacji utajnionych przez Konsorcjum P. i przekazanie pozostałym uczestnikom Postępowania (w tym Odwołującemu) informacji o wynikach przeprowadzonego badania oferty, czego Zamawiający jednak nie dokonał. Tym samym Zamawiający naruszył jedną z naczelných zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zaniechanie takie jako naruszające prawa pozostałych uczestników Postępowania nie zasługuje na ochronę prawną i w ocenie Odwołującego powinno zostać skorygowane poprzez stosowne orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.

5.8 Tymczasem w niniejszej sprawie doszło właśnie do faktycznej odmowy udzielenia Odwołującemu wglądu do oferty konkurencyjnej, czym jest on zainteresowany w kontekście możliwości przeprowadzenia maksymalnie szerokiej weryfikacji oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego.

Pisma procesowe Stron i Uczestników postępowania

Zamawiający pismem z dnia 11.09.2017 r. wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Przystępujący wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego P. B. K. P. SA, (...), V. T. Sp. z o.o., (...) oraz E.(2) Sp. z o.o., (...) (dalej: Przystępujący/wykonawca Konsorcjum z liderem P. S.A.) złożył pismo procesowe datowane na dzień 11.09.2017 r. wnosząc o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem odroczonej rozprawy Zamawiający złożył pismo procesowe z dnia 25.09.2017 r. podtrzymując dotychczasowe stanowisko (wnosząc o oddalenie odwołania w całości) i przedstawiając argumentację popierającą swoje stanowisko.

Kolejnym pismem z dnia 25.09.2017 r. Przystępujący Konsorcjum z liderem P. S.A. podtrzymał swoje stanowisko (zawarte w piśmie procesowym z dnia 11.09.2017 r. oraz podniesione na rozprawie w dniu 12.09.2017 r.) wnosząc o oddalenie odwołania w całości, wnosząc o przeprowadzenie dowodów wskazanych w piśmie oraz odnosząc się jednocześnie do twierdzeń Odwołującego zawartych w pismach procesowych oraz na rozprawie w dniu 12.09.2017 r.

Pismem procesowym z dnia 26.09.2017 r. przystępujący po stronie Odwołującego – M. W. S.A. podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Odwołujący pismem procesowym z dnia 27.09.2017 r. podtrzymał swoją argumentację przedstawioną w odwołaniu z dnia 1 września 2017 r. (sygn. akt KIO 1816/17) oraz w podsumowaniu argumentacji przedstawionej przez odwołującego wobec stanowiska zamawiającego - PGIMiG Termika S.A. („Zamawiający”) zawartego w piśmie z dnia 11 września 2017 r. stanowiącego odpowiedź na odwołanie oraz przez przystępującego po stronie Zamawiającego - konsorcjum w składzie: P. B. K. P. S.A., V. T. Sp. z o.o., E.(2) Sp. z o.o. (dalej łącznie zwani „Konsorcjum P.”) w piśmie procesowym z dnia 11 września 2017 r. oraz na rozprawie w dniu 12 września 2017 r. oraz w odpowiedzi na argumentację przedstawioną przez:

- a) Konsorcjum P. w piśmie procesowym z dnia 25 września 2017 r.,
- b) Zamawiającego, w piśmie procesowym z dnia 26 września 2017 r.,
- c) Przystępującego M. W. S.A. w piśmie procesowym z dnia 26 września 2017 r.

- wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania załączając do pisma procesowego:

- 1) Wyciąg z Części III SIWZ Projekt Umowy.
- 2) Wyciąg z Części III SIWZ Projekt Umowy, Załącznik nr 4 „Zakres, Granice i Wyłączenia z Przedmiotu Umowy”.

3) Wyciąg z Części II SIWZ - Wymagania techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 1 - Ogólna charakterystyka przedsięwzięcia.

4) Wyciąg z Części I SIWZ - Załącznik 3.2 Dane techniczne KG, urządzeń i instalacji.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego Konsorcjum z liderem P. S.A., Odwołującego oraz Przystępującego M. W. S.A. oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w rankingu ofert. W odwołaniu podniósł zarzuty wobec oferty najkorzystniejszej ekonomicznie wnosząc o jej odrzucenie oraz wnosząc o wykluczenie wykonawcy Konsorcjum z liderem P. S.A. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, Przystępującego z liderem P. S.A. oraz Przystępującego M. W. S.A., jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba w szczególności poddała ocenie oferty Odwołującego, Przystępującego Konsorcjum z liderem P. S.A. obejmujące formularze ofertowe (w szczególności

oświadczenia zawarte w pkt 5), załącznik nr 3.2. do SIWZ w pkt 13.15, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte w ofercie wykonawcy Konsorcjum z liderem P. S.A., korespondencję pomiędzy Zamawiającym a ww. wykonawcą odnoszącą się do treści jego oświadczenia zawartego w pkt 5 formularza ofertowego, wezwanie tego wykonawcy o dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu (dołączone do oferty oświadczenia złożone na formularzach Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia - dalej: „JEDZ”, zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów), złożone przez wykonawcę Konsorcjum z liderem P. S.A. dokumentów podmiotowych w postaci wykazu zrealizowanych robót, poświadczeń należytego wykonania robót (referencji), oświadczenia członka Zarządu złożonego przed notariuszem odnoszącego się do likwidacji oraz zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne spółki z siedzibą w Republice Białorusi udostępniającej wykonawcy Konsorcjum z liderem P. S.A. swoje zasoby, wyjaśnień ww. wykonawcy w zakresie reprezentacji Spółki z siedzibą w Republice Białorusi.

Izba poddała również ocenie Część III SIWZ Projekt Umowy, Część III SIWZ Projekt Umowy, Załącznik nr 4 „Zakres, Granice i Wyłączenia z Przedmiotu Umowy”, Część II SIWZ - Wymagania techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia - Załącznik nr 1 - Ogólna charakterystyka przedsięwzięcia oraz Część I SIWZ - Załącznik 3.2 Dane techniczne KG, urządzeń i instalacji. Izba przeprowadziła również dowód z dokumentu i poddała ocenie załącznik nr 3.2. do SIWZ, załącznik nr 2.2. do części II SIWZ,

W ramach korespondencji związanej z modyfikacjami SIWZ oraz wyjaśnianiem jej treści Izba za najistotniejsze dla rozstrzygnięcia zarzutu związanego z zużyciem energii na potrzeby własne kotłowni gazowej uznała odpowiedzi na pytania o numerach 174 oraz 539 zawarte w korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia.

Izba oceniła również dowód złożony przez Przystępującego Konsorcjum z liderem P. S.A. w postaci wyciągu z ustawy Republiki Białoruś o notariacie i działalności notarialnej z dnia 18 lipca 2004 r. Nr 305-5 oraz postanowienia Ministra Sprawiedliwości Republiki Białoruś o zatwierdzeniu instrukcji o porządku dokonywania czynności notarialnych z dnia 23 października 2006 r. Nr 63 w urzędowym języku rosyjskim wraz z tłumaczeniem przysięgłym na język polski.

Izba uwzględniła i przeprowadziła dowody zawnioskowane przez Strony i uczestników postępowania w treści odwołania (Odwołujący), treści pism procesowych oraz na rozprawie.



Izba w zakresie przedstawionej przez Odwołującego ekspertyzy pt.: „Ekspertyza techniczna na temat wartości zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne KG” (wrzesień 2017 r.) uznała ją za stanowisko własne tego wykonawcy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Jak wyżej wskazano w dniu 05.11.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 214-390137. Powyższe oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych tj. ustawy zmienionej w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Izba w zakresie przedmiotu zamówienia ustaliła w pierwszej kolejności, że nowy blok kotłowni gazowej (dalej KG) o mocy 390MW<sub>t</sub> (realizowany w formule 3 x 130MW<sub>t</sub>) będzie pełnił funkcję szczytowo - rezerwową (vide SIWZ IDW pkt 3 Opis przedmiotu zamówienia ppkt 3.1. lit. c).

Zgodnie z treścią SIWZ cz. II zał. Nr 1 „Wymagania techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia” (str. 5 i 6).

#### **1.1.2. Koncepcja ogólna KG**

Podstawową funkcją i przeznaczeniem planowanej KG szczytowo - rezerwowej, która stanowi przedmiot niniejszego Zamówienia będzie:

- zapewnienie pokrycia podszczytowego i szczytowego zapotrzebowania na ciepło dla klientów EC Ż. w wyniku zastąpienia zespołu kotłów WP-120 K11 i K12,
- pełnienie funkcji rezerwowego źródła ciepła w przypadku postoju lub zaniżenia zdolności produkcyjnych BGP i/lub bloków fluidalnych z kotłami OFz-450.

Nowa kotłownia gazowa KG - będzie się charakteryzować wysokosprawną produkcją ciepła z zachowaniem standardów ochrony środowiska, wprowadzanych przez dyrektywę IED.

Konfiguracja KG zostanie oparta na sprawdzonych, najnowocześniejszych rozwiązaniach technicznych.

#### 1.1.3. Koncepcja techniczna KG (str. 6)

Układ technologiczny planowanego obiektu, będącego Przedmiotem niniejszej Umowy, powstanie w oparciu o kotły wodnorurkowe, które zostaną zabudowane w miejscu istniejących elektrofiltrów oraz czopuchów kotłów WP-120 nr 11 i 12, w nowym budynku KG. Kotłownia będzie się składała z następujących elementów:

- 3 kompletnych kotłów wodnorurkowych, z palnikami gazowymi, o mocy cieplnej ok. 130MWt każdy, wraz urządzeniami pomocniczymi (3 jednostki kotłowe o mocy sumarycznej ok. 390MWt),
- Kompletnego wyposażenia pomocniczego kotłów: komina, kanałów powietrza i spalin, zbiorników, wentylatorów, pomp, rozprężaczy, układów elektrycznych i AKPiA itp.

#### 1.1.5.2. Charakterystyka zmienności zapotrzebowania na ciepło (str. 8)

W wyniku realizacji projektów związanych z modernizacją EC Ź., założono następującą konfigurację pokrycia zapotrzebowania na ciepło:

- BGP oraz kotły fluidalne OFz, będą pracowały w podstawie obciążenia cieplnego, z możliwością różnego udziału w produkcji.
- Kotły wodne zasilane gazem będą pokrywać podszczytowe i szczytowe zapotrzebowanie na ciepło.
- Kotły wodne WP-120 będą pokrywać zapotrzebowanie szczytowe na ciepło, w przypadkach, nie osiągnięcia wymaganych wartości mocy.

#### 1.1.5.3. Wymagania projektowe związane z eksploatacją

Z racji zakładanej roli KG w układzie produkcji ciepła, kotłownia może pracować w jednym z kilku trybów. Wymaga się, aby w zależności od aktualnych potrzeb, KG była w stanie zapewnić parametry zadane przez potrzeby sieci ciepłowniczej, określone wstępnie w poniższym zestawieniu:

Zamawiający w SIWZ Część II „Wymagania techniczne dotyczące przedmiotu umowy” zał. 2.2. do SIWZ zatytułowany „Wymagania techniczne dla Przedmiotu Umowy w zakresie branży technologicznej” zawarł następujące postanowienia:

1. TECHNICZNE PARAMETRY PRZEDMIOTU UMOWY I JEGO INSTALACJI POMOCNICZYCH

1.1. Wymagane parametry techniczne Przedmiotu Umowy

1.1.1. Parametry charakterystyczne określające wielkość KG

Tabela 1.1.1.1 Podstawowe dane techniczne (projektowe) KG.

Główne elementy składowe Zespołu Kotłowego:	- jeden kocioł wodnorurowy wyposażony w niskoemisyjne palniki gazowe - wentylatory powietrza (1x110% lub 2x60%) - pompy przevalowe (2x50%), - wentylatory spalin (1x110%, jeżeli wymagane) - instalację odazotowania spalin
---	---

Zamawiający w Rozdziale 15 zatytułowanym „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” określił kryteria oceny ofert, ich wagę oraz sposób liczenia punktacji. W kolejnych punktach tego Rozdziału wskazał, co następuje.

15.1. Przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie poniższy wzór:

$$W_i = 85 \times (K_i / K_{max}) + E_i$$

Gdzie:

$W_i$  – Kryterium oceny [punkty]

$K_i$  – Parametr oceny ekonomicznej i-tej oferty [punkty]

$K_{max}$  – Maksymalna uzyskana wartość oceny ekonomicznej wśród wszystkich ocenianych ofert [punkty]

$E_i$  – Parametr oceny eksperckiej i-tej oferty [punkty w zakresie 0 – 15]. Parametr ten będzie wynikiem oceny zaoferowanych rozwiązań technicznych przedstawionych przez Wykonawcę w i-tej ofercie (Załączniki od nr 3 do nr 3,8 do Instrukcja dla Wykonawców), dokonanej przez ekspertów PGNiG TERMIKA SA, powołanych przez Zamawiającego

$K_i$  – Parametr oceny ekonomicznej i-tej oferty [punkty], obliczany z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, według wzoru:

$$K_i = - 0,0007972 \times C_{1i} - (38978 / C_{2i}) + 599$$

Gdzie:

Ki – Parametr oceny ekonomicznej i-tej oferty [punkty]

C1i – Cena ofertowa i-tej oferty [tys. PLN]

C2i – Sprawność kotła gwarantowana w i-tej ofercie [%]

Ei – Parametr oceny eksperckiej i-tej oferty [punkty w zakresie 0 – 15pkt].

Przyznana ilość punktów (Ei) będzie sumą uzyskanych punktów dla zaoferowanych rozwiązań technicznych przedstawionych przez Wykonawcę w i-tej ofercie (Załączniki od nr 3 do nr 3.8), dokonanej przez ekspertów PGNiG TERMIKA SA, powołanych przez Zamawiającego, oceniane będzie:

1. Zużycie energii elektrycznej na potrzeby własne – 0-5 punktów
2. Stężenie NH<sub>3</sub> w spalinach– 0-5 punktów
3. Moc cieplna – Minimum techniczne kotła – 0-5 punktów

Powyższe parametry oceniane będą wg zasady: 5 punktów za najlepszą ofertę przedstawiającą najniższą wartość i kolejno punkt mniej za kolejne oferty z wyższymi wartościami.

Oferty zawierające ten sam parametr o takich samych wartościach otrzymują tę samą ilość punktów wynikającą z zajmowanego miejsca w skali od 1-5.

W przypadku, gdy wszystkie oferty będą zawierały parametr o takich samych wartościach otrzymują tę samą, maksymalną ilość punktów.

Oferty zawierające parametry gorsze (wyższe) niż oferta oceniona na 1 punkt otrzymują 0 punktów.

15.2. Za najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która otrzyma największą liczbę punktów (Wi) w ramach kryteriów oceny ofert, obliczonych wg punktu 15.1. Liczba punktów (Wi) zostanie obliczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

15.3. Jeżeli zostanie złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego Zamawiającego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, Zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

15.4. Zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od Wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

15.5. W przypadku pojawienia się w tekście oferty oczywistej omyłki pisarskiej, oczywistej omyłki rachunkowej, Zamawiający poprawi je i niezwłocznie zawiadomi o tym fakcie Wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

15.6. Zamawiający poprawi również, i niezwłocznie zawiadomi o tym fakcie Wykonawcę, którego oferta została poprawiona, inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty.

15.7. O wyborze oferty Zamawiający zawiadomi niezwłocznie Wykonawców, którzy złożyli ofertę.

15.8. Zamawiający unieważni postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpi jedna z przesłanek wymienionych w art. 93 Ustawy.

Odpowiedzi na pytania i modyfikacje SIWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający w piśmie datowanym na dzień 01.02.2017 r. działając na podstawie art. 38 ust. 2 oraz ust. 4 ustawy Pzp odpowiedział na pytania wykonawców. W ramach pytania oznaczonego numerem 174 Zamawiający wskazał, że:

Pytanie 174

„W związku z koniecznością podania w tabeli 2.3.1. z zał. 3 (Gwarantowane Parametry Techniczne) Umowy w poz. 8 wartości zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne proszę o informację czy podana wartość ma dotyczyć pojedynczego kotła i urządzeń niezbędnych do jego pracy przy mocy nominalnej, czy potrzeb własnych całej kotłowni (zespołu trzech kotłów) przy mocy nominalnej? Czy należy uwzględniać zapotrzebowanie na energię elektryczną wszystkich urządzeń pomocniczych kotła, wentylacji, klimatyzacji i instalacji oświetleniowych?”

Odpowiedź:

„Zamawiający będzie brał pod uwagę zapotrzebowanie energii elektrycznej na potrzeby własne całej kotłowni przy pracujących trzech kotłach i wszystkich urządzeniach pomocniczych w tym wentylacji, klimatyzacji, oświetlenia itd. **przewidzianych do pracy ciągłej.**” (podkreślenie Izby).

Zamawiający w piśmie z dnia 24.03.2017 r. udzielił następującej odpowiedzi na pytanie Nr 539:

„W nawiązaniu do odpowiedzi na pytanie 174 prosimy o potwierdzenie, że w formularzu oferty w pkt: 5. GWANANTUJEMY, ŻE zużycie energii elektrycznej na potrzeby własne będzie wynosiło ..... MW (z dokładnością jednego miejsca po przecinku)

Należy wskazać zużycie energii elektrycznej na potrzeby własne dla całej kotłowni przy pracujących trzech kotłach i pracujących wszystkich urządzeniach pomocniczych. Prosimy o potwierdzenie, że w Pkt 13.15; Pkt 14.15; Pkt 15.15; 16.15 SIWZ Cz. I Załącznik nr 3.2. „Zużycie energii elektrycznej na potrzeby własne Zespołu Kotłowego” należy podać zużycie energii dla jednego kotła wraz z pracującymi układami technologicznymi niezbędnymi dla pracy jednego kotła”.

Odpowiedź:

„Zamawiający informuje, iż w formularzu oferta oczekuje podania maksymalnej wartości zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne całej kotłowni przy pracujących z mocą

nominalna trzech zespołach kotłowych wraz z wszystkimi urządzeniami pomocniczymi zgodnie z udzieloną odpowiedzią nr 174. Potwierdzamy, że w Pkt 13.15; Pkt 14.15; Pkt 15.15; 16.15 SIWZ Cz. I Załącznik nr 3.2. należy podać Zużycie energii elektrycznej na potrzeby własne pojedynczego Zespołu kotłowego”.

Izba ustaliła, że P. B. K. P. S.A., V. T. Spółka z o.o. oraz E.(2) Spółka z o.o. w złożonej ofercie w pkt 5 formularza ofertowego zawierającym deklarację „Gwarantujemy, że zużycie energii elektrycznej na potrzeby własne będzie wynosiło 0,8 MW (z dokładnością jednego miejsca po przecinku).

Izba ustaliła również, że w ofercie Konsorcjum P. S.A., V. T. Spółka z o.o. oraz E.(2) Spółka z o.o. na str. 161 w pkt 13.15 tabeli sporządzonej w oparciu o załącznik 3.2. do SIWZ został wskazany parametr „zużycie energii elektrycznej na potrzeby własne Zespołu Kotłowego” w wysokości 0,8 MW.

W zakresie korespondencji odnoszącej się do treści oferty Przystępującego Konsorcjum z liderem P. S.A. Izba ustaliła następujące okoliczności:

Zamawiający pismem z dnia 09.05.2017 r. wezwał Przystępującego Konsorcjum P. S.A., V. T. Spółka z o.o. oraz E.(2) Spółka z o.o. do udzielenia wyjaśnień dotyczących oferty z dnia 16.02.2017 r. W pkt 3 powyższego pisma Zamawiający wskazał: „Zamawiający prosi o potwierdzenie, iż w pkt 5 Formularza Oferta podane zostało maksymalne zużycie energii elektrycznej pojedynczego zespołu kotłowego (0,8 MW) i jako wartość do oceny ofert należy przyjąć wartość  $3 \times 0,8 \text{ MW} = 2,4 \text{ MW}$  dla maksymalnego zapotrzebowania na energię elektryczną całej Kotlewni Gazowej? W powyższym piśmie Zamawiający wskazał, że „Treść niniejszego pisma stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) i odnosi się do niejawniej części oferty.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący Konsorcjum P. S.A., V. T. Spółka z o.o. oraz E.(2) Spółka z o.o. pismem z dnia 12.05.2017 r. w pkt 3 wskazał, że” „Potwierdzamy, iż w pkt 5 Formularza oferty podane zostało maksymalne zużycie energii elektrycznej pojedynczego zespołu kotłowego (0,8 MW). W związku z tym, iż Kotlewnia Gazowa składa się z trzech zespołów kotłowych to jako wartość do oceny ofert należy przyjąć wartość  $3 \times 0,8 \text{ MW} = 2,4 \text{ MW}$  dla maksymalnego zapotrzebowania na energię elektryczną całek Kotlewni Gazowej”. Przystępujący Konsorcjum P. S.A., V. T. Spółka z o.o. oraz E.(2) Spółka z o.o. oświadczył jednocześnie we wstępnej części powyższego pisma, że jego treść (wraz z załącznikami) stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Przystępujący wskazał, że: „Potwierdzamy, że wszystkie informacje objęte niniejszym pismem dotyczą treści oferty Wykonawcy z dn. 07.04.2017 r. w zakresie odnoszącym się do części objętej klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”. W związku z tym, podtrzymujemy także dla przedmiotowego pisma (wraz z załącznikiem) wskazane zastrzeżenie i podnosimy, iż uzasadnienie zastrzeżenia treści naszej oferty jako utajnionej ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa zachowuje ważność także dla wyjaśnień dotyczących tych (zastrzeżonych) części oferty”.

W ramach dalszej korespondencji Zamawiający pismem datowanym na dzień 20.06.2017 r. wezwał Przystępującego Konsorcjum P. S.A., V. T. Spółka z o.o. oraz E.(2) Spółka z o.o. w lit. b) odnośnie B. E. F. S.A., tj. podmiotu udostępniającego swoje zasoby o dokumenty ujęte w pkt 8.3. SIWZ.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący Konsorcjum P. S.A., V. T. Spółka z o.o. oraz E.(2) Spółka z o.o. dla B. E. F. S.A. złożył m.in. oświadczenie osoby uprawnionej do reprezentacji tego podmiotu złożone przed notariuszem potwierdzające brak orzeczenia przez sąd wobec ww. podmiotu będącego podmiotem zbiorowym, zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne na podstawie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary wraz z tłumaczeniem tego dokumentu.

Powyższe oświadczenie zawierało również informację o braku otwarcia likwidacji Spółki Akcyjnej B. E. F. i zostało złożone przez p. J. S. N. – jako podwykonawcę w ramach zadania „Budowa kotłowni szczytowej w EC Ż.”. W treści tego oświadczenia zawarto następującą wzmiankę: „Potwierdzając zgodność podpisu złożonego na dokumencie, notariusz nie bierze odpowiedzialności za prawidłowość informacji w treści. (...) Ja, P. V. N., notariusz Brzeskiego notarialnego okręgu Republiki Białoruś (Świadectwo o realizacji notarialnej działalności Nr 108, wydane Ministerstwem Sprawiedliwości Republiki Białoruś dnia 08 kwietnia 2014), poświadczam autentyczność podpisu Prezesa Zarządu Spółki Akcyjnej „B. E. F.” J. S. N. złożonego w mojej obecności na tym dokumencie. Tożsamość J. S.N. została potwierdzona, uprawnienie do reprezentacji zostało sprawdzone”.

Na wezwanie Zamawiającego Przystępujący P. B. K. P. S.A., V. T. Spółka z o.o. oraz E.(2) Spółka z o.o. złożył na załączniku Nr 2.8. Wykaz wykonanych robót budowlanych (zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa i objęty jednym z zarzutów dotyczących nieuprawnionego zastrzeżenia tego dokumentu jako tajemnicy przedsiębiorstwa).

W dokumencie tym wskazano dwie realizacje na rzecz podmiotu z siedzibą w Rosji obejmujące dostawę i zabudowę kotłów gazowych zakończone w latach 2014 i 2017 i zrealizowane przez Spółkę Akcyjną B. E. F. Wraz z wykazem Konsorcjum P. S.A., V. T. Spółka z o.o. oraz E.(2) Spółka z o.o. złożyło poświadczenia wraz z ich tłumaczeniami, że zrealizowane prace zostały wykonane w sposób należyty ze wskazaniem parametrów zainstalowanych urządzeń

### **ZASTRZEŻENIE TAJEMNICY**

Przystępujący Konsorcjum z liderem P. S.A. w złożonej ofercie zawarł zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z jego uzasadnieniem. Ww. wykonawca oświadczył, że wskazane części oferty:

- Zobowiązanie do udostępnienia zasobów B. E. F. Spółka Akcyjna;
- Załącznik nr 2.1 Dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego: JEDZ P. B. K. P. S.A., JEDZ V. T. Sp. z o. o., JEDZ E.(2) Sp. z o. o., JEDZ B. E. F. Spółka Akcyjna, JEDZ E. - Z. W. Sp. z o. o.;
- Załącznik nr 2.2 Harmonogram realizacji umowy;
- Załącznik nr 2.3 Harmonogram rzeczowo-finansowy;
- Załącznik nr 2.4 Wstępny wykaz środków trwałych;
- Załącznik nr 2.5 Podwykonawcy;
- Załącznik nr 2.6 Wstępny projekt organizacji przedsięwzięcia;
- Załącznik nr 2.7 Informacje o sposobie realizacji dostaw;
- Załącznik nr 3.1 Charakterystyka Przedmiotu Umowy;
- Załącznik nr 3.2 Dane techniczne KG, urządzeń i instalacji;
- Załącznik nr 3.3 Części zamienne i szybkozużywające się, specjalistyczne urządzenia i narzędzia remontowe;
- Załącznik nr 3.4 Program szkoleń;
- Załącznik nr 3.5 Przepisy, objaśnienia, normy i standardy stosowane przez Wykonawcę, niewystępujące w PFU;
- Załącznik nr 3.6 Oznaczenia, jednostki i symbole stosowane przez Wykonawcę, a niewystępujące w PFU;
- Załącznik nr 3.7 Program Zapewnienia i Kontroli Jakości; • Załącznik nr 3.8 Część rysunkowa Oferty

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dn. 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., nr 133 poz. 103 ze zm.)

Przystępujący Konsorcjum z liderem P. S.A. wskazał, iż informacje (w części zastrzeżonej) zawarte w ofercie (dalej: „Informacje Poufne”) niewątpliwie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy i w pełni odpowiadają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa



zgodnie z postanowieniami art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

Każda z Informacji Poufnych zawiera wrażliwe informacje gospodarcze dotyczące bądź to sfery handlowej i/lub organizacyjnej, bądź to technologicznej Wykonawcy. Fakt, iż podmioty współpracujące z Wykonawcą przy przygotowaniu oferty (w tym wskazani podwykonawcy, podmiot udostępniający zasoby) obejmowały klauzulą poufności przekazywane Wykonawcy dane składające się na część techniczną oferty (jak w i zakresie podmiotu udostępniającego zasoby - na część formalnoprawną oferty) w konsekwencji powodował nałożenie także wskazanego zobowiązania na Wykonawcę. Pozwalamy sobie zauważyć, iż poszczególne podmioty tworzące konsorcjum to uznane na rynku przedsiębiorstwa posiadające wieloletnie doświadczenie oraz szereg zaawansowanych technologicznie zadań inwestycyjnych, których realizację zakończyły z pozytywnym efektem. Posiadane bogate doświadczenie, względ na posiadane kontakty handlowe i bliskie relacje biznesowe z wieloma specjalistycznymi podmiotami działającymi m.in. w sektorze energetyki (w szczególności przez sprzedaż wyspecjalizowanych urządzeń objętych przedmiotem niniejszego zamówienia - w tym też w zakresie przedstawianych przez Wykonawcę w ofercie rozwiązań), nabyta wiedza specjalistyczna oraz związane z tym know-how powodują, iż podmioty te nieustannie rozwijają się pod względem proponowanych rozwiązań technicznych i technologicznych, co ma następnie bezpośrednie przełożenie na elementy kosztowe, w tym także koszty eksploatacyjne, które dzięki specjalistycznej wiedzy i rozwojowi są sukcesywnie obniżane czego przykładem może być współpraca zainteresowanych stron przy przedmiotowym temacie przetargowym, która pozwoliła zaoferować przez Wykonawcę bardzo konkurencyjną cenę oraz warunki realizacyjne.

Oświadczamy, iż charakter tajemnicy przedsiębiorstwa ma w szczególności dokumentacja techniczna zawarta w treści oferty (tj. załączniki od 3.1 do 3.8). Wskazany element oferty pokazuje jakie szczegółowo urządzenia i maszyny zostały dobrane i zaoferowane przez Wykonawcę oraz technologiczne ujęcie przedmiotu zamówienia autorstwa Wykonawcy pod kątem realizacyjnym. Zawierają one informacje modelowo wręcz odpowiadające definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Pozwalamy sobie przypomnieć w tym miejscu, że dokumentacja techniczno - technologiczna załączona do oferty zawiera niezwykle szczegółowe dane techniczne, które jako całość nie są dostępne w ogólnych biuletynach czy publikowanych specyfikacjach technicznych. Jak podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 lutego 2007 r. (sygn. akt V CSK 444/06) Tajemnicą przedsiębiorstwa są nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu

poufności. Wysoki poziom uszczegółowienia danych technicznych jest następstwem oczekiwań Zamawiającego, dane te jednakże nie są przekazywane zwyczajowo każdemu zainteresowanemu. W obrocie prawnym nie poddanyemu reżimowi PZP informacje o takim stopniu szczegółowości przekazuje się tylko w przypadku bardzo zaawansowanych stadiów negocjacji kontraktu i to pod warunkiem zachowania ich w całkowitej poufności. Zawarte w ofercie wskazania co do rozwiązań technicznych, konfiguracje komponentów itd., umożliwiają podjęcie próby naśladownictwa tego produktu jako całości, co w połączeniu z pozostałymi informacjami zawartymi w ofercie (zestawieniami dot. kosztów, w tym optymalnych kosztów eksploatacyjnych), czyni tą groźbę niezwykle realną. W tym zakresie należy zauważyć, iż jakkolwiek naśladownictwo produktów jest prawem zakazane stanowiąc jeden z czynów nieuczciwej konkurencji, to celem naszym nie jest walka z nieuczciwym naśladownictwem, lecz zapobieżenie tego typu sytuacji, właśnie poprzez utajnienie ważkich informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Z opisu techniczno-technologicznego wynikają również jednoznacznie koszty eksploatacji, gdyż są one realnym wynikowym podsumowaniem szacunku pracy oferowanej technologii na Państwa obiekcie w oparciu o wskazane dane wyjściowe. Z tego względu zastrzeżone części oferty należy ujmować systemowo jako spójną całość co determinuje konieczność podjęcia przez Wykonawcę czynności w kontekście przedmiotowego utajnienia. Ujawnienie tych informacji naraża nas na ryzyko przechwycenia lub utrudnienia realizacji naszych kontraktów, Naruszenie zasad poufności, narusza nasze przyszłe interesy, ograniczając naszą wiarygodność jako partnera handlowego. To z kolei może powodować trudności w zawieraniu kontraktów dostawowych w przyszłości.

Niezależnie od podniesionych powyżej argumentów natury handlowej, wskazujemy, iż dane te stanowią wrażliwą wiedzę techniczną, bowiem obejmują informacje odnoszące się do poszczególnych komponentów oferowanych technologii, niedostępne w naszych jawnych katalogach, stronach internetowych, czy publikowanych lub prezentowanych na targach specyfikacjach technicznych. Podkreślamy z całą mocą, iż orzecznictwo Sądu Antymonopolowego (w aktualnym stanie prawnym Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów) jednoznacznie wskazuje źródła zaopatrzenia przedsiębiorcy, jako informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym miejscu wskazujemy chociażby na postanowienia Sądu Antymonopolowego z 15 maja 1996 r. (sygn. akt XVII Amz 1/96; opublikowane w Systemie Informacji Prawnej LEX) i z 30 października 1996 r. (sygn. akt XVII Amz 3/96; opublikowane w Systemie Informacji Prawnej LEX), w których Sąd ten orzekł, że Stanowią w szczególności tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu.

Ponadto, z uwagi na posiadane doświadczenie (będące przedmiotem udostępnienia na rzecz Wykonawcy) naszego głównego partnera technologicznego tj. firmy B. E. F. Spółka Akcyjna w kontraktach realizowanych poza procedurą zamówień publicznych (czyli faktycznie w kontraktach prywatnych), obejmowanych przez zainteresowane strony - w tym też inwestorów, klauzulą poufności (jako tajemnica zainteresowanych podmiotów) zobowiązani jesteśmy także do objęcia wszystkich dokumentów ofertowych wskazujących na przedmiotowe doświadczenie (w tym też dokumentów JEDZ każdego z partnerów konsorcjum, JEDZ podmiotu udostępniającego -podwykonawcy, zobowiązanie do udostępnienia) koniecznym zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zauważamy, iż także wszystkie elementy oferty o charakterystyce organizacyjnej dedykowanej do przedmiotu oferty tj. załączniki od 2.2 do 2.7 są tajemnicą przedsiębiorstwa co determinuje konieczność ich utajnienia. W zakresie definicji przedsiębiorstwa mieszczą się dokumenty sfery handlowo-organizacyjnej, a takimi są bezsprzecznie wszystkie ww. przywołane dokumenty ofertowe, co jednoznacznie wynika z ugruntowanego orzecznictwa i doktryny.

Wykonawca dla utajnienia powyższych informacji podjął najdalej idące środki zmierzające do zapobieżenia ich ujawnieniu osobom nieuprawnionym. W pierwszej kolejności wskazujemy, iż do poszczególnych Informacji Poufnych miał dostęp ograniczony krąg osób. Osoby te są najbardziej zaufanymi pracownikami i są związane klauzulami poufności. Z kolei całość Informacji Poufnych był wiadomy wyłącznie wąskiemu gronu osób przygotowujących ostateczną wersję oferty. Zewnętrzni doradcy nie byli w ogóle dopuszczani do wiedzy na temat jakiegokolwiek z Informacji Poufnych.

Dane ujęte w Informacjach Poufnych były przekazywane w szczególny sposób, odmienny od obowiązującego ogólnie u Wykonawcy, a przede wszystkim zapewniający przypadkowe ujawnienie tych danych. Dane te nie były przesyłane ogólną pocztą firmową i nie przechodziły przez kancelarię ogólną. Wszelkie dokumenty zawierające Informacje Poufne były przekazywane bezpośrednio pomiędzy pracownikami przygotowującymi ofertę. Wersje elektroniczne poszczególnych dokumentów zawierających Informacje Poufne były przekazywane z pominięciem sieci Internet, a nawet firmowego Intranetu. Wprowadzano je i wyłącznie do pamięci komputerów, które nie miały połączenia z Internetem celem uniknięcia ich przejęcia.

Podkreślamy, iż uczestnicząc w postępowaniach przetargowych zawsze podejmujemy czynności w kierunku zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa tej części oferty, w której znajdują się informacje o charakterze technicznym, technologicznym czy w szerokim ujęciu także ekonomiczno-organizacyjnym zarówno odnośnie nas jak i partnerów z którymi współpracujemy przy danych tematach ofertowych.

## **WYNIK POSTĘPOWANIA**

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 22.08.2017 r. poinformował wykonawców o wyniku postępowania. W piśmie tym zostało wskazane, że za najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez Konsorcjum P. B. K. P. S.A., V. T. Spółka z o.o. oraz E.(2) Spółka z o.o. Zamawiający wskazał, że wykonawca ten nie podlega wykluczeniu i złożył ofertę spełniającą wymagania postawione w SIWZ. Konsorcjum P. B. K. P. S.A., V. T. Spółka z o.o. oraz E.(2) Spółka z o.o. otrzymało łącznie 91 punktów w ramach kryteriów oceny ofert, w tym 4 pkt za parametr odnoszący się do maksymalnego zapotrzebowania na energię elektryczną zaoferowany na poziomie 2,4 MW.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują jedynie częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym ( w zakresie zarzutu odnoszącego się do kwestii tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczącej korespondencji związanej z wyjaśnieniami oferty Konsorcjum z liderem P. S.A.), jednakże ze względu na treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zrzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z § 7 ust. 3 *Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu złożonej przez Konsorcjum P., podczas gdy, zdaniem Odwołującego, wykonawca ten nie wykazał, że w stosunku do podmiotu trzeciego, na zasobach którego polegał na potrzeby spełnienia warunków udziału w Postępowaniu - B. E. F. S.A. („Spółka Białoruska”) - nie zaistniała przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 21 PZP, ponieważ forma dokumentu przedłożonego przez Konsorcjum P. (tj. oświadczenie złożone przez p. J. S. N. w dniu 22 marca 2017 r. działającego w imieniu Spółki Białoruskiej) jest niezgodna z § 7 ust. 3 ww. *Rozporządzenia*, ponieważ wskazany dokument nie został przedłożony w formie oświadczenia złożonego przed notariuszem, a w formie oświadczenia, pod którym notariusz poświadczył jedynie autentyczność podpisu osoby składającej to oświadczenie a na obecnym etapie Postępowania, w ocenie

Odwolującego, nie istnieje już możliwość ponownego uzupełnienia tego dokumentu (dokument ten podlegał już bowiem uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 PZP).

W zakresie formy dokumentu w postaci oświadczenia p. J. S. N. złożonego w dniu 22 marca 2017 r. (działającego w imieniu B. E. F. S.A.) Izba uznała, że oświadczenie to spełnia wymogi formalne, stosownie do treści § 7 ust. 3 *Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz.U. z dnia 27 lipca 2016 r., poz. 1126). Analiza powyższego przepisu nie wskazuje bowiem żadnej szczególnej formy takiego oświadczenia, w szczególności, że ma ono przybrać postać formę aktu notarialnego w rozumieniu krajowych przepisów ustawy o notariacie lub jakąkolwiek inną szczególną postać. W ocenie Izby pojęcie „Oświadczenie złożone przed notariuszem” należy rozumieć w ten sposób, iż notariusz winien poświadczyć tożsamość osoby składającej oświadczenie – bez konieczności badania prawdziwości tego oświadczenia, jak również konieczności nadawania mu jakiegokolwiek szczególnej formy. Istotą tego rodzaju oświadczenia jest bowiem złożenie jego przez osobę uprawnioną, w tym wypadku do reprezentowania podmiotu zbiorowego, zaś odpowiedzialność za jego treść oraz prawdziwość obciąża osobę, która składa to oświadczenie. *Ratio legis* tego przepisu zmierza bowiem do tego aby własnym oświadczeniem doszło do zastąpienia dokumentu krajowego w postaci zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie podmiotów zbiorowych dla podmiotów, które mają siedzibę poza granicami RP i w których nie wystawia się tego typu dokumentów. Co istotne w krajach tych przepisu prawa mogą w ogóle nie przewidywać odpowiedzialności karnej podmiotów zbiorowych, które to rozwiązanie jest właściwe dla systemu prawnego UE. Nadto w państwach tych mogą istnieć znaczne odrębności w zakresie przepisów regulujących czynności notarialne, które to odrębności wynikają z wyciągu aktu prawnego Republiki Białoruskiej, tj. dowodu przedłożonego przez Przystępującego Konsorcjum z Liderem P. S.A. W takich sytuacjach trudno zakładać, aby wymóg „złożenia oświadczenia przed notariuszem” odczytywać inaczej jak tylko jako potwierdzenie tożsamości osoby je składającej wraz z ustaleniem jej prawa do reprezentacji, z tym że wskazaniem w treści tego oświadczenia, że jest ono składane w imieniu podmiotu zbiorowego – nie zaś jako oświadczenie własne osoby fizycznej.

Nie ulega zatem wątpliwości, w ocenie Izby, iż w ramach udokumentowanej przedmiotowym oświadczeniem czynności notarialnej Prezes Zarządu B. E. F. S.A. złożył w obecności notariusza podpis pod oświadczeniem, zaś notariusz poświadczył jego tożsamość i prawo do reprezentacji podmiotu, w imieniu którego to oświadczenie zostało złożone. O powyższym świadczy cały kontekst zawartych w tym dokumencie oświadczeń, jak również fakt, że notariusz wskazał, że nie ponosi odpowiedzialności za prawdziwość tego oświadczenia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż złożona przez Przystępującego w ramach postępowaniu forma i zakres treściowy tego dokumentu są zgodne ze wskazanym wyżej § 7 ust. 3 Rozporządzenia. Tym samym Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z § 7 ust. 3 Rozporządzenia na skutek uznania, że Przystępujący w sposób należyty wykazał brak przesłanki wykluczenia podmiotu trzeciego na podstawie wskazanego wyżej art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 21 ustawy Pzp.

2. Zrzut naruszenia art. 87 ust. 1 PZP oraz art. 87 ust. 2 PZP poprzez dokonanie, w ocenie Odwołującego, nieuprawnionej modyfikacji treści oferty Konsorcjum P. w zakresie parametru dotyczącego zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne (z wartości 0,8 MW wskazanej w treści oferty Konsorcjum P. na 2,4 MW), podczas gdy Zamawiający nie miał, zdaniem Odwołującego, prawa do tak daleko posuniętej ingerencji w treść oferty wykonawcy, a w szczególności nie był uprawnionym do poprawienia wskazanej w ofercie wartości w sposób przyjęty przez Zamawiającego (co, w zasadzie w ocenie Odwołującego, miało charakter niedozwolonych ustawą negocjacji z art. 87 ust. 1 PZP).

Odnosząc się do zarzutu związanego z poprawieniem przez Zamawiającego w ofercie Przystępującego Konsorcjum z Liderem P. S.A. wartości parametru zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne 3 instalowanych zespołów kotłowych Izba, analizując postanowienia SIWZ, w tym w szczególności odpowiedzi na pytania o numerach 174 oraz 539 w części podzieliła argumentację Zamawiającego w zakresie sposobu liczenia i prezentacji ilości energii. Izba uznała bowiem, że na potrzeby kryteriów pozacenowych, celem uwidocznienia w formularzu ofertowym, wykonawcy mieli obowiązek przedstawić w pkt 5 gwarantowane zużycie elektrycznej na potrzeby własne dla całej kotłowni przy pracujących trzech kotłach i pracujących wszystkich urządzeniach pomocniczych (vide odpowiedź na pytanie nr 539), w tym wentylacji, klimatyzacji, oświetlenia itd., tj. instalacjach przewidzianych do pracy ciągłej (vide odpowiedź na pytanie nr 174).

W toku rozprawy w dniu 28.09.2017 r. Strony i uczestnicy postępowania potwierdzili, że ze względu na fakt, że projektowana kotłownia gazowa będzie zespołem przewidzianym do pracy w szczytowych okresach zapotrzebowania na energię, możliwy będzie jeden z wielu scenariuszy jej pracy, tj. że nie będzie ona brała udziału w produkcji energii cieplnej, że będzie działała jako układ wspomagający przy pracy jednego, dwóch lub wszystkich zespołów kotłowych jednocześnie. Istotą tego rodzaju układów, z jakimi mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, jest powielanie dla kolejnych zespołów kotłowych tych samych instalacji ze względu na fakt, iż są to zespoły bliźniacze, tj. cechujące się tymi samymi parametrami, funkcjami, modułami oraz wymagającymi tych samych instalacji towarzyszących. Jak wynika z analizy dokumentacji technicznej (w szczególności założeń

projektowych), postanowień SIWZ wskazanych przez Odwołującego w ostatnim piśmie procesowym (piśmie z dnia 27.09.2017 r.) oraz złożonych na rozprawie w dniu 28.09.2017 r. wyjaśnień przez pełnomocników Odwołującego i Zamawiającego niektóre urządzenia i instalacje są wspólne dla wszystkich trzech zespołów kotłowych – jednakże ich zapotrzebowanie na energię będzie proporcjonalne do ilości pracujących w danym momencie zespołów kotłowych. Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że istnieje możliwość zbudowania dla trzech identycznych kotłów jednej instalacji towarzyszącej (w zakresie wentylacji, klimatyzacji, oświetlenia itd.), jak również trzech odrębnych zespołów dla każdego kotła. Powyższe będzie zależało od przyjętych przez wybranego wykonawcę założeń i rozlokowania tych urządzeń w przeznaczonych dla nich pomieszczeniach. Jednakże wówczas trudno byłoby uzyskać możliwość wygaszania poszczególnych zespołów kotłowych np. przy zbyt małym zapotrzebowaniu na energię cieplną lub dla wykonywania czynności serwisowych i konserwacyjnych odrębnie dla każdego zespołu kotłowego. Tym samym Izba uznała, że na potrzeby oceny parametru zużycia energii elektrycznej, każdy zespół kotłowy powinien być traktowany jako całkowicie odrębny i samodzielny moduł. Powyższe wynika chociażby z faktu, że nowy blok o mocy 390MW<sub>t</sub> (realizowany w formule 3 x 130MW<sub>t</sub>) będzie pełnił funkcję szczytowo - rezerwową (vide SIWZ IDW pkt 3 Opis przedmiotu zamówienia ppkt 3.1. lit. c). Zgodnie z treścią SIWZ cz. II zał. Nr 1 „Wymagania techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia” (str. 5 i 6) odesłano do „Koncepcji ogólnej projektowanej i budowanej kotłowni gazowej” wskazując, że podstawową funkcją i przeznaczeniem planowanej Kotłowni Gazowej szczytowo - rezerwowej, która stanowi przedmiot niniejszego zamówienia, będzie zapewnienie pokrycia podszczytowego i szczytowego zapotrzebowania na ciepło dla klientów EC Ż. w wyniku zastąpienia zespołu kotłów WP-120 K11 i K12 oraz pełnienie funkcji rezerwowego źródła ciepła w przypadku postępu lub zaniżenia zdolności produkcyjnych BGP i/lub bloków fluidalnych z kotłami OFz-450. Zgodnie z pkt 1.1.5.3. ww. załącznika do SIWZ wskazano wymagania projektowe związane z eksploatacją. W punkcie tego wyniku, że z racji zakładanej roli projektowanej Kotłowni Gazowej w układzie produkcji ciepła, kotłownia może pracować w jednym z kilku trybów. Wymaga się, aby w zależności od aktualnych potrzeb, Kotłownia Gazowa była w stanie zapewnić parametry zadane przez potrzeby sieci ciepłowniczej, określone wstępnie w poniższym zestawieniu, które przewiduje pracę projektowanej kotłowni gazowej w zakresie szczytowego zapotrzebowania na ciepło realizując funkcję rezerwy mocy cieplnej.

Przedstawiona wyżej konfiguracja pokrycia zapotrzebowania na ciepło w Elektrociepłowni Ż. zakłada, że projektowana kotłownia gazowa (KG) będzie pełniła funkcje szczytowo-rezerwowego źródła mocy cieplnej – a więc ze względu na swoją niską bezwładność będzie stopniowo włączana do produkcji w zależności od bieżącego zapotrzebowania na energię. Przedstawiona na wykresie i tabeli na str. 9 i 10 SIWZ cz. II

zał. Nr 1 „Wymagania techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia” koncepcja wykorzystania tej kotłowni w ogólnym bilansie produkcyjnym pozwala na przyjęcie, iż każdy zespół kotłowy winien stanowić kompletny, tj. zdolny do samodzielnej pracy układ aby umożliwić włączanie poszczególnych zespołów kotłowych w produkcję stosownie do aktualnego zapotrzebowania na energię cieplną. W jaki sposób taka funkcja będzie realizowana przez poszczególnych wykonawców jest bez znaczenia, jednakże nie pozostaje ona bez wpływu na prezentację (podkreślenie Izby) parametru zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne.

Mając na uwadze powyższe sposób definiowania przez Zamawiającego pojęcia „Zespołu kotłowego” jako kompletnego i samodzielnego układu wydaje się w tych warunkach i w tak zdefiniowanych założeniach racjonalne – czego konsekwencją jest przyjęcie, że ogólne sumaryczne zapotrzebowanie na energię elektryczną dla całej kotłowni przy pracujących trzech kotłach i pracujących wszystkich urządzeniach pomocniczych winno stanowić sumę zapotrzebowania na energię 3 zespołów kotłowych – niezależnie od przyjętych przez poszczególnych wykonawców rozwiązań. Definicja ta nie musi znaleźć odzwierciedlenia na etapie realizacji – jednakże należy ją stosować na etapie ofertowania, w tym w szczególności celem wyliczenia i zadeklarowania zapotrzebowania na energię elektryczną dla wszystkich trzech zespołów kotłowych. Jest to wynikiem tego, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, odpowiedzi na pytania o numerach 174 oraz 539 nie pozwalały na jednoznaczne określenie sposobu wyliczenia zapotrzebowania na energię dla 1 zespołu kotłowego, zaś w dość precyzyjny sposób pozwalały na jej określenie dla całej kotłowni.

Dowodem pierwszego założenia jest to, że w każdej z badanych przez Izbę ofert (Odwołującego, Przystępującego M. W. S.A. oraz Przystępującego Konsorcjum z Liderem P.) wielkość dla 1 zespołu kotłowego została wyliczona i zwizualizowana w inny sposób. Jednakże w kontekście podniesionych zarzutów, które są dla Izby wiążące na mocy treści art. 192 ust. 7 ustawy Pzp (wskazującego, że *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*), istotna jest zadeklarowana przez poszczególnych wykonawców wartość ujęta w pkt 5 formularza ofertowego – a więc wartość zużycia energii elektrycznej dla całej kotłowni (przy pracujących 3 zespołach kotłowych) z uwzględnieniem zużycia energii elektrycznej dla wszystkich pracujących wówczas urządzeń przewidzianych do pracy ciągłej - zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 174. Odmienność prezentacji zużycia energii elektrycznej dla 1 zespołu kotłowego nie ma ostatecznie wpływu na porównywalność ofert w oparciu o kryterium pozacenowe „zużycie energii elektrycznej na potrzeby własne kotłowni gazowej”, gdyż to nie ten parametr był poddany punktacji.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby. Odwołujący wskazując w pkt 2.23. pisma procesowego z dnia 27.09.2017 r. doszło do rozszerzenia przez tego wykonawcę zarzutów zawartych w odwołaniu. Wskazanie nowej podstawy faktycznej związanej z nierównym



traktowaniem wykonawców stanowi zupełnie odmienne ujęcie zarzutu związanego z poprawieniem przez Zamawiającego w ofercie Przystępującego Konsorcjum z Liderem P. S.A. wartości zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne kotłowni gazowej wskazując, że czynność ta była nieuprawniona (dost.: „nieuprawniona modyfikacja treści oferty”) oraz, że wykonawca Przystępujący Konsorcjum z Liderem P. S.A. przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

W toku rozprawy Przystępujący Konsorcjum z Liderem P. wskazał, że w swojej ofercie zużycie energii przez instalacje towarzyszące, w tym instalacje wspólne dla 3 zespołów kotłowych, rozłożył proporcjonalnie pomiędzy te zespoły uzyskując dla jednego zespołu wartość 0,8 MW. Nie wyodrębnił tej wartości, co w ocenie Izby nie było konieczne, gdyż takiego wymogu nie zawarto w treści SIWZ. Stąd też wystąpiły dopuszczalne w ramach dokumentacji postępowania różnice w sposobie wyliczenia, a raczej prezentacji, tych poszczególnych wartości w załączniku 3.2. do oferty w pkt 13.15 (załącznik – tabela do części I SIWZ – Instrukcja Dla Wykonawców). Taki sposób wyliczenia przez Przystępującego Konsorcjum z liderem P. S.A. umożliwiał zatem określenie sumarycznego zużycia energii elektrycznej dla całej kotłowni – a zatem dokonanie poprawienia tej wartości w formularzu ofertowym. Sposób prezentacji tej wartości u Odwołującego oraz Przystępującego M. był zupełnie inny, co wynika wprost z ich wyjaśnień oraz dokonanej przez Izbę analizy złożonych ofert. Tym samym czynność ewentualnego poprawienia tej wartości byłaby niemożliwa w przypadku tych dwóch wykonawców, co winno powodować konieczność przyjęcia przez Zamawiającego ich deklaracji złożonych w pkt 5 formularza ofertowego. Co niezwykle istotne, różnice w prezentacji tej wartości istnieją również w ofertach Odwołującego i Przystępującego M. W. S.A., w tym dla Odwołującego zachodzi trudność w interpretacji znaczenia poszczególnych wartości ujętych w pkt 13.15 załącznika nr 3.2. do SIWZ (objętego w ofercie tego wykonawcy zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa) w kontekście wartości zaoferowanej w pkt 5 formularza ofertowego.

Powyższe oznacza zatem, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał poprawienia w ofercie Przystępującego wartości 0,8MW na 2,4MW. Po pierwsze na taką czynność, bez udziału wykonawcy, pozwalała treść samej oferty tego wykonawcy. Było bowiem logiczne, że nie można przyjąć treści oferty, gdzie ta sama wartość (0,8MW) została wskazana dla 1 zespołu kotłowego oraz dla całej kotłowni (składającej się z trzech identycznych zespołów kotłowych). Po drugie Zamawiający miał prawo zakładać, że wartość ujęta w formularzu ofertowym jest wynikiem pomyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – na co wskazuje chociażby treść pytania skierowanego do Przystępującego (pkt 3 pisma z dnia 09.05.2017 r. znak FZ/MWo/2177/2017). Na taką poprawę pozwalał również sposób „rozłożenia” energii zużywanej przez część wspólną układu, tj. równomiernie dla 3 zespołów kotłowych. Tym samym, w ocenie Izby, zostały spełnione przesłanki wskazane w

odwołaniu przez samego Odwołującego (pkt 3.6.2. odwołania), tj. Zamawiający był w stanie samodzielnie (bez udziału wykonawcy) na podstawie całej treści przedłożonej oferty poprawić omyłkę i istniał, w przypadku tego wykonawcy, tylko jeden możliwy sposób poprawy tej omyłki, zaś zastosowanie tej instytucji nie doprowadziło do istotnej zmiany treści oferty. W tym ostatnim zakresie, w ocenie Izby, mamy bowiem do czynienia nie tyle ze zmianą treści merytorycznej oferty, lecz sposobu prezentacji pewnej wartości ze względu na pominięcie przez wykonawcę Konsorcjum z liderem P. S.A. wytycznych ujętych w odpowiedziach na pytania o numerach 174 i 539.

Zamawiający formułując pytanie dotyczące tej rozbieżności wręcz zasugerował odpowiedź, czego nie sposób uznać w tym określonym przypadku za naruszenie, gdyż w zasadzie chodziło jedynie o potwierdzenie uzasadnionych, w ocenie Izby, przypuszczeń Zamawiającego, że wykonawca Przystępujący Konsorcjum z Liderem P. powielił, w zakresie odnoszącym się do trzech zespołów kotłowych w pkt 5 formularza ofertowego (str. 5 oferty), wartość wskazaną w pkt 13.15 dla jednego zespołu kotłowego w załączniku 3.2. do części I SIWZ – Instrukcja Dla Wykonawców (zużycie energii elektrycznej na potrzeby własne Zespołu Kotłowego) znajdującą się na str. 161 złożonej przez tego wykonawcę oferty. Zamawiający formułując to pytanie w zasadzie uzyskał jedynie potwierdzenie swoich przypuszczeń oraz zgodę na takie wyliczenie (poprawienie) tej omyłki, co doprowadziło do tego, że Zamawiający w informacji o wyniku postępowania do oceny przyjął wartość 2,4 MW – zgodnie z wyjaśnieniami ww. wykonawcy (vide Tabela oceny ofert – postępowanie przetargowe 16DFZZ256). W tych okolicznościach faktycznych skierowane przez Zamawiającego zapytanie należy w zasadzie uznać za próbę uzyskania zgody na taki sposób poprawienia tej omyłki, gdyż Zamawiający w sposób prawidłowy i jedyny możliwy w tych okolicznościach odczytał niezgodność treści oferty wykonawcy konsorcjum z liderem P. S.A. z treścią SIWZ (a w zasadzie wytycznymi ujętymi w przywołanych wyżej odpowiedziach na pytania o numerach 174 oraz 539).

W tym miejscu Izba wskazuje, iż nie podziela zaprezentowanego w pkt 3.6.1. odwołania poglądu Odwołującego, że wartość 0,8MW nie mogła zostać poprawiona przy wykorzystaniu instytucji uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż „nieprawidłowo podany przez Konsorcjum P. parametr w ogóle nie stanowił niezgodności z SIWZ”. Otóż niezgodność oferty Przystępującego Konsorcjum z liderem P. S.A. wynikała bowiem, jak wyżej wskazano, z pominięcia wyjaśnień SIWZ zawartych w treści odpowiedzi na pytania o numerach 174 oraz 539, z których wynikało, że: „Zamawiający informuje, że w formularzu oferta oczekuje podania maksymalnej wartości zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne całej kotłowni przy pracujących z mocą nominalną trzech zespołach kotłowych wraz z wszystkimi urządzeniami pomocniczymi zgodnie z udzieloną odpowiedzią nr 174”, a zatem „Zamawiający będzie brał pod uwagę zapotrzebowanie energii elektrycznej na potrzeby

*własne całej kotłowni przy pracujących trzech kotłach i wszystkich urządzeniach pomocniczych w tym wentylacji, klimatyzacji, oświetlenia itd. przewidzianych do pracy ciągłej”.*

W ocenie Izby zakres zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne całej kotłowni gazowej, a więc konieczny do ujęcia w pkt 5 formularza ofertowego, był jasno i stanowczo określony przez Zamawiającego. Wyjaśnienia zawarte w odpowiedziach nr 174 i 539 stanowiły integralną część SIWZ – jako przekazane wykonawcom w trybie art. 38 ust. 2 i 4 ustawy Pzp (modyfikacja treści SIWZ). Jedyny problem wykonawcy mogli mieć, co zostało wyżej wskazane, z ujęciem, wyliczeniem i prezentacją tego zużycia dla jednego zespołu kotłowego (pkt 13.15 załącznika do części I SIWZ – IDW) – co jednak nie było objęte zakresem zarzutów i nie miało, w ocenie Izby, żadnego wpływu na kwalifikację wykonawców i porównywalność ofert w oparciu o przedmiotowe kryterium pozacenowe.

Tym samym sposób wyliczenia zapotrzebowania na energię elektryczną dla jednego zespołu kotłowego w ofercie Przystępującego Konsorcjum z liderem P. S.A. pozwalał, w ocenie Izby, na samodzielne ustalenie i poprawienie wartości dla całej kotłowni w pkt 5 formularza ofertowego. Zatem w ocenie Izby stanowisko Zamawiającego, w zakresie pojęcia „kotłowni” i „zespołu kotłowego”, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie stoi w sprzeczności z postanowieniami SIWZ. Powyższe wynika bowiem z roli jaką będzie pełniła projektowana kotłownia gazowa w wolumenie produkcji energii cieplnej przez Elektrociepłownię Ż.. Ze względu na różnice technologiczne przyjętych w poszczególnych ofertach rozwiązań zasadne było założenia Zamawiającego (wskazane na str. 3 pisma procesowego z dnia 25.09.2017 r.), że *Brak wskazania wyczerpującej listy (instalacji i urządzeń – przypis Izby) nie był w żadnym razie efektem niestaranności Zamawiającego a jedynie założenia, że wyczerpująca lista urządzeń jest zależna od oferowanej technologii, a zatem szczegółowy skład Zespołów Kotłowych w różnych ofertach będzie różny.* Powyższe różnice zostaną wskazane w ramach rozpoznania zarzutu odnoszącego się do tajemnicy przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższą argumentację tym samym Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

**3.** Zrzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu złożonej przez Konsorcjum P., podczas gdy oferta Konsorcjum P. podlega, w ocenie Odwołującego, odrzuceniu w związku z tym, że została złożona przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu z Postępowania, ponieważ działając, co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, przedstawił on Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd w zakresie wartości parametru zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne, a

powyższe miało istotny wpływ na uzyskaną liczbę punktów w przyjętych w Postępowaniu kryteriach oceny ofert.

Izba w ramach oceny poprawności procedury wyjaśnienia treści oferty Przystępującego Konsorcjum z liderem P. S.A. i poprawienia stwierdzonej przez Zamawiającego omyłki uznała, że Zamawiający w prawidłowy sposób zastosował instytucję uregulowaną w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji nie doszło również, ze względu na wynikowy charakter tego zarzutu, do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5) PZP.

Podstawą takiego uznania jest okoliczność, iż Zamawiający samodzielnie dostrzegł powyższą omyłkę, która w ocenie Izby miała charakter oczywisty, gdyż nie sposób przyjąć za racjonalne wskazanie takiego samego poziomu zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne jednego zespołu kotłowego oraz całej kotłowni składającej się z trzech takich samych zespołów. Okoliczność ta przesądza bowiem, że nie mamy do czynienia z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd – a jedynie omyłką polegającą na powieleniu tej samej wartości – wbrew treści wyjaśnień i modyfikacji SIWZ ujętych w odpowiedziach na pytania o numerach 174 oraz 539.

Tym samym nie doszło do wypełnienia się hipotezy normy prawnej ujętej w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

**4.** Zrzut naruszenia art. 96 ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 8 ust 1 do 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK”) poprzez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum P. odnoszących się do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu dotyczących posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej oraz korespondencji prowadzonej pomiędzy Konsorcjum P. a Zamawiającym dotyczącej dokonania modyfikacji treści oferty tego wykonawcy w zakresie wskazanego w ofercie parametru zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne, podczas gdy, zdaniem Odwołującego, wskazane dokumenty dotyczyły potwierdzenia spełnienia przez Konsorcjum P. warunków udziału w Postępowaniu lub zgodności treści oferty Konsorcjum P. z wymaganiami SIWZ obowiązującej w Postępowaniu, a jednocześnie nie istnieją podstawy do zastrzeżenia informacji w nich zawartych jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu tego zarzutu Odwołujący sprecyzował, że jego żądanie obejmuje dokumenty postępowania składające się na korespondencję pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym Konsorcjum P. S.A., V. T. Spółka z o.o. oraz E.(2) Spółka z o.o. w zakresie odnoszącym się do parametru maksymalnego zapotrzebowania na energię elektryczną, jak

również inne informacje, których udostępnienia Zamawiający odmówił, obejmujące takie dokumenty jak wykaz robót budowlanych, referencje, formularz JEDZ zawierający opis posiadanych doświadczeń przez Konsorcjum P..

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust 1 do 3 ustawy Pzp w odniesieniu do korespondencji związanej z wyjaśnieniem i modyfikacją treści oferty wykonawcy Konsorcjum z Liderem P.. Izba wskazuje, iż w korespondencji tej brak jest jakichkolwiek informacji mogących stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Nawet jeśli za taką tajemnicę przyjąć wartość zużycia energii elektrycznej dla 1 zespołu kotłowego na poziomie 0,8MW ujętą w pkt 13.15 załącznika od części I SIWZ – IDW to już samo zaprezentowanie przez Zamawiającego wyniku dokonanej poprawki (wartości 2,4MW) ze względu na to, że stanowiła ona podstawę wyliczenia punktacji w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert, powinno skutkować ujawnieniem pozostałym wykonawcom istoty procedury zastosowanej przez Zamawiającego przy tej czynności. Zamawiający był bowiem zobligowany do wyjawienia pozostałym wykonawcom w jaki sposób doszło do zmiany treści oferty wykonawcy Konsorcjum z liderem P. S.A. w odniesieniu do wartości stanowiącej podstawę wyliczenia punktacji i tym samym stworzenia rankingu oferty.

Nadto cała ta korespondencja utraciła swój walor tajemnicy, gdyż istota przebiegu procesu dojścia do wartości 2,4 MW była przez Strony omawiana w toku rozprawy w dniu 12.09.2017 r. Już wówczas Odwołujący oraz Przystępujący M. uzyskali informacje jaki był przebieg tej czynności i co legło u podstaw przyjęcia ostatecznie wartości 2,4MW. Powyższe poskutkowało, ze strony Przystępującego M., wnioskiem o przeprowadzenie dowodu z treści jego oferty (formularz cenowy pkt 5 i pkt 13.15 załącznika 3.2. do części I SIWZ – IDW) z jednoczesnym odtajnieniem danych z pkt 13.15. Do tego wniosku przyłączył się Odwołujący wnioskując o powołanie jako dowodu analogicznych elementów swojej oferty z podtrzymaniem zastrzeżenia niejawności wobec parametru zużycia dla 1 zespołu kotłowego (pkt 13.15 załącznika do Części I SIWZ – IDW).

Mając na uwadze powyższe zarzut w tym zakresie potwierdził się, gdyż Zamawiający był zobligowany do ujawnienia istoty procesu poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy Konsorcjum z liderem P. S.A.

W zakresie pozostałych podstaw faktycznych tego zarzutu, odnoszących się do dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i dotyczących „(...) posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej (...)”, tj. wniosków o ujawnienie i udostępnienie określonych w ramach żądań odwołania dokumentów (wykaz, referencje,

JEDZ) Izba uznała, że zastrzeżenie tych informacji przez wykonawcę Konsorcjum z liderem P. S.A. było uzasadnione w stwierdzonych przez Izbę okolicznościach faktycznych.

Nie ulega wątpliwości, że w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z dostawą i instalacją nowoczesnego zespołu kotłowego, która to instalacja może cechować się zróżnicowanymi parametrami technicznymi i przyjętymi rozwiązaniami ze względu na odmienne uzyskiwanie zakładanych parametrów przez różnych producentów. Jako przykład odmienności rozwiązania zaoferowanego przez wykonawcę Konsorcjum z liderem P. S.A. należy wskazać rozwiązanie ujęte na str. 153 złożonej oferty w pkt 2 zatytułowanym „Rozwiązania branży technologicznej” – załącznik nr 3.1. str. 5/7 (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa). Już tylko z tego powodu wykonawca ten miał prawo zakładać, co zostało wskazane w zawartym w jego ofercie uzasadnieniu zastrzeżenia tych dokumentów, że dzięki zdobytym kontaktom handlowym i dzięki doświadczeniu zdobytemu przez podmiot udostępniający mu zasoby na potrzeby niniejszego postępowania, uzyskał przewagę nad pozostałymi wykonawcami. Przystępujący wskazał jednocześnie, że dzięki tym relacjom handlowym mógł zaoferować w toku postępowania korzystną dla Zamawiającego cenę ofertową.

W tym miejscu Izba wskazuje, że ocenie w zakresie zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie podlegają jedynie wyjaśnienia oraz uzasadnienie złożone przez wykonawcę, ale co najistotniejsze, przede wszystkim same informacje objęte zastrzeżeniem. To bowiem ich zakres, struktura oraz merytoryczna wartość decydują, czy doszło, na skutek respektowania tego zastrzeżenia przez podmiot zamawiający, do naruszenia art. 8 ust. 1 i 3, art. 96 ust. 3 i w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W zakresie tego ostatniego przepisu Izba wskazuje, że w ramach zasady proporcjonalności podmiot zamawiający winien ocenić, czy w ramach danego postępowania nie doszło do zachwiania równowagi pomiędzy interesem określonego wykonawcy a ogółem innych interesów podlegających ochronie, tj. interesem publicznym realizowanym m.in. przez wprowadzenie zasady jawności postępowania oraz interesem pozostałych wykonawców, który materializuje się w zasadzie przejrzystości postępowania, transparentności działań podmiotu zamawiającego i wreszcie - w prawie do kontroli działań tego ostatniego w ramach środków ochrony prawnej.

W ocenie Izby analiza dokumentacji technicznej i zaproponowanych przez Przystępującego Konsorcjum z liderem P. S.A. rozwiązań pozwoliła przyjąć, iż dzięki tym rozwiązaniom wykonawca ten uzyskał w niniejszym postępowaniu przewagę konkurencyjną pozwalającą na zaoferowanie Zamawiającemu najkorzystniejszego ekonomicznie rozwiązania. Jednocześnie Izba ustaliła, że przewaga taka została przez tego wykonawcę uzyskana dzięki współpracy z innymi podmiotami, w tym dzięki zrealizowanym przez te podmioty w przeszłości dostawom na rzecz podmiotów zewnętrznych. Zaprezentowane w

wykazie realizowanych dostaw i robót podmioty, na rzecz których zrealizowano te dostawy, nie pozwalają na przyjęcie, że procedura udzielenia tych zamówień miała charakter otwarty, tj. poddany takiemu reżimowi jak w zakresie zamówień publicznych. Dołączone do tego wykazu poświadczenia zawierają w sobie dane obejmujące zakres współpracy określonych podmiotów, ich udział w procesie inwestycyjnym, dane techniczne dostarczonych urządzeń, oraz co najistotniejsze, wartość tych robót. Izba w tym miejscu wskazuje, że ochronie, jako tajemnica przedsiębiorstwa, mogą podlegać określone relacje handlowe o ile spełniają one przesłanki ujęte w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie sposób bowiem takim informacjom odmówić wartości mającej znaczenie dla pozycji rynkowej danego podmiotu.

Przystępujący Konsorcjum z liderem P.. S.A. wskazał bowiem, że: *Fakt, iż podmioty współpracujące z Wykonawcą przy przygotowaniu oferty (w tym wskazani podwykonawcy, podmiot udostępniający zasoby) obejmowały klauzulą poufności przekazywane Wykonawcy dane składające się na część techniczną oferty (jak w i zakresie podmiotu udostępniającego zasoby - na część formalnoprawną oferty) w konsekwencji powodował nałożenie także wskazanego zobowiązania na Wykonawcę. Posiadane bogate doświadczenie, względ na posiadane kontakty handlowe i bliskie relacje biznesowe z wieloma specjalistycznymi podmiotami działającymi m.in. w sektorze energetyki (w szczególności przez sprzedaż wyspecjalizowanych urządzeń objętych przedmiotem niniejszego zamówienia - w tym też w zakresie przedstawianych przez Wykonawcę w ofercie rozwiązań), nabyta wiedza specjalistyczna oraz związane z tym know-how powodują, iż podmioty te nieustannie rozwijają się pod względem proponowanych rozwiązań technicznych i technologicznych, co ma następnie bezpośrednie przełożenie na elementy kosztowe, w tym także koszty eksploatacyjne, które dzięki specjalistycznej wiedzy i rozwojowi są sukcesywnie obniżane czego przykładem może być współpraca zainteresowanych stron przy przedmiotowym temacie przetargowym, która pozwoliła zaoferować przez Wykonawcę bardzo konkurencyjną cenę oraz warunki realizacyjne.*

*Ujawnienie tych informacji naraża nas na ryzyko przechwycenia lub utrudnienia realizacji naszych kontraktów (...) Naruszenie zasad poufności, narusza nasze przyszłe interesy, ograniczając naszą wiarygodność jako partnera handlowego. To z kolei może powodować trudności w zawieraniu kontraktów dostawowych w przyszłości. Ponadto, z uwagi na posiadane doświadczenie (będące przedmiotem udostępnienia na rzecz Wykonawcy) naszego głównego partnera technologicznego tj. firmy B. E. F. Spółka Akcyjna w kontraktach realizowanych poza procedurą zamówień publicznych (czyli faktycznie w kontraktach prywatnych), obejmowanych przez zainteresowane strony - w tym też inwestorów, klauzulą poufności (jako tajemnica zainteresowanych podmiotów) zobowiązani jesteśmy także do objęcia wszystkich dokumentów ofertowych wskazujących na przedmiotowe doświadczenie (w tym też dokumentów JEDZ każdego z partnerów konsorcjum, JEDZ podmiotu*

*udostępniającego -podwykonawcy, zobowiązanie do udostępnienia) koniecznym zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa.*

Izba w kontekście treści zastrzeżonych informacji, w tym w szczególności zaproponowanych rozwiązań technologicznych, przy uwzględnieniu uzyskanej dzięki temu przewagi konkurencyjnej przez wykonawcę Konsorcjum z liderem P. S.A. uznała zastrzeżenie tych informacji za uzasadnione.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 8 ust 1 do 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji na skutek zaniechania udostępnienia Odwołującemu wskazanych w treści odwołania dokumentów podmiotowych Konsorcjum z liderem P. S.A.

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje, iż pomimo uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. art. 96 ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 8 ust 1 do 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w ramach jego podstawy faktycznej obejmującej korespondencję dotyczącą parametru zużycia energii elektrycznej na potrzeby własne kotłowni gazowej nie doszło do uwzględnienia odwołania ze względu na treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż Odwołujący był w stanie sformułować zarzut w zakresie tej czynności Zamawiającego (w zakresie poprawienia omyłki dotyczącej zużycia energii elektrycznej), w ramach postępowania odwoławczego uzyskał informacje, co do przebiegu tej czynności (protokół z rozprawy z dnia 12.09.2017 r.), na skutek odroczenia rozprawy miał możliwość ustosunkowania się do argumentacji przeciwników procesowych, co do przebiegu tej czynności (vide pismo procesowe Odwołującego z dnia 27.09.2017 r.) - co powoduje, że w tych okolicznościach faktycznych uwzględnienie tego zarzutu nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak wpływu uwzględnionego zarzutu na wynik postępowania i oddalenie pozostałych zarzutów powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....