

WYROK
z dnia 23 czerwca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Irmina Pawlik**
 Anna Kuszel - Kowalczyk
 Katarzyna Poprawa

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę GE Power Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie

przy udziale wykonawcy Doosan Babcock Energy Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odnoszących się do oferty wykonawcy Remak – Energomontaż Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie;
2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia wyjaśnień wykonawcy Doosan Babcock Energy Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku z dnia 2 kwietnia 2021 r. w przedmiocie ceny oferty i nakazuje zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia ww. wyjaśnień wraz z załącznikami jako tajemnicy przedsiębiorstwa;
3. oddala odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego wezwania wykonawcy Doosan Babcock Energy Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z postępowania;
4. kosztami postępowania obciąża odwołującego GE Power Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w części ½ i zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie w

części ½ i:

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 4.2. zasądza od zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie na rzecz odwołującego GE Power Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie remontu kapitalnego TG4 dla PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Opole” (nr ref. POST/GEK/GEK/PMR-ELO/08929/2020). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 249-622439. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 19 kwietnia 2021 r. wykonawca GE Power Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie w ww. postępowaniu, wobec zaniechania ujawnienia wyjaśnień Doosan Babcock Energy Polska S.A. (dalej jako „Doosan”) odnośnie zaoferowanej ceny złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 29 marca br.; zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Doosan oraz Remak - Energomontaż S.A. (dalej jako „REMAK”) jako zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; wezwania Doosan i Remak na podstawie pkt. 12.5 SIWZ do złożenia dokumentów w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wskutek uznania, że oferty tych wykonawców nie podlegają odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 8 ust. 3 w zw. z ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „u.z.n.k.”) poprzez błędne uznanie, że informacje zastrzeżone w wyjaśnieniach Doosan z dnia 2 kwietnia br. odnośnie zaoferowanej ceny zostały skutecznie zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, skutkujące ich nieudostępnieniem Odwołującemu, podczas gdy Doosan nie wykazał w prawidłowy sposób, aby zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym powinny zostać ujawnione zgodnie z żądaniem Odwołującego;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że Doosan i Remak wykazali, że złożone przez nich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny, wskutek czego Zamawiający zaniechał ich odrzucenia, podczas gdy treść

udzielonych wyjaśnień nie pozwalała uznać, że zaoferowane ceny nie mają charakteru rażąco niskich;

3. art. 26 ust. 2f ustawy Pzp oraz pkt 12.5 SIWZ w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 70¹ § 4 k.c. poprzez wezwanie Doosan i Remak do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania, które to wezwanie zgodnie z pkt. 12.5 SIWZ poprzedza zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej i winno być skierowane jedynie do wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu, wskutek błędnego uznania przez Zamawiającego, że oferty tych wykonawców nie podlegają odrzuceniu;
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu całości wyjaśnień złożonych przez Doosan w dniu 2 kwietnia br. odnośnie zaoferowanej ceny wraz z ewentualnie złożonymi dowodami; unieważnienia czynności wezwania Doosan i Remak do złożenia dokumentów w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu; przeprowadzenia ponownego badania złożonych ofert; odrzucenia ofert Doosan i Remak jako zawierających rażąco niską cenę; zaproszenia pozostałych wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu oraz którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania, do aukcji elektronicznej z pominięciem Doosan i Remak.

Uzasadniając zarzut dotyczący niewykazania zasadności zastrzeżenia wyjaśnień Doosan jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący wskazał, iż przedstawione przez ww. wykonawcę uzasadnienie jest lakoniczne i dalece niewystarczające, podczas gdy zgodnie z art. 8 ust. 3 PZP obowiązkiem wykonawcy jest wykazanie, że dany dokument (informacja) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów u.z.n.k. (Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 13 marca 2017 r., sygn. akt KIO 385/17). Zdaniem Odwołującego Doosan w istocie ograniczył się do przywołania treści art. 11 ust. 2 u.z.n.k. i stwierdzenia, że informacje zawarte w wyjaśnieniach spełniają przesłanki wymienione w tym przepisie. W dalszej części pisma wykonawca operował ogólnikami, takimi jak stwierdzenie, że informacje mają charakter techniczny i technologiczny (nie wyjaśniając, o które konkretnie informacje chodzi i w czym ten charakter się dokładnie wyraża) oraz posiadają wartość gospodarczą, zaś ich ujawnienie wyrządziłoby stratę wykonawcy (nie wskazując, w jaki sposób strata ta miałaby zaistnieć i jakie byłoby jej znaczenie czy konsekwencje dla wykonawcy). Tymczasem wykonawca „powinien sprecyzować i wykazać już w ramach

uzasadnienia załączonego do oferty, w jaki sposób odtajnienie konkretnych informacji osłabiłoby jego pozycję rynkową” (wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 466/19), jak i „wykazać istnienie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy ujawnieniem informacji a ewentualną szkodą” (wyrok z dnia 4 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1538/15, KIO 1548/15, KIO 1549/15. Elementów tych w uzasadnieniu Doosan zdaniem Odwołującego zabrakło.

Zdaniem Odwołującego również za całkowicie gołosłowne należy uznać zawarte w tym piśmie zastrzeżenie, że Doosan „podjął niezbędne kroki w celu zachowania poufności tych danych”, na potwierdzenie czego wskazał jedynie, że dostęp do tych informacji ma ograniczony krąg osób (nie precyzując, kto konkretnie) działających w oparciu o wewnętrznie procedury dotyczące obiegu informacji (których zresztą nie załączył). Nie wskazano także, jaki jest zakres „stosownych klauzul poufności” rzekomo obowiązujących osoby mające styczność z zastrzeżonymi informacjami. Odwołujący podniósł, iż lakoniczne uzasadnienie zastrzeżenia w istocie uniemożliwia jakąkolwiek rzeczową polemikę z jego treścią. Co więcej, na podstawie tego dokumentu nie sposób ustalić, czy Doosan podjął jakąkolwiek inicjatywę w zakresie wyjaśnienia, że zaoferowana cena jest rażąco niska. W zastrzeżeniach brakuje nawet ogólnikowego wskazania, jakiego rodzaju dokumenty lub informacje zostają zastrzeżone. Z tej przyczyny Odwołujący uważa, że takich szczegółowych wyjaśnień w istocie Zamawiającemu nie przedłożono. Odwołujący wyjaśnił, iż nie kwestionuje uprawnienia innych wykonawców do ochrony danych, które stanowią ich tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże działania w tym kierunku powinny oznaczać się odpowiednim poziomem staranności, tymczasem Doosan nie dołożył jakichkolwiek starań, aby wykazać zasadność utajnienia wyjaśnień i ich nieujawniania pozostałym wykonawcom - co wszak stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący powołał się także na wyrok Izby z dnia 31 marca 2021 r., sygn. akt KIO 595/21, podnosząc, że nawet gdyby określone informacje przedstawione przez Doosan stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, to wówczas prawidłowym działaniem jest ich odpowiednie zanonimizowanie - tak aby było możliwe zapoznanie się z pozostałą treścią przedstawionych wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego Doosan nie podołał obowiązkowi wynikającemu z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i nie wykazał w sposób prawidłowy, aby treść wyjaśnień stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast ewentualne twierdzenia czy dowody, które wykonawca ten przedstawi na potwierdzenie zasadności tego zastrzeżenia już na etapie postępowania odwoławczego, zasługują na pominięcie, bowiem Doosan powinien był je złożyć właśnie wraz z zastrzeżeniami. Przedmiotem oceny Izby jest ustalenie, czy Zamawiający - w oparciu o przedstawione mu uzasadnienie dla utajnienia wyjaśnień w

ramach Postępowania - prawidłowo uznał, że zastrzeżenia nie podlegają wyjaśnieniu. Zdaniem Odwołującego ocena ta może być wyłącznie negatywna

Uzasadniając zarzut rażąco niskiej ceny oferty Doosan Odwołujący wskazał, iż wskutek niezasadnego nieujawnienia wyjaśnień przedstawionych przez Doosan Odwołujący nie jest w stanie w sposób wyczerpujący wykazać, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący przypomniał natomiast, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, który też jest podobnie ukształtowany, w toku postępowania odwoławczego (art. 537 nPzp). Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia te obiektywnie nie mogły potwierdzić, że za zaoferowaną cenę Doosan jest w stanie należycie zrealizować zamówienie. Zamawiający słusznie powziął wątpliwości co do wysokości zaoferowanej przez Doosan ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia i wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień, zważywszy że cena oferty Doosan odbiega o 31,5% od wysokości kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a także jest niższa o ponad 34,5% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Odwołujący podniósł, że wątpliwości są tym bardziej zasadne, że w innych postępowaniach prowadzonych w ostatnich latach na ten sam przedmiot zamówienia ceny oferowane Doosan nie odbiegały tak znacząco od budżetu zamawiających, a często nawet w sposób znaczący przekraczały (Odwołujący przedstawił tabelę obrazującą ceny oferowane przez Doosan w innych postępowaniach). Zdaniem Odwołującego dotychczasową politykę cenową Doosan można ocenić jako dosyć ostrożną. Dlatego zaoferowanie obecnie tak niskiej ceny powinno być przedmiotem szczególnej analizy ze strony Zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż ma podstawy, aby twierdzić, że złożone wyjaśnienia mają charakter lakoniczny i nie są poparte stosownymi dowodami - na co wskazuje chociażby zdawkowe uzasadnienie zastrzeżenia wyjaśnień, w którym (nawet rodzajowo) nie wskazano, jakiego rodzaju twierdzenia i dowody zostały wraz z wyjaśnieniami przedstawione.

Uzasadniając zarzut rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Remak – Energomontaż Odwołujący wskazał, iż analiza dwustronicowych wyjaśnień ww. wykonawcy nie pozwala przyjąć, że wykonawca ten wykazał, aby cena jego oferty (niższa o 39% od średniej cen wszystkich ofert oraz 41,7% od szacunkowej wartości zamówienia brutto) nie była ceną rażąco niską. W odpowiedzi na wezwanie Remak nie przedstawił kalkulacji zaoferowanej ceny, a jedynie skupił się na ogólnikowym odniesieniu się do czynników cenotwórczych wymienionych w wezwaniu, które jednak miało charakter przykładowy i nie obejmowało wszystkich elementów czy zadań będących po stronie wykonawcy. Jednakże również w odniesieniu do tych kwestii wykonawca nie udzielił wyczerpujących odpowiedzi.

Odwołujący zwrócił uwagę w szczególności, że REMAK nie udzielił wyjaśnień w zakresie wybranych rozwiązań technicznych oraz oryginalności projektu. Nie udowodniono, że koszty pracy przyjęte do ustalenia ceny nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie obowiązujących w tym zakresie przepisów. Wykonawca podał jedynie łączną pracochłonność prac na części niskoprężnej i prac obiektowych w roboczogodzinach, nie podając wysokości tych stawek. Jednocześnie wykonawca nie wskazał zakładanej pracochłonności innych zadań. W zakresie wymiany zerodowanych łopatek kierowniczych stopnia czwartego części NP (wycena „prawo opcji”) wykonawca nie podał żadnych konkretnych informacji na temat wysokości kosztów związanych z wymianą łopatek. Zdaniem Odwołującego jest pewne, że Remak nie posiada dokumentacji wykonawczej opisywanych łopatek, gdyż były one oryginalnie zaprojektowane, dostarczone i zamontowane przez Alstom Power (poprzednika prawnego Odwołującego). Ponadto Odwołujący, jako twórca wyżej wymienionej dokumentacji wykonawczej, nie udostępniał przedmiotowej dokumentacji osobom trzecim, w tym szczególnie Remak. Potencjalne wykonanie przez Remak dokumentacji wykonawczej łopatek na zasadach reverse inżynieringu po udostępnieniu obiektu do remontu jest czynnością pracochłonną i wymagającą poniesienia znacznych kosztów, które bez wątpienia wpływają na zwiększenie ceny oferty, a dodatkowo uniemożliwiają wykonanie zadania w terminie (czas niezbędny dla reverse inżynieringu oraz dostaw materiału oraz wykonanie łopatek).

Dalej Odwołujący podniósł, iż w wyjaśnieniach wskazano jedynie na wartość takich operacji jak czyszczenie strumieniowo-ściernie elementów turbiny, prace izolerskie i antykorozyjne oraz obróbkę mechaniczną blaszek uszczelniających - na łączną kwotę 1.060.000 zł, co stanowi ok. niż 12% ceny całkowitej oferty Remak. Dla pozostałych prac będących w zakresie przedmiotu zamówienia Remak jedynie oszacował zaangażowanie prac: dla remontu turbiny pomocniczej 1K12 - 6.500 roboczogodzin i prac obiektowych na łączną ilość 42.000 roboczogodzin, jednak bez podania stawki za roboczogodzinę. Wykonawca nie podał innych składników kosztowych koniecznych do wykonania zadania w tym: kosztów inżynieringu oraz niezbędnego reverse inżynieringu, kosztów infrastruktury i zaplecza na placu budowy (kontenery socjalne i narzędziowe, baza sanitarna), kosztów transportu, kosztów narzędzi, mediów, materiałów wymaganych do montażu oraz innych materiałów eksploatacyjnych i dostaw, kosztów zakwaterowania, kosztów dokumentacji jakościowej i powykonawczej oraz kosztów obsługi projektu, badań. Nie przedstawiono również wystarczających informacji dotyczących przyjętego przez wykonawcę sposobu organizacji pracy. Remak poinformował jedynie, że podczas realizacji umowy w przedziale 7 miesięcy (do 18.10.2021 r.) średnia obsada pracowników wykonawcy na 1 dobę wyniesie ok. 30 osób. W związku z wydłużonym cyklem dostawy łopatek (ze względu na dodatkowy

inżyniering), który powoduje realne skrócenie prac montażowych części niskoprężnej turbiny REMAK nie przedstawił sposobu zmiany organizacji prac zabezpieczającego wykonania zadania w terminie.

Odwołujący zauważył ponadto, że wykonawca Remak kilkakrotnie odwoływał się w wyjaśnieniach do rzekomo wykonanej „szczegółowej kalkulacji”, której jednak nie przedstawił Zamawiającemu - podczas gdy właśnie ta kalkulacja powinna stanowić podstawowy element wyjaśnień i punkt wyjścia przy ocenie wiarygodności zaoferowanej ceny. Brak takiej kalkulacji i przedstawienie przez Remak jedynie kwot dotyczących kilku z wybranych przez Zamawiającego elementów cenotwórczych (których suma jest znacznie mniejsza od ceny zaoferowanej) uniemożliwia stwierdzenie, na jakiej podstawie wykonawca ustalił oferowane wynagrodzenie. Co więcej, Remak wskazuje, że część prac (remont turbiny pomocniczej, prace izolerskie i antykorozyjne) będzie zrealizowana przez podwykonawców - jednocześnie nie wskazując zakresu ich zaangażowania ani wynagrodzenia. Odwołujący wskazał, iż zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem KIO wyjaśnienia powinny potwierdzać osiągnięcie przez wykonawcę zysku z realizacji zamówienia, tymczasem z pisma REMAK nie sposób ustalić, czy wykonanie umowy przyniesie mu zysk i w jakiej wysokości. W tym zakresie Odwołujący powołał się na wyrok Izby z dnia 14 grudnia 2020 r. sygn. akt KIO 3049/20. Odwołujący podniósł również, że wyjaśnienia nie zostały zaopatrzone w jakiegokolwiek dowody potwierdzające realność zaoferowanej ceny, a ich lakoniczna treść w żaden sposób nie rozstrzyga powstałych wątpliwości co do ceny. Przeciwnie, w oparciu o tak gołosłowne wyjaśnienia Zamawiający powinien był uznać, że cena Remak nie została skalkulowana z należytą starannością i w oparciu o wiarygodne założenia i nie zapewnia rentowności z realizacji zamówienia. Podsumowując Odwołujący wskazał, że zaoferowanie tak niskiej ceny i brak rzetelnych wyjaśnień co do jej wysokości potwierdza, że nie została ona prawidłowo skalkulowana, skoro w dodatku sam wykonawca na wstępie wyjaśnień przyznał, że „nie zostały przy tym zastosowane oszczędności metody wykonania zamówienia, ani nie zaistniały wyjątkowo sprzyjające dla wykonawcy warunki realizacji”. W wyjaśnieniach stwierdzono też, że na wycenę remontu turbiny nie miała wpływu pomoc publiczna, czynniki wynikające z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, czy też czynniki wynikające z przepisów prawa ochrony środowiska. Zatem nie zaistniały jakiegokolwiek szczególne okoliczności pozwalające na obniżenie ceny za realizację całego zadania. W tym stanie rzeczy zdaniem Odwołującego należało uznać, że Remak nie sprostął obowiązkowi wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty

Zamawiający w dniu 18 czerwca 2021 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający podniósł, że zgodnie z nakazem uregulowanym w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego byli traktowani na równych prawach przez Zamawiającego w toku całego postępowania. Zamawiający przeprowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, nie eliminując z udziału w postępowaniu określonych wykonawców i nie stwarzając określonym wykonawcom uprzywilejowanej pozycji. Zamawiający powołał się w tym zakresie na wyrok Izby z dnia 11 stycznia 2011 r., KIO/UZP 2824/10. Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie wskazał, na czym konkretnie miałyby polegać zarzut naruszenia przepisów art. 7 ustawy Pzp a więc nie wskazał jakie zachowania bądź zaniechania Zamawiającego stanowią naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, wobec czego Zamawiający wskazuje, że nie naruszył swoim działaniem lub zaniechaniem żadnej zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Prowadząc postępowanie, bezpośrednio przed otwarciem ofert, zgodnie z art. 86 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - na przedmiotowe zamówienie Zamawiający zamierza przeznaczyć kwotę 14 168 880,00 zł netto, co stanowi 17 427 722,40 zł brutto. Zamawiający wyjaśnił, że zamówienie obejmuje swym zakresem: zamówienie podstawowe, które zostało oszacowane na kwotę: 12 488 880,00 zł netto, co stanowi: 15 361 322,40 zł brutto; zamówienie objęte prawem opcji, które zostało oszacowane na kwotę: 1 680 000,00 zł netto, co stanowi: 2 066 400,00 zł brutto. Zamawiający podkreślił, że nie zaniechał przeprowadzenia procedury wyjaśniania wątpliwości rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w odniesieniu do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonym przez Zamawiającego. Oferty złożone przez Doosan oraz Remak wymagały wyjaśnienia w zakresie wysokości ceny, ponieważ w ich przypadku zachodziły przesłanki określone w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp a mianowicie: cena oferty firmy Doosan (11 933 460,00 zł brutto) jest niższa o ponad 30% (31,53%) od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (17 427 722,40 zł brutto), a także niższa o ponad 30% (34,57%) od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (18 239 002,00 zł brutto); cena oferty firmy REMAK-ENERGOMONTAŽ S.A. (10 626 780,02 zł brutto) jest niższa o ponad 30% (39,02%) od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (17 427 722,40 zł brutto), a także niższa o ponad 30% (41,74%) od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (18 239 002,00 zł brutto).

Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że na wysokość średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert w znaczący sposób wpływa oferta cenowa złożona przez

wykonawcę ZRE Katowice S.A. tj. 27 798 000,00 zł brutto (22 600 000,00 zł netto), która w dużym stopniu odbiega od cen pozostałych wykonawców. Jednocześnie należy podkreślić, że wykonawca ZRE Katowice S.A. złożył Zamawiającemu, w odpowiedzi na zapytanie o informację (RA), które posłużyło do oszacowania wartości zamówienia informację budżetową w wysokości 9 290 000,00 zł netto tj. 11 426 700,00 zł brutto - co w porównaniu z zaoferowaną przez Wykonawcę ceną w postępowaniu jest dla Zamawiającego niezrozumiałe i sugeruje znaczne zawyżenie ceny z uwagi na aukcję elektroniczną, która jest etapem prowadzonego postępowania. Nie mniej jednak, w związku z powyższym Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp celem ustalenia czy ww. oferty nie zawierają „rażąco niskiej ceny” w stosunku do przedmiotu zamówienia, wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał, iż podane w wezwaniu składniki cenotwórcze zostały wskazane jako te, które pozwalają na weryfikację złożonych ofert pod względem ustalenia czy oferty nie zawierają „rażąco niskiej ceny”. Zamawiający podkreślił, że w czasie wieloletniej eksploatacji urządzeń prowadził postępowania zakupowe obejmujące swoim zakresem również wymienione prace, stąd też posiada rozeznanie w ich rynkowych cenach. Zdaniem Zamawiającego wykonawcy na wezwanie złożyli szczegółowe wyjaśnienia celem ustalenia przez Zamawiającego czy złożona oferta nie zawiera „rażąco niskiej ceny” w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dodatkowo wykonawca Doosan opatrzył swoje wyjaśnienia klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Zamawiający wskazał, iż ocenił czy zastrzeżone przez wykonawcę Doosan informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstw. Podniósł, że informacje zawarte w treści złożonych przez wykonawcę wyjaśnień stanowią szczegółową kalkulację zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny. W tym zakresie Zamawiający powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 8 maja 2007 r., sygn. akt XIX Ga 167/07 i wyroki Izby z dnia 14 lutego 2011 r., KIO 228/11 oraz z dnia 11 lutego 2013 r., KIO 175/13. Zamawiający podniósł, że dokonał oceny zasadności i podstaw zastrzeżenia informacji i stwierdził, że wykonawca wykazał, iż informacje te mają wartość gospodarczą i ich ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz mają charakter techniczny i technologiczny. Dodatkowo zastrzeżone informacje i dokumenty nie są dostępne publicznie i zostały przygotowane tylko i wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania. Jednocześnie wykonawca podjął niezbędne kroki w celu zachowania poufności tych danych m.in. przez wdrożenie wewnętrznych procedur dotyczących obiegu dokumentacji w firmie, co zostało szczegółowo opisane w załączonym do wyjaśnień „Oświadczeniu o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa”. Zamawiający powołał się w tym zakresie na wyrok Izby z dnia 14 maja 2013 r., sygn. akt KIO 908/13 oraz z dnia 22 listopada 2013 r.; sygn. akt KIO 2602/13.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny przedłożonych w ofertach złożonych przez Doosan oraz Remak Zamawiający odwołał się do poglądów doktryny wskazując, że pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w prawie zamówień publicznych ani w dyrektywach unijnych i stanowi pojęcie subiektywne, które każdorazowo należy odnieść do przedmiotu zamówienia oraz sytuacji rynkowej. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną nierealistyczną, znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień wskazując na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostaw lub roboty budowlanej lub ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania. Przykładem oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie oferta z ceną poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo symboliczna cena. Ocena złożonych wyjaśnień dokonana w oparciu o przedstawione wyceny poszczególnych czynników cenotwórczych, pozwala zdaniem Zamawiającego stwierdzić, że cena zaoferowana przez Doosan obejmuje wykonanie przedmiotu zamówienia z należytą starannością i zgodnie ze wszelkimi wymogami przedstawionymi przez Zamawiającego w SIWZ oraz projekcie umowy. W ocenie Zamawiającego przedstawiona w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Czynniki cenotwórcze takie jak: czyszczenie strumieniowo ściernie, prace izolacyjne, antykorozyjne czy prace na części niskoprężnej zostały skalkulowane na podstawie ofert wykonawców posiadających wieloletnie doświadczenie w tego typu pracach. Wartość oferty opiewa na rząd cenowy zbieżny z wiedzą i doświadczeniem Zamawiającego. Przedstawione ceny są również zbliżone do tych, jakie Zamawiający uzyskiwał w wyniku przeprowadzonych wcześniej postępowań zakupowych. Wykonawca Doosan przedstawił ponadto szacunkowe ceny materiałów, usług oraz koszty robocizny, co świadczy o rzetelnym oszacowaniu oferty oraz o posiadaniu doświadczenia z realizacji prac w ramach zamówień, w których prace charakteryzowały się takim samym lub podobnym rodzajem i specyfiką

W ocenie Zamawiającego, również firma Remak oszacowała wykonanie przedmiotu Zamówienia z należytą starannością i zgodnie ze wszelkimi wymogami przedstawionymi przez Zamawiającego w SIWZ oraz projekcie umowy. Zaoferowana cena nie jest rażąco niską w stosunku do przedmiotu Zamówienia. Czynniki cenotwórcze takie jak: czyszczenie strumieniowo ściernie, prace izolacyjne, antykorozyjne czy też prace na części niskoprężnej zostały skalkulowane na takim poziomie cenowym, że ich analiza wykazuje prawdopodobieństwo realizacji zadania za przedstawioną kwotą. Wykonawca pomimo nie oddania wprost kwoty dla wykonania remontu turbiny pomocniczej, podaje niezbędną ilość roboczogodzin, co również świadczy o rzetelnym oszacowaniu oferty oraz posiadaniu doświadczenia z realizacji prac w ramach zamówień, gdzie prace charakteryzowały się takim

samym lub podobnym rodzajem i specyfiką. Zamawiający wskazał także, że oferty złożone przez firmy Doosan i Remak są na zbliżonym do siebie poziomie cenowym. Czynniki cenotwórcze wskazane przez Zamawiającego jako te, które pozwalają na weryfikację złożonych ofert, a więc: czyszczenie strumieniowo ściernie, prace izolacyjne, antykorozyjne czy prace na części niskoprężnej, opiewają na rząd cenowy zbieżny w przypadku obydwu ofert.

Zamawiający wskazał, iż oceniając wyjaśnienia wykonawców wziął pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności przyjęty przez wykonawców sposób kalkulacji ceny, oszczędności metody wykonania zamówienia, doświadczenie w realizacji tego typu projektów, w tym zasoby jakimi dysponuje. Przedstawione przez wykonawców wyjaśnienia w zakresie czynników wpływających na obniżenie ceny oferty zostały w ocenie Zamawiającego udowodnione. Wykonawcy, składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, wykazali co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jaki stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie (Zamawiający wskazał na wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2659/12). Podkreślił, że nawet cena odbiegająca od szacunkowej wartości zamówienia, czy nawet cen innych wykonawców nie musi być ceną rażąco niską o ile wezwany do wyjaśnień wykonawca jest w stanie udowodnić realność zaoferowanej ceny. To bowiem wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wykazać co spowodowało obniżenie ceny. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Ponadto zdaniem Zamawiającego jest oczywiste, że cena oferty każdorazowo zależy od zakresu przedmiotu zamówienia. Innymi słowy w zależności od konkretnego, określonego przez Zamawiającego w danym postępowaniu zakresu remontu, ale również w zależności od innych warunków cenotwórczych takich jak żądanie przeniesienia autorskich praw majątkowych, wysokość kar umownych, okres gwarancji, kształtowana jest cena. Nie ma w związku z tym żadnego uzasadnienia ani mocy dowodowej powoływanie się na ceny przedstawiane przez Przystępujących w innych postępowaniach.

Dalej Zamawiający wskazał, iż kontrakty handlowe, znajomość rynku, dostępność sprzętu, personelu, podwykonawców, doświadczenie wyniesione z poprzednich kontraktów mają wymierną wartość ekonomiczną, co pozwalało Zamawiającemu uznać, że ceny kwestionowane przez Odwołującego w tym postępowaniu mają charakter rynkowy i zostały skalkulowane w sposób rzetelny, zapewniający Doosan oraz Remak zysk z realizacji zamówienia. Zamawiający powołując się na wyrok z dnia 11 marca 2013 r., KIO 420/13, wskazał, iż czynniki umożliwiające obniżenie ceny oferty nie muszą być dostępne wszystkim wykonawcom w równym stopniu, a nawet gdy są dostępne, nie muszą w taki sam sposób przedłożyć się na cenę oferty. Przy ocenie ofert Doosan oraz Remak Zamawiający wziął

również pod uwagę fakt, iż istnieje możliwość przeszacowania przez Zamawiającego wartości zamówienia. Wartość szacunkowa zamówienia jest pewną projekcją Zamawiającego, opartą o założenia i szacunki, które nie zawsze musi znaleźć odpowiedź w treści cen składowych w warunkach konkurencji. Oczywistą i nie budzącą wątpliwości jest przy tym konieczność dokonywania oszacowania przez Zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem zasady ostrożnej wyceny przedmiotu zamówienia, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny, skoro odnosi się ona do niedających się przewidzieć zachowań wykonawców, działających w ramach rynku konkurencyjnego. Oczywistym jest zatem, że wartość szacunkowa zamówienia nie może odpowiadać najniższej spodziewanej cenie, a stanowi raczej wyraz uśrednionych oczekiwań co do odpowiedzi wykonawców. Należy więc stwierdzić, że składanie ofert z ceną niższą od wartości oszacowanej przez Zamawiającego jest w postępowaniach przetargowych przedsiębiorstwa zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny (w tym zakresie Zamawiający wskazał na wyrok Izby z dnia 27 września 2013 r. KIO 2181/14). Reasumując, w ocenie Zamawiającego wykonawca Doosan skutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa co do złożonych wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny, a wykonawcy Doosan oraz Remak wykazali, że wykonanie zamówienia nie nastąpi poniżej kosztów wytworzenia, wykazując jakie ponoszą koszty oraz uzasadniając, że cena jest realna z punktu widzenia racjonalnej gospodarki przedsiębiorcy jakim są ww. wykonawcy. Cena pozwoli wykonawcom na wygenerowanie zysku, w związku z czym uznać należy, iż nie jest rażąco niska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1-3 ustawy nPzp Izba uznała za skuteczne przystąpienie zgłoszone po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Doosan Babcock Energy Polska S.A. z siedzibą w Rybniku i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Remak - Energomontaż S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego, uznając, że ww. wykonawca nie posiada interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Wskazać należy, że posiadanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której się przystępuje, zgodnie z art. 525 ust. 3 ustawy nPzp jest obligatoryjną przesłanką uczestniczenia w postępowaniu odwoławczym. W oparciu o dokumentację postępowania przekazaną na posiedzeniu przez Zamawiającego Izba ustaliła, iż oferta wykonawcy Remak – Energomontaż S.A. została w dniu 19 maja 2021 r. odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp wobec braku wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Powyższa czynność Zamawiającego nie została przez wykonawcę Remak – Energomontaż S.A. zaskarżona. Tym samym Izba stwierdziła, że ww. podmiot nie posiada na obecnym etapie postępowania interesu w tym, aby odwołanie, zmierzające do wyeliminowania go z postępowania zostało oddalone, skoro oferta Remak - Energomontaż S.A. została już przez Zamawiającego odrzucona, a czynność ta ma charakter ostateczny z uwagi na brak wniesienia wobec niej odwołania.

Mając na względzie powyższy stan faktyczny Odwołujący na posiedzeniu w dniu 21 czerwca 2021 r. wycofał zarzuty odwołania w zakresie odnoszącym się do oferty wykonawcy Remak - Energomontaż S.A. Tym samym postępowanie w tym zakresie zostało umorzone, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji wyroku.

Izba uznała, iż Odwołujący, który wnosząc środek ochrony prawnej zmierza do wyeliminowania z postępowania konkurencyjnych ofert i który miałby szansę uzyskać zamówienie, gdyby zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie w materiale dowodowym, posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SIWZ, informację z otwarcia ofert, informacje o kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, oferty wykonawców, wezwanie skierowane do wykonawcy Doosan w przedmiocie rażąco niskiej ceny, wyjaśnienia złożone przez ww. wykonawcę wraz z uzasadnieniem zastrzeżenia

informacji w nich zawartych jako tajemnicy przedsiębiorstwa, protokół postępowania.

Izba dopuściła ponadto dowody z dokumentów przedstawionych przez Przystępującego Doosan na rozprawie w postaci wyciągów z dokumentacji innych postępowań na okoliczności wskazane w tezach dowodowych, tj. dla pliku dokumentów nr 1 – na okoliczność podmiotu uzyskującego zamówienia w postępowaniach, których dokumenty załączono, a dla pliku nr 2 – na okoliczność różnic w cenach ofert Odwołującego przed i po aukcji w postępowaniach, których dokumentację przedstawiono oraz różnic pomiędzy ostatecznymi cenami ofert po aukcji zaoferowanymi przez Odwołującego i Przystępującego w tych postępowaniach. Natomiast znajdujące się w tych plikach zestawienia (tabele) obrazujące powyższe informacje jako stanowiące oświadczenie własne Przystępującego Doosan Izba uznała za element stanowiska procesowego tego wykonawcy.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej na wykonaniu remontu kapitalnego TG4 dla PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Opole. Zamówienie to obejmuje obligatoryjny do wykonania, podstawowy zakres prac, a także możliwy do wykonania zakres prac w ramach zamówienia objętego prawem opcji – zgodnie z art. 34 ust 5 ustawy Pzp - w zależności od wyników rewizji łopatek kierowniczych 4oNP (wykonanej w ramach realizacji podstawowego zakresu prac). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik nr 1 do SIWZ. Zamawiający przewidział w SIWZ dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej. Wskazał, iż zgodnie z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzi aukcję elektroniczną, jeżeli złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Ponadto w pkt 12.5 SIWZ Zamawiający wskazał, iż przed przesłaniem zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej (na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy PZP), a w przypadku braku podstaw do przeprowadzenia aukcji elektronicznej, przed udzieleniem zamówienia (na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp), w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania, wezwie wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu, do złożenia wskazanych w SIWZ oświadczeń i dokumentów.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 14 168 880 zł, w tym zamówienie podstawowe 12 488 880 zł netto, zamówienie objęte prawem opcji 1 680 000,00 zł netto. Zamawiający wskazał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 17 427 722,40 zł brutto. W postępowaniu wpłynęło 5 ofert: ZRE Katowice S.A. z ceną 27 798 000,00 zł brutto, Odwołującego z ceną 20 922 300,00 zł brutto, EthosEnergy Sp. z

o.o. z ceną 19 914 469,98 zł brutto, Przystępującego Doosan z ceną 11 933 460,00 zł brutto, Remak-Energomontaż S.A. z ceną 10 626 780,02 zł brutto.

Zamawiający w dniu 29 marca 2021 r. wezwał wykonawcę Doosan na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp celem ustalenia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie obowiązujących w tym zakresie przepisów; pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy; a także o przedłożenie informacji dotyczących kalkulacji ceny, w szczególności poniższych cenotwórczych składników ceny: wymiany zerodowanych łopatek kierowniczych stopnia czwartego części NP (wycena „prawo opcji”); czyszczenie strumieniowo-ściernie elementów turbiny; remont turbiny pomocniczej 1K12; prace izolerskie i antykorozyjne; prace na części niskoprężnej, w szczególności wymiana blaszek uszczelniających w obejmach; przyjęty przez wykonawcę sposób organizacji pracy, który zapewni terminową realizację przedmiotu zamówienia (np. zmianowość).

Uzasadniając wezwanie Zamawiający wskazał, iż cena oferty Doosan (11 933 460,00 zł brutto) jest niższa o ponad 30% (31,53%) od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (17 427 722,40 zł brutto), a także niższa o ponad 30% (34,57%) od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (18 239 002,00 zł brutto). W związku z tym cena oferty wykonawcy określająca cenę za realizację zamówienia podstawowego oraz cenę za realizację zamówienia objętego prawem „opcji”, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający poprosił o wyjaśnienie, czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w warunkach umowy/OPZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu. Poprosił o wyczerpującą i szczegółową informację w odniesieniu do przedstawionych powyżej pytań. Powyższe wyjaśnienia powinny być przedłożone w sposób wyczerpujący w celu kompleksowej oceny przez Zamawiającego złożonej przez wykonawcę oferty. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 90

ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Doosan złożył wyjaśnienia, które w całości wraz z załączonymi do nich dokumentami, zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W oświadczeniu o zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępujący Doosan przywołał na treść art. 11 ust. 2 u.z.n.k., wskazując, że za podjęcie w stosunku do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa działań w celu zachowania w poufności uważa się w doktrynie w szczególności zastrzeżenie ich w poufności zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Wykonawca podniósł, iż zgodnie z orzecznictwem sądowym, informacja podpada pod pojęcie tajemnicy, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta była zamawiającemu znana (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00). Z kolei doktryna wskazuje, że tajemnica nie traci swego charakteru poprzez to, że wie o niej pewien ograniczony krąg osób. Przystępujący Doosan wskazał, że informacje zawarte w wyjaśnieniach spełniają wszystkie przesłanki z art. 11 ust. 4 u.z.n.k.

Po pierwsze, powyższe informacje zawarte w ww. dokumentach mają charakter techniczny i technologiczny oraz posiadają wartość gospodarczą. Stanowią informacje oparte na wieloletnim doświadczeniu wykonawcy i na opracowanym know-how. Ujawnienie tych danych niewątpliwie zagrażałoby wykonawcy, rażąco godząc w jego interes ekonomiczny i powodując wymierną, dotkliwą stratę w postaci utraty lub umniejszenia przewagi wiedzy i doświadczenia nad konkurentami funkcjonującymi na rynku właściwym dla wykonawcy zagrażając pozycji wykonawcy w innych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Nie ulega wątpliwości, że tego typu dane posiadają wartość gospodarczą, bowiem w sposób realny wpływają na możliwość pozyskania przez wykonawcę zamówienia oraz stanowią ważny element cenotwórczy. Po drugie, zastrzeżone w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa informacje i dokumenty nie są dostępne publicznie, tj. nie można ich przykładowo uzyskać z publicznie dostępnych rejestrów, stron internetowych, zostały przygotowane tylko i wyłącznie dla potrzeb wykonawcy i przedmiotowego postępowania przetargowego. Nie zostały one również ujawnione do wiadomości publicznej ani przez wykonawcę, ani przez podmioty trzecie, od których były te dane pozyskane, a posłużyły do przygotowania oferty.

Po trzecie, Wykonawca podjął niezbędne kroki w celu zachowania poufności tych danych. Ponadto wskutek wdrożonych wewnętrznych procedur dotyczących obiegu dokumentacji dostęp do informacji zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa

ma ograniczony krąg osób, zobowiązanych jednocześnie do zachowania poufności poprzez objęcie ich stosownymi klauzulami poufności. Wykonawca Doosan podkreślił, iż zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. "(...) tajemnica nie traci swego charakteru przez to, że wie o niej pewne koło osób zobowiązanych do dyskrecji w tej sprawie, jak chociażby pracownicy i robotnicy przedsiębiorstwa lub inne osoby, które przedsiębiorca wtajemnicza w proponowany interes" (orzeczenie SN z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4). Ponadto wykonawca podjął szereg działań o charakterze technicznym, takie jak wdrożenie u wykonawcy systemu zabezpieczeń danych i informacji, zabezpieczenia serwerów, zabezpieczenie pomieszczeń, w których dane te są przechowywane. Wobec powyższego, w odniesieniu do informacji zawartych w piśmie z dnia 2.04.2021 r., zdaniem Przystępującego Doosan, zostały kumulatywnie spełnione przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., a informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający w dniu 8 kwietnia 2021 r. w oparciu o art. 26 ust. 2f ustawy Pzp wezwał wykonawcę Doosan do złożenia dokumentów w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający analogiczne wezwanie skierował do pozostałych wykonawców.

Izba zważyła, co następuje:

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

Uwzględnieniu podlegał zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. poprzez błędne uznanie, że informacje zastrzeżone w wyjaśnieniach Doosan odnośnie zaoferowanej ceny zostały skutecznie zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy, skutkujące ich nieudostępniem Odwołującemu, podczas gdy Doosan nie wykazał w prawidłowy sposób, aby zastrzeżone informacje stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym powinny zostać ujawnione zgodnie z żądaniem Odwołującego. Izba uznała za słuszne stanowisko Odwołującego w powyższym zakresie stwierdzając, że Zamawiający uchybił zasadzie jawności postępowania.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (ust. 2). Wyjątek od powyższej zasady wskazano w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4.

Jak wynika z powyższych przepisów kluczową zasadą systemu zamówień publicznych jest jawność postępowania, która stanowi jedno z narzędzi i gwarancji zachowania w postępowaniu zarówno uczciwej konkurencji, jak i jego przejrzystości. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wprost wskazuje, iż jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie przez wykonawcę, że informacje te w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Oznacza to, że informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawne tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru. Brak wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych powinien być traktowany jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co z kolei aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Rolą Zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca sprostął obowiązkowi wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest wykazać wystąpienie wszystkich przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W konsekwencji Przystępujący Doosan zobowiązany był zastrzec, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w uzasadnieniu zastrzeżenia wykazać, że po pierwsze dane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie że informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, a po trzecie, że podjęto w stosunku do tych informacji działania w celu utrzymania ich w poufności. Wszystkie wyżej wskazane przesłanki muszą wystąpić łącznie. Ponadto zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa z równoczesnym wykazaniem zasadności takiego zastrzeżenia musi nastąpić nie później niż

w momencie ich złożenia. Powyższe powoduje, że Przystępujący Doosan składając w dniu 2 kwietnia 2021 r. wyjaśnienia w przedmiocie ceny oferty powinien wykazać, że spełnione zostały wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. i to w odniesieniu do wszystkich informacji przedstawionych w wyjaśnieniach oraz załączonych do nich dowodów, Przystępujący objął bowiem tajemnicą przedsiębiorstwa całą treść wyjaśnień wraz z załącznikami.

W ocenie Izby Przystępujący Doosan powyższemu obowiązkowi nie sprostał. Izba stwierdziła, że przedstawione uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest bardzo lakoniczne i opiera się na teoretycznych wywodach odwołujących się do elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa i poglądów orzecznictwa, nie zawierając konkretnych, merytorycznych argumentów. Przedmiotowe uzasadnienie nie zostało zindywidualizowane na potrzeby przedmiotowego postępowania, nie referuje ono w ogóle ani do informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, ani do informacji przedstawionych w załączonych do wyjaśnień dowodach. Co więcej, jest ono do tego stopnia ogólne, że mogłoby zostać wykorzystane na potrzeby każdego postępowania przez każdego wykonawcę.

Izba uznała, że Przystępujący Doosan nie wykazał wartości gospodarczej informacji zawartych w wyjaśnieniach, ograniczając swoje stanowisko do niczym nie popartej tezy, że informacje te mają charakter techniczny, technologiczny oraz posiadają wartość gospodarczą i stwierdzenia, że są to informacje oparte na wieloletnim doświadczeniu wykonawcy i jego know-how, a ich ujawnienie zagrażałoby jego interesom, prowadząc do umniejszenia przewagi konkurencyjnej i zagrażając jego pozycji w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący nie wyjaśnił o jakie konkretnie informacje chodzi i w czym dokładnie przejawiać się miały ich unikalny, specjalistyczny charakter. Zauważyć należy, że wartość gospodarcza powinna mieć wymiar obiektywny, co oznacza że samo subiektywne przekonanie Przystępującego Doosan o wartości posiadanych przez niego informacji nie stanowi dostatecznego uzasadnienia dla zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Z kolei stawiana przez Przystępującego teza o zagrożeniu jego przewagi konkurencyjnej w przypadku ujawnienia wyjaśnień z dnia 2 kwietnia 2021 r. nie została ani szerzej uzasadniona, ani wykazana. Zgodnie z zasadą jawności wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z tym, iż dokumenty przez nich składane co do zasady będą jawne. Okoliczność, że konkurencyjni wykonawcy mogliby poznać sposób, w jaki Przystępujący Doosan skalkulował cenę na potrzeby tego konkretnego postępowania nie przesądza jeszcze o tym, że doszłoby do zagrożenia interesów Przystępującego i zmniejszenia jego przewagi konkurencyjnej w innych

postępowaniach o udzielenie zamówienia. Oczywistym jest, że podmioty konkurujące ze sobą na danym rynku zbierają i analizują informacje na temat cen, kontrahentów czy metod realizacji zamówienia przez swoich konkurentów, co potwierdza już chociażby przebieg rozprawy w przedmiotowej sprawie, który pokazał, że Odwołujący i Przystępujący dysponują dużą wiedzą co do wzajemnego sposobu kształtowania cen i strategii przyjmowanych na potrzeby aukcji elektronicznych. Nie sposób także pominąć faktu, że przedstawiona w wyjaśnieniach kalkulacja cenowa zawiera informacje o składnikach cenotwórczych przyjętych na potrzeby wyłącznie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem jego zakresu, charakteru i specyfiki. Przystępujący Doosan nie wskazał dlaczego właśnie poznanie przez wykonawców danych zawartych w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych na potrzeby tego jednego, konkretnego postępowania i pod jego wymagania skonstruowanych, miałyby powodować umniejszenie przewagi konkurencyjnej Doosan w innych postępowaniach i z czego powyższe miałyby wynikać. Samo stwierdzenie, że informacje zawarte w wyjaśnieniach posiadają wartość gospodarczą, gdyż wpływają na możliwość pozyskania zamówienia i stanowią ważny element cenotwórczy, w istocie niczego nie wyjaśnia.

Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 26 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1317/19, iż przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W przedmiotowej sprawie Przystępujący Doosan oparł swoje przekonanie o wartości gospodarczej informacji przedstawionych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny na ogólnych, subiektywnych stwierdzeniach, pozbawionych szerszego uzasadnienia, nie wskazując żadnych danych pozwalających na obiektywne zweryfikowanie jego przypuszczeń. Ponadto za negatywną należy uznać praktykę zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Aczkolwiek *a priori* nie można wykluczyć sytuacji, w której pełna treść wyjaśnień mogłaby zawierać informacje posiadające wartość gospodarczą, to jednak przypadki takie należy rozpatrywać raczej w kategorii wyjątku niż reguły. Podkreślenia wymaga okoliczność, że Zamawiający nie może doszukiwać się w złożonym przez wykonawcę uzasadnieniu spełnienia łącznie przesłanek uprawniających do zastrzeżenia danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności nie może bezkrytycznie przyjmować, że skoro pewne informacje co do zasady mogą posiadać wartość gospodarczą, to wykonawca może być zwolniony z obowiązku

wykazania, że faktycznie taką wartość gospodarczą posiadają. Ciężar wykazania konieczności udzielenia informacjom ochrony, przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji. Zamawiający nie jest uprawniony do utajnienia informacji, które ze swej istoty czy charakteru mogłyby faktycznie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro wykonawca nie wykazał, że one taką tajemnicę stanowią. Takie działanie przeczy zasadzie jawności postępowania, jak również zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Ponadto w ocenie Izby Przystępujący Doosan nie wykazał, aby podjął przy zachowaniu należytej staranności działania zmierzające do zachowania informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny w poufności. Przystępujący Doosan zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie w sposób ogólny wskazał na fakt, że dostęp do zastrzeganych informacji ma ograniczony krąg osób, zobowiązanych stosownymi klauzulami umownymi do zachowania poufności oraz że podjął szereg działań o charakterze technicznym, takich jak wdrożenie systemu zabezpieczeń danych i informacji, zabezpieczenie serwerów i pomieszczeń, w których dane są przechowywane. Przystępujący Doosan szerzej stosowanych środków nie opisał ani nie wyjaśnił, nie złożył również żadnych dowodów, które potwierdzałyby rzeczywiste podjęcie działań w celu zachowania informacji przedstawionych w wyjaśnieniach z dnia 2 kwietnia 2021 r. w poufności. Zaniechanie to w ocenie Izby uniemożliwiło Zamawiającemu przeanalizowanie po pierwsze czy Przystępujący Doosan faktycznie wdrożył odpowiednie systemy czy procedury w celu ochrony informacji poufnych, na które się powoływał, a po drugie czy są one skuteczne i rzeczywiście mogły być one uznane za działania wystarczające do zachowania zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji w poufności. Podkreślić należy, że Zamawiający weryfikując czy powyższa przesłanka z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. została spełniona, powinien dysponować informacjami i dokumentami, które mu na taką pozytywną weryfikację pozwolą. Zamawiający, w oparciu jedynie o lakoniczne oświadczenie Przystępującego Doosan nie był w stanie zweryfikować jego prawdziwości i potwierdzić, że u Przystępującego Doosan rzeczywiście obowiązują określone metody ochrony informacji. W ocenie Izby wykazanie powyższych okoliczności nie było obiektywnie trudne, ponieważ działania mające na celu zachowanie poufności określonych informacji co do zasady przybierają materialną postać - mogą to być środki techniczne, informatyczne, monitoring, ale i dokumentacja potwierdzająca istnienie i wdrożenie procedur bezpieczeństwa (jak chociażby wewnętrzne regulaminy, polityka bezpieczeństwa informacji, umowy NDA, klauzule stosowane w umowach z pracownikami, współpracownikami, kontrahentami, etc.).

Przystępujący Doosan swoich ogólnych twierdzeń o stosowaniu odpowiednich klauzul poufności czy wdrożenia systemu bezpieczeństwa informacji niczym nie poparł.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. za zasadny, a stwierdzone naruszenie za mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych informacji pozostawał w sprzeczności z zasadą jawności postępowania, Zamawiający nie udostępniając Odwołującemu treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego Doosan, w sytuacji gdy ich poufny charakter nie został wykazany, *de facto* pozbawił Odwołującego możliwości kontroli czynności Zamawiającego polegającej na ocenie tych wyjaśnień i podniesienia skonkretyzowanych zarzutów dotyczących ceny oferty Przystępującego Doosan w postępowaniu odwoławczym. W tym stanie rzeczy Izba nakazała Zamawiającemu uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści wyjaśnień złożonych w dniu 2 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę Doosan wraz z załącznikami.

Zarzut nr 2, tj. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że wykonawca Doosan wykazał, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wskutek czego Zamawiający zaniechał jej odrzucenia, podczas gdy treść udzielonych wyjaśnień nie pozwalała uznać, że zaoferowana cena nie mają charakteru rażąco niskiej, nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę. Zgodnie ze zmodyfikowanym podczas rozprawy stanowiskiem Odwołującego zarzut ten był zarzutem ewentualnym, Odwołujący wniósł o jego nierozpoznawanie w przypadku uwzględnienia zarzutu dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa, a rozpoznanie w przypadku jego nieuwzględnienia. Izba - uznając za dopuszczalny taki sposób sformułowania zarzutów - odstąpiła od rozpoznawania zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny oferty Doosan wobec uwzględnienia odwołania w zakresie odnoszącym się do zaniechania odtajnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępującego Doosan. W ocenie składu orzekającego, w sytuacji gdy odmowa udostępnienia określonych dokumentów, w tym wypadku wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i ich załączników, naruszała przepisy ustawy Pzp, za uzasadnione uznać należy formułowanie zarzutów odnoszących się do treści tych dokumentów dopiero po ich udostępnieniu wykonawcom przez Zamawiającego. W przeciwnym razie trudno mówić o możliwości podjęcia merytorycznej polemiki z treścią wyjaśnień, które nie są Odwołującemu znane, a które wobec nieskuteczności zastrzeżenia ich treści jako tajemnicy przedsiębiorstwa miał on prawo poznać. Z uwagi na brak rozpoznawania przez Izbę zarzutu odnoszącego się do ceny oferty Doosan, Izba uznała, że dowody złożone przez Przystępującego Doosan podczas rozprawy dotyczące oferowanych

przez wykonawców cen pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu nr 3, tj. zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2f ustawy Pzp oraz pkt 12.5 SIWZ w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 70¹ § 4 k.c. poprzez wezwanie Doosan do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania, które to wezwanie zgodnie z pkt. 12.5 SIWZ poprzedza zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej i winno być skierowane jedynie do wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu, wskutek błędnego uznania przez Zamawiającego, że oferta Doosan nie podlega odrzuceniu.

Izba miała na względzie, że Odwołujący przedmiotowego zarzutu w ogóle nie uzasadnił, poprzestając na jego przywołaniu w *petitum* odwołania. Odwołujący nie podjął próby wyjaśnienia dlaczego w jego ocenie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust.2f ustawy Pzp, skoro przepis ten co do zasady daje Zamawiającemu możliwość wystosowania wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia na każdym etapie postępowania, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego jego przebiegu. Odwołujący nie wskazał również, jaki wpływ na wynik postępowania miałyby ewentualne naruszenie przez Zamawiającego ustalonych w pkt 12.5 SIWZ reguł dotyczących wezwania wykonawców do złożenia dokumentów służących weryfikacji podmiotowej wykonawców przed dopuszczeniem do aukcji elektronicznej. Ponadto w ocenie Izby zarzut nr 3 okazał się przedwczesny w świetle faktu, że ostatecznie Izba nie badała w przedmiotowym postępowaniu prawidłowości czynności zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Doosan z uwagi na rażąco niską cenę. Mając na uwadze, że stanowisko Odwołującego w odniesieniu do zarzutu nr 3 nie zostało zmodyfikowane w sposób analogiczny jak miało to miejsce w przypadku zarzutu nr 2, zarzut ten podlegał oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 4, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Izba stwierdziła, że miał on charakter wynikowy, został powiązany z zarzutami wcześniej podniesionymi i stanowił ich konsekwencję. Tym samym przedmiotowy zarzut okazał się zasadny w części, w jakiej był pochodną zarzutu dotyczącego naruszenia zasady jawności postępowania (zarzut nr 1) i bezzasadny w zakresie odnoszącym się do naruszenia art. 26 ust. 2f ustawy Pzp (zarzut nr 3).

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

W kwestii kosztów postępowania Izba wskazuje, iż z uwagi na fakt, że zarzut nr 2 jako zarzut ewentualny nie podlegał rozpoznaniu, zaś zarzut nr 4 był zarzutem wynikowym, Izba ustalając koszty postępowania i obliczając proporcję liczby zarzutów uwzględnionych do liczby zarzutów oddalonych wzięła pod uwagę zarzut nr 1 i 3. Ponieważ odwołanie zostało uwzględnione w części dotyczącej zarzutu nr 1, a oddalone w części dotyczącej zarzutu nr 3, Izba rozdzieliła wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania po równo między Odwołującego i Zamawiającego. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania w łącznej wysokości 18 600 zł z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (które zostały udokumentowane złożoną podczas rozprawy fakturą VAT), natomiast Zamawiający nie przedstawił rachunku potwierdzającego ewentualne koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Mając to na względzie Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrot połowy poniesionych przez Odwołującego kosztów postępowania, tj. kwotę 9 300 zł.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....