

WYROK
z dnia 8 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Emilia Garbala
Anna Chudzik

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Elemont sp. z o.o. w Opolu** oraz **Econstruction sp. z o.o. w Opolu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Energetykę Ciepłą Opolszczyzny S.A. w Opolu**

przy udziale wykonawcy **Instal-Filter Przemysłowe Systemy Ochrony Powietrza S.A. w Kościanie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:**
 - a) **uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w wyjaśnieniach wykonawcy Instal-Filter Przemysłowe Systemy Ochrony Powietrza S.A. w Kościanie z 9 lipca 2020 r. oraz w załącznikach do tych wyjaśnień,**
 - b) **odrzuć ofertę wykonawcy Instal-Filter Przemysłowe Systemy Ochrony Powietrza S.A. w Kościanie na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu nieudzielenia wymaganych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i nieprzedstawienia dowodów w tym zakresie,**
2. **w pozostałym zakresie oddać odwołanie,**

3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Elemont sp. z o.o. w Opolu** oraz **Econstruction sp. z o.o. w Opolu** w części 1/2 oraz **Energetykę Ciepłą Opolszczyzny S.A. w Opolu** w części 1/2 i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Elemont sp. z o.o. w Opolu** oraz **Econstruction sp. z o.o. w Opolu** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **Energetyki Ciepłej Opolszczyzny S.A. w Opolu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Elemont sp. z o.o. w Opolu** oraz **Econstruction sp. z o.o. w Opolu** kwotę **9.763 zł 83 gr** (słownie: dziewięciu tysięcy siedmiuset sześćdziesięciu trzech złotych osiemdziesięciu trzech groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Energetyka Ciepła Opolszczyzny S.A. w Opolu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa / przystosowanie Instalacji Odpylania i budowa Instalacji Odsiarczania Spalin dla kotłów węglowych WR-25 nr 3 i OR-50N zainstalowanych w elektrociepłowni w Opolu przy ul. Harcerskiej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 stycznia 2020 r., nr 2020/S 17-37859.

17 lipca 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Element sp. z o.o. w Opolu oraz Econstruction sp. z o.o. w Opolu, zwanym dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Instal-Filter Przemysłowe Systemy Ochrony Powietrza S.A. w Kościanie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- 3) zaniechania czynności odtajnienia i udostępnienia odwołującemu złożonych przez przystępującego informacji i ewentualnych dowodów zawartych w wyjaśnieniach w sprawie rażąco niskiej

odwołujący wniósł 27 lipca 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania pomimo tego, iż treść oferty przystępującego jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla postępowania („SIWZ”), ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania;
- 2) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania pomimo tego, iż przystępujący najprawdopodobniej nie udzielił wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny lub nie przedstawił dowodów w tym zakresie;
- 3) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania pomimo tego, iż najprawdopodobniej ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 4) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 z późn. zm. –

„UZNK”) przez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach przystępującego i dowodach w sprawie ceny rażąco niskiej załączonych do wyjaśnień przystępującego stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, a poprzez to mają zdolność do bycia tajemnicą przedsiębiorstwa;

- 5) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK przez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, że w stosunku do informacji zawartych w wyjaśnieniach przystępującego i dowodach w sprawie ceny rażąco niskiej załączonych do wyjaśnień przystępującego wykonawca ten podjął działania w celu utrzymania ich w poufności;
- 6) art. 96 ust. 3 ustawy Pzp (w zw. z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp) przez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na zaniechaniu udostępnienia odwołującemu informacji zawartych w wyjaśnieniach przystępującego i dowodach w sprawie ceny rażąco niskiej załączonych do wyjaśnień przystępującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności badania i oceny oferty przystępującego, w jej następstwie odrzucenia oferty przystępującego (ewentualnie zastosowanie w stosunku do niej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp);
- 2) udostępnienia wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informacji zawartych w wyjaśnieniach przystępującego i dowodów w sprawie ceny rażąco niskiej załączonych do wyjaśnień przystępującego.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że sprzeczność treści oferty przystępującego w stosunku do treści SIWZ odnosi się do następujących aspektów:

- 1) zaniechania podania informacji o zapotrzebowaniu instalacji odsiarczania na sprężone powietrze dla jej maksymalnego poboru;
- 2) zaniechania podania informacji w sprawie sposobu utylizacji odpadu;
- 3) zaniechania podania informacji o zaoferowaniu odpylaczy końcowych zaprojektowanych z 10% zapasem powierzchni;
- 4) zaniechania podania informacji o materiale, z jakiego będą wykonane worki filtracyjne;
- 5) zaniechania podania informacji o wyposażeniu sprężarek w przemienniki częstotliwości (falowniki).

W odniesieniu do niezgodności z pkt 1) odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 8.1.7. Programu Funkcjonalno – Użytkowego („PFU”), stanowiącego część III SIWZ, wykonawcy

byli zobowiązani podać w swoich ofertach informację o zapotrzebowaniu instalacji odsiarczania na sprężone powietrze dla jej maksymalnego poboru wyrażonej w Nm³/h. Zdaniem odwołującego postanowienia SIWZ w tym zakresie nie budzą żadnych wątpliwości, gdyż stanowią literalnie, że wykonawca poda w ofercie zapotrzebowanie Instalacji Oczyszczania Spalin na sprężone powietrze w Nm³/h dla jej maksymalnego poboru.

Odwołujący wywiódł, że przystępujący w żadnym z postanowień swojej oferty, w tym w szczególności w treści Koncepcji wykonania robót budowlanych, nie podał wymaganej przez zamawiającego informacji o zapotrzebowaniu instalacji odsiarczania na sprężone powietrze dla jej maksymalnego poboru. Powyższe oznacza, iż treść oferty tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią SIWZ.

W odniesieniu do niezgodności z pkt 2) odwołujący podniósł, że jak przewidywał to wzór Koncepcji wykonania robót budowlanych (stanowiący załącznik nr 9 do cz. I SIWZ) wykonawcy powinni w treści tej koncepcji podać m.in. informacje o sposobie utylizacji odpadu. Zdaniem odwołującego informacja ta stanowiła istotny element oferty, gdyż zamawiający wyodrębnił ją w wierszu 8 tabeli, w której powinna zostać zaprezentowana koncepcja.

Odwołujący argumentował, że jak stanowił pkt 8.3. cz. I SIWZ, z przedłożonej Koncepcji wykonania robót budowlanych musiał wprost wynikać sposób wykonania przez wykonawcę robót budowlanych, w tym dotyczących właściwości przedmiotu zamówienia, jego cech technicznych i jakościowych, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego we wzorze Koncepcji (Załącznik nr 9 do IDW), potwierdzającym zgodność z PFU (Część III SIWZ).

Odwołujący podniósł, że przystępujący w swojej Koncepcji wykonania robót budowlanych nie podał wymaganej informacji w sprawie sposobu utylizacji odpadu. Zdaniem odwołującego treść koncepcji wykonania robót budowlanych stanowiącej integralną część oferty przystępującego wskazuje ponad wszelką wątpliwość, iż było to działanie celowe i rozmyślne. Wykonawca ten nie tylko zaniechał podania informacji w sprawie oferowanego przez siebie sposobu utylizacji odpadu, ale nawet usunął z opisu treści wiersza 8 wzoru Koncepcji fragment wskazujący na sposób utylizacji odpadu. Okoliczności te wskazują jednoznacznie, iż przystępujący celowo zaniechał podania tej informacji. Brak informacji wymaganej przez zamawiającego przesądza o sprzeczności treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ.

W odniesieniu do niezgodności z pkt 3) odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 9 PFU, zamawiający wymagał aby przy doborze poszczególnych urządzeń do Instalacji Oczyszczania Spalin stosować się do wskazanych tam wymagań. M.in. w bulet szesnastym

tego pkt PFU Zamawiający określił, że odpylacze końcowe należy dobrać z co najmniej 10% zapasem powierzchni / wydajności w stosunku do parametrów projektowych.

Odwołujący argumentował, że stosownie do postanowień pkt 8.3. cz. I SIWZ, w przedłożonej koncepcji wykonania robót budowlanych musiał wprost wynikać sposób wykonania przez wykonawcę Robót budowlanych, w tym dotyczących właściwości przedmiotu zamówienia, jego cech technicznych i jakościowych, w zakresie wskazanym przez zamawiającego we wzorze koncepcji (Załącznik nr 9 do IDW), potwierdzającym zgodność z PFU (Część III SIWZ).

Odwołujący wskazał, że przystępujący w swojej ofercie, w tym w szczególności w koncepcji wykonania robót budowlanych nie podał wymaganej informacji o zaproponowaniu w swojej ofercie odpylaczy końcowych zaprojektowanych z 10% zapasem powierzchni / wydajności w stosunku do parametrów projektowych.

W odniesieniu do niezgodności z pkt 4) odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 9 PFU, zamawiający wymagał aby przy doborze poszczególnych urządzeń do instalacji oczyszczania spalin stosować się do wskazanych tam wymagań. M.in. w bulet czwartym tego pkt PFU Zamawiający ustanowił wymagania w sprawie materiału worków filtracyjnych (wykonanie góra: snapring wraz z zakładką, wykonanie dno: podwójne ze wzmocnieniem; materiał filtracyjny: PTFE; tkanina nośna: PTFE, obróbka: PTFE).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami przywoływanego już powyżej pkt 8.3. cz. I SIWZ, w przedłożonej koncepcji wykonania robót budowlanych musiał wprost wynikać sposób wykonania przez wykonawcę Robót budowlanych, w tym dotyczących właściwości przedmiotu zamówienia, jego cech technicznych i jakościowych, w zakresie wskazanym przez zamawiającego we wzorze koncepcji (Załącznik nr 9 do IDW), potwierdzającym zgodność z PFU (Część III SIWZ).

Odwołujący argumentował, że przystępujący w swojej ofercie, w tym w szczególności w koncepcji wykonania robót budowlanych, nie podał wymaganej informacji o sposobie wykonania worków filtracyjnych, co stanowi o sprzeczności treści jej oferty z treścią SIWZ.

W odniesieniu do niezgodności z pkt 5) odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 8.1.7. PFU, Zamawiający wymagał, aby wyposażyć sprężarki w przemienniki częstotliwości (czyli w falowniki).

Odwołujący wskazał, że jak stanowił powoływany już pkt 8.3. cz. I SIWZ, w przedłożonej koncepcji wykonania robót budowlanych musiał wprost wynikać sposób wykonania przez wykonawcę Robót budowlanych, w tym dotyczących właściwości przedmiotu zamówienia, jego cech technicznych i jakościowych, w zakresie wskazanym

przez Zamawiającego we wzorze Koncepcji (Załącznik nr 9 do IDW), potwierdzającym zgodność z PFU (Część III SIWZ).

Odwołujący wskazał, że przystępujący w żadnym z postanowień swojej oferty, w tym w szczególności w treści Koncepcji wykonania robót budowlanych, nie podał wymaganej przez zamawiającego informacji o wyposażeniu sprężarki w przemienniki częstotliwości. Powyższe oznacza, iż treść oferty tego wykonawcy jest sprzeczna z treścią SIWZ.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania pomimo tego, iż przystępujący najprawdopodobniej nie udzielił wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny lub nie przedstawił dowodów w tym zakresie, odwołujący podniósł, że zamawiający pismem z dnia 26 czerwca 2020 r. wezwał przystępującego do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej. Dodatkowo, w dniu 29 czerwca 2020 r., rozszerzył pierwotne wezwanie z dnia 26 czerwca 2020 r.

Zdaniem odwołującego szczególne znaczenie dla sprawy ma uzupełniające wezwanie zamawiającego z dnia 29 czerwca 2020 r. do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej wystosowane do przystępującego. W wezwaniu tym bowiem Zamawiający precyzuje swoje żądanie wyjaśnienia ceny określając bardzo precyzyjnie zakresy rzeczowe wymagające wyjaśnienia. W piśmie tym Zamawiający wskazuje: *Przed wszystkim Zamawiający precyzuje, że konieczne jest wyjaśnienie przez Wykonawcę sposobu kalkulacji ceny, w tym złożenia dowodów, pod kątem zachowania wymogów wskazywanych w PFU,*

- a) wskazanej w PFU metody półsuchej odsiarczania spalin, gwarantującej osiągnięcie redukcji związków siarki w spalinach do poziomów wymaganych w PFU, w tym zastosowaniu reagenta wapniowego powszechnie dostępnego w handlu oraz spełnienia wymagań technologicznych wskazanych w PFU, dot. rozładunku reagenta sypkiego wyłącznie za pomocą układu transportu pneumatycznego z zastosowaniem sprężonego powietrza;*
- b) zastosowania worków filtracyjnych w celu osiągnięcia redukcji pyłu w spalinach do poziomów podanych w pkt 6 PFU (Parametry Gwarantowane);*
- c) uwzględnienia w kalkulacji realizacji przedmiotu zamówienia dla konkretnych, istniejących jednostek wytwórczych, w zakresie zgodnym z PFU, w tym z uwzględnieniem warunków lokalizacyjnych (obowiązek zabezpieczenia ciągłości pracy Elektrociepłowni);*
- d) możliwość wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia na własnym zakładzie lub własną załogą oraz wpływ na cenę oferty;*
- e) sposobu kalkulacji i ewentualnych oszczędności w zakresie dot. zakresu prac elektrycznych i automatyki dla niniejszego zamówienia.*

Odwołujący zwrócił uwagę, że w piśmie z dnia 29 czerwca 2020 r. Zamawiający sprecyzował również swoje oczekiwania co do stopnia szczegółowości informacji, które

przystępujący powinien podać w swoich wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej. Zamawiający określił, że *wyjaśnienia Wykonawcy nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie.* Odwołujący wskazał także, że pismem z dnia 29 czerwca 2020 r., Zamawiający ustanowił w stosunku do przystępującego wymóg, aby zaprezentować wpływ danej okoliczności dotyczącej tego wykonawcy na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający bowiem pisze w tym piśmie: *Ponadto, Wykonawca winien przedstawić, w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny.*

Odwołujący argumentował, że nie ma pełnej wiedzy w sprawie wyjaśnień ceny rażąco niskiej, gdyż zostały one utajnione przez nim (co z kolei jest przedmiotem odrębnego zarzutu w niniejszym odwołaniu) tym niemniej wskazał, iż zachodzi niezwykle wysokie prawdopodobieństwo, że przystępujący w swoich wyjaśnieniach nie udzielił Zamawiającemu wymaganych wyjaśnień, ani (i) w odniesieniu do oczekiwanego przez Zamawiającego zakresu rzeczowego, ani (ii) w wymaganym przez Zamawiającego stopniu szczegółowości, ani wreszcie (iii) w odniesieniu do wpływu danej okoliczności dotyczącej tego wykonawcy na wysokość zaoferowanej Zamawiającemu ceny. Odwołujący podniósł, że w zakresie wskazanych powyżej informacji ((i) – (iii)) wnioskuje o weryfikację wyjaśnień złożonych przez przystępującego w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej. Odwołujący wywiódł, że na powyższe może wskazywać fakt, iż przystępujący do swoich wyjaśnień załączył kalkulację szczegółową ceny oferowanej („Kalkulacja”), jednakże w kalkulacji tej podał jedynie sposób rozbicia ceny na poszczególne elementy składowe. Z kolei w zakresie sposobu skalkulowania poszczególnych elementów składowych ceny przystępujący zawarł jedynie ogólną i lakoniczną informację typu „Wycena własna” lub „Produkcja własna”. Zdaniem odwołującego dla każdej takiej pozycji z kalkulacji przystępujący powinien przedstawić Zamawiającemu dokładne obliczenia obrazujące sposób dokonania „Wyceny własnej” lub „Produkcji własnej”, bazujące na przyjętych zakresach rzeczowych poszczególnych czynników produkcji, wycenionych zakresów rzeczowych (w tym w szczególności ilości materiałów i urządzeń), przyjętej do kalkulacji pracochłonności (ilości roboczogodzin), ilości pracy sprzętu oraz wreszcie cenach robocizny, materiałów i sprzętu. Odwołujący podkreślał, iż informacje o ilości poszczególnych czynników produkcji i ich wycenie na potrzeby dokonania kalkulacji ceny nie mają same w sobie waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, co zostanie opisane w uzasadnieniu kolejnego zarzutu.

Odwołujący oświadczył, że zakłada z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością, że przystępujący nie przedstawił żadnych szczegółowych kalkulacji dla elementów składowych ceny przyjętych w rozbiciu zawartym w Kalkulacji. Posługiwanie się

informacjami typu „Wycena własna” lub „Produkcja własna” miało służyć tylko uniemożliwieniu weryfikacji ceny, czego jednakże Zamawiający nie powinien akceptować. Według odwołującego przy takiej prezentacji elementów składowych ceny przyjętych w rozbiu zawartym w Kalkulacji można również założyć, że przystępujący nie dopełnił wymogu, aby zaprezentować wpływ danej okoliczności dotyczącej tego wykonawcy na wysokość zaoferowanej ceny. Jeżeli w istocie tak jest, to ocena przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez przystępującego jest sprzeczna z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący argumentował także, że jest bardzo prawdopodobne dla poszczególnych pozycji wyszczególnionych w Kalkulacji i opatrzonych informacją typu „Wycena własna” lub „Produkcja własna” przystępujący nie tylko nie podał kalkulacji tych elementów ceny, ale również nie przedstawił dowodów na potwierdzenie tych elementów. Tymczasem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje wykonawcę do złożenia nie tylko wyjaśnień w sprawie ceny rażąco niskiej, ale także dowodów potwierdzających możliwość przyjęcia takich wycen. Konsekwentnie, także art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zobowiązuje zamawiających do badania nie tylko udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień, ale także załączonych do tych wyjaśnień dowodów. Według odwołującego ewentualny brak dowodów (co jak wskazano już wcześniej jest bardzo prawdopodobne w niniejszej sprawie) powinien skutkować odrzuceniem oferty przystępującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania pomimo tego, iż najprawdopodobniej ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, odwołujący podniósł, że zachodzi również bardzo wysokie prawdopodobieństwo, iż udzielone wyjaśnienia nie tylko, nie spełniają wymagań zamawiającego w odniesieniu do (i) oczekiwanego zakresu rzeczowego udzielonych wyjaśnień, (ii) wymaganego stopnia szczegółowości udzielonych wyjaśnień oraz (iii) wskazania do wpływu danej okoliczności dotyczącej przystępującego na wysokość zaoferowanej Zamawiającemu ceny, to zarazem mogą wręcz prowadzić do wniosku, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że okoliczności zaistniałe w postępowaniu, a tym przede wszystkim wymagania technologiczne i jakościowe sformułowane w PFU determinują sposób wykonania zamówienia w stopniu uniemożliwiającym istnienie tak drastycznych różnic cenowych pomiędzy ofertami, jak różnice zachodzące w postępowaniu. Odwołujący wywiódł, że w postępowaniu zostały złożone trzy oferty (1) przystępującego, (2) jego oraz (3) Energika M. S., Z.S. Sp. J. z siedzibą w Zasutowie („Energika”). Odwołujący wskazał, że oferta jego oraz Energiki oscylują na zbliżonym poziomie kwotowym opiewając odpowiednio

na kwoty: 28.245.629,69 PLN netto oraz 31.500.000,00 PLN netto. Ceny te są także bardzo zbliżone do kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a którą ogłosił podczas otwarcia ofert (28.494.967,50 PLN netto). Zdaniem odwołującego od tego poziomu cenowego drastycznie odbiega cena przystępującego, która wynosi jedynie 20 900 000,00 PLN netto.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie określił w PFU jedynie wymagań funkcjonalnych dotyczących poziomu redukcji tlenków siarki (SO_x), lecz w sposób wiążący narzucił metodę odsiarczania spalin. Zgodnie z pkt 2 PFU (Ogólny opis przedmiotu zamówienia) wykonawcy muszą do odsiarczania spalin zastosować wyłącznie metodę półsuchą, gwarantującą osiągnięcie redukcji związków siarki w spalinach do poziomów wymaganych (Parametrów Gwarantowanych), podanych w pkt 6 PFU. Odwołujący argumentował, że nawet w ramach narzuconej metody półsuchej Zamawiający doprecyzował, że jako reagent stosować należy wyłącznie powszechnie dostępne w handlu reagenty wapniowe. Tym samym inne reagenty nie mogą być dobierane przez wykonawców na etapie projektowania instalacji odsiarczania spalin. W odniesieniu do instalacji odsiarczania Zamawiający narzucił szereg wymagań technologicznych lub strukturalnych dotyczących elementów tej instalacji (np. rozładunek reagentów sypkich wyłącznie za pomocą układu transportu pneumatycznego z zastosowaniem sprężonego powietrza). Wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu muszą zatem zastosować bardzo zbliżone rozwiązania technologiczne, które w aspekcie technicznym, strukturalnym i wreszcie kosztowym różnią się pomiędzy sobą w stopniu nieznacznym.

Według odwołującego analogicznie rzecz się ma z drugim elementem przedmiotu zamówienia, tj. instalacją odpylania spalin. Także i w tym przypadku zamawiający w sposób wiążący dla wykonawców określił konieczność wykorzystania worków filtracyjnych w celu osiągnięcia redukcji pyłu w spalinach do poziomów wymaganych (Parametrów Gwarantowanych) podanych w pkt 6 PFU. Inne technologie, niż oparte na filtrach workowych, zostały wykluczone.

Zdaniem odwołującego dalsze ograniczenie w możliwości doboru rozwiązań technologicznych (a tym samym optymalizacji kosztów) wynika z faktu, iż przedmiot zamówienia w postępowaniu dotyczy wykonania instalacji odsiarczania i instalacji odpylania dla istniejących już jednostek wytwórczych. Wykonawca nie ma zatem żadnego wpływu na parametry spalin na wejściu do instalacji, inaczej niż gdyby projektował zarówno samo źródło, jak i instalację odsiarczania i instalację odpylania spalin. Odwołujący wskazał także, że przedsięwzięcie będące przedmiotem zamówienia ograniczone jest w zasadzie tylko do samych instalacji odsiarczania i odpylania. Wykonawca nie wykonuje komina, a kanały spalin są realizowane jedynie w niezbędnym zakresie. Jak stanowi pkt 4.1.6. PFU (Dane techniczne kanałów spalin i komina) Zamawiający wymaga zabudowy nowych kanałów

spalin jedynie w niezbędnym zakresie tj. zapewniającym przepływ spalin od wyjścia z kotła do wejścia do komina. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mają zatem możliwości uzyskiwania znających oszczędności dzięki efektowi skali.

Odwołujący argumentował również, że wykonawcy nie mają również możliwości osiągnięcia oszczędności w związku z jednoczesną realizacją kilku instalacji odsiarczania i odpylania dla różnych zamawiających. Przedsięwzięcie stanowiące przedmiot zamówienia ma charakter unikalny. Charakter ten wynika nie tylko z faktu projektowania i budowy instalacji dla konkretnych jednostek wytwórczych, ale również z niepowtarzanych warunków lokalizacyjnych właściwych jedynie dla tej ciepłowni. Jak stanowi pkt 4.1.13 (Lokalizacja włączy / wpięć dostępnych mediów) Zamawiający przewiduje zabudowę instalacji odsiarczania spalin z kotła WR - 25 nr 3 i kotła OR - 50N w miejscu istniejących instalacji odpylania tych jednostek zabudowanych między budynkiem EC - II a kominem żelbetowym H100. Ponadto wykonawca jest zobowiązany do uwzględnienia, iż prace budowlane prowadzone będą na obszarze działającej Elektrociepłowni. W związku z powyższym, prace należy prowadzić w taki sposób, aby roboty te nie ograniczyły możliwości wytwórczych kotłów objętych Inwestycją oraz pozostałych instalacji towarzyszących. Po stronie Wykonawcy leży obowiązek zabezpieczenia (pod względem technologicznym) ciągłości pracy Elektrociepłowni w okresie i zakresie realizacji Robót budowlanych. Wszelkie działania mogące zakłócić ciągłość pracy Elektrociepłowni winny być uzgadniane pisemnie z Zamawiającym. Zdaniem odwołującego, unikalny charakter przedsięwzięcia stanowiącego przedmiot zamówienia potwierdza pośrednio sam Instal Filter. Wykonawca ten informuje na swojej stronie internetowej: *„Nigdy nie wyprodukowaliśmy dwóch takich samych instalacji. Każde nowe zlecenie jest inne, tak jak różne są potrzeby naszych Klientów.”*, co potwierdza, że nie można traktować powodu ich niższej ceny dzięki np. produkcji ciągłej. Wszystkie tego typu realizacje są indywidualne i znacząco różnią się od poprzednich.

Odwołujący wskazał, że na podstawie powszechnie dostępnych informacji o potencjale wytwórczym przystępującego można wywnioskować, że wykonawca ten wykonuje samodzielnie kluczowe elementy instalacji. Jak informuje sam przystępujący *„Produkcja odbywa się w zakładzie zlokalizowanym w Kościanie, gdzie na powierzchni ok. 8000 m2, z wykorzystaniem nowoczesnych technologii i parku maszynowego, wytwarzane są elementy urządzeń i instalacji ochrony powietrza. Dzięki temu, że kluczowe elementy instalacji wykonujemy sami, możemy zaoferować naszym Klientom najlepszą jakość w konkurencyjnych cenach”*. Wykonawca ten dysponuje następującym parkiem maszynowym *„Maszyny CNC, technik plazmowych i laserowych, nowoczesnych technologii spawalniczych oraz kompleksowego przygotowania powierzchni dla pokryć antykorozyjnych”*. Powyższe oznacza, że przystępujący produkuje konstrukcje stalowe, zatem ten zakres rzeczowy może

stanowić obszar do analizy przewag cenowych tego wykonawcy w stosunku do innych wykonawców.

Odwołujący wywiódł, że biorąc pod uwagę zakres rzeczowy wszystkich świadczeń przewidzianych do wykonania w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, każdy z wykonawców musi zrealizować co najmniej następujące zadania, wynikające z PFU

- 1) Projekt budowlany i wykonawczy instalacji
- 2) Demontaże istniejących instalacji odpylających,
- 3) Wyburzenia obiektów,
- 4) Częściowa rozbiórka istniejących fundamentów,
- 5) Wykonanie przekładek w gruncie,
- 6) Utylizacja gruzu,
- 7) Wykonanie nowych fundamentów m.in.: zbiorniki x2, filtry workowe i reaktory odsiarczania x2, wentylatory x2.
- 8) Dostawa konstrukcji stalowych - Konstrukcje wsporcze kanałów spalin, kanały spalin, konstrukcje wsporcze reaktorów i filtrów workowych,
- 9) Dostawa urządzeń
 - a) Filtry workowe x2
 - b) Reaktory x2
 - c) Zbiornik wapna
 - d) Zbiornik PPR
 - e) Instalacja transportu pneumatycznego
 - f) Instalacja sprężonego powietrza x2
 - g) Wentylatory główne (ciągu) x2 oraz szereg wentylatorów i dmuchaw na potrzeby technologii
- 10) Prace montażowe na obiekcie
 - a) Montaż konstrukcji stalowych z punktu 8
 - b) Montaż urządzeń z pkt 9
 - c) Izolacja instalacji: kanały spalin, filtr workowy, zbiornik PPR
- 11) Dostawa i montaż rurociągów technologicznych z wymaganą armaturą
- 12) Dostawa i montaż Instalacji elektrycznych do zasilania urządzeń
- 13) Dostawa i montaż urządzeń systemu AKPiA do sterowania instalacją
- 14) Prace budowlane zagospodarowania terenu: drogi, place itp.

Odwołujący wskazał, że przedstawia uszczegółowienie prac, jakie przystępujący ma techniczną możliwość wykonania na własnym zakładzie lub własną załogą, aby oszacować możliwą wartość przewagi konkurencyjnej. W tym celu założono, że wszystkie roboty stalowe będą wykonane samodzielnie przez przystępującego. Przy wycenie prac

konstrukcyjnych jednostką obmiarową jest masa konstrukcji stalowych. Ze względu na posiadaną wiedzę o wytycznych konstrukcyjnych tj. rodzaju materiału, grubości blach, wytycznych statycznych, ilości spalin można oszacować wagę poszczególnych elementów. Odwołujący zaznaczył, że masy są przeliczone na kompaktową zabudowę instalacji przy małych reaktorach mechanicznych. W przypadku zastosowania innych rozwiązań masa wzrośnie co powinno się przełożyć na wyższą cenę firmy przystępującego. Odwołujący przedstawił szacowane masy:

Nazwa konstrukcji	Masa	Jedn.
Kanały spalin	40	t
Zbiornik wapna 205m ³	35	t
Zbiornik PPR 205m ³	35	t
Reaktor odsiarczania x2	70	t
Filtry workowe x2	160	t
Konstrukcje wsporcze w/w	180	t
Łącznie*	520	t
*Błąd szacunkowy +/- 15%		

Produkcja

Nazwa konstrukcji	Masa	Jedn.	Cena min. zł/t	Cena max zł/t	Średnia zł/t	Minimalna cena	Stosunek do średniej ceny
Kanały spalin	40	t	8500	12 500	10 500	340 000,00 zł	24%
Zbiornik wapna 205m ³	35	t	11 000	14 000	12 500	385 000,00 zł	14%
Zbiornik PPR 205m ³	35	t	11 000	14 000	12 500	385 000,00 zł	14%
Reaktor odsiarczania x2	70	t	9 000	12 000	10 500	630 000,00 zł	17%
Filtry workowe x2	160	t	9 000	12 000	10 500	1 440 000,00 zł	17%
Konstrukcje wsporcze w/w	180	t	7 000	9 500	8 250	1 260 000,00 zł	18%
Łącznie	520					4 444 000,00 zł	
Możliwa średnia procentowa oszczędność dla w.w. zakresu [%]						17%	
Możliwa oszczędność						754 800,00 zł	

Odwołujący wskazał, że powyższa tabela zawiera ceny rynkowe. Dla zbadania poprawności założeń, przebadano szczegółowo cenę wytworzenia dla przykładowego typu konstrukcji wsporczej (180 ton). Szczegółowe wyliczenia przedstawił poniżej:

Cena Materiałowa łącznie	3500 zł/t	- cena jednakowa dla wszystkich
Cena materiałowa stal S235	2 800 zł/t	
Naddatek materiałowy 7%	Naddatek materiałowy 7%	
Materiały spawalnicze	500 zł/t	
Malowanie konstrukcji C3	1 000 zł/t	Wycena w oparciu o minimalne oferty rynkowe
Koszty pracownicze	1 100 zł/t	Cena pracownicza wytworzenia 1 tony konstrukcji stalowej
Czas wytworzenia 1 tony	55 rbg	Wartość optymalna, zgodna z technologią produkcji konstrukcji stalowych
Cena 1 rbg	20,00 zł/rbg	https://www.wielkiebudowanie.pl/go.live.php/PL-H473/place-w-budownictwie.html
Amortyzacja, koszty maszyn	500 zł/t	wynikowo
Koszty prowadzenia działalności 5%	300 zł/t	wynikowo
Koszty łącznie	6 400 zł/t	wynikowo
Szacowany narzut firmy 10%	7 040 zł/t	

Zdaniem odwołującego z powyższego płyną następujące wnioski:

- 1) w/w wyliczenia ceny są koherentne z ceną minimalną rynkową wyliczoną w tabeli produkcja (7 000 zł/t vs. 7 040 zł/t) co potwierdza słuszność wyliczeń.
- 2) Można przyjmować, że konstrukcje stalowe Instal Filter produkuje i sprzedaje w najniższych możliwych cenach rynkowych.
- 3) Możliwa oszczędność na kosztach produkcji konstrukcji stalowych wynosi przy produkcji własnej Instal Filter wynosi 754 800,00 zł
- 4) Cena Instal Filter w Postępowaniu jest niższa od ceny Odwołującego o 7 345 629,69 zł co stanowi prawie 10x krotność więcej, aniżeli możliwa oszczędność wynikająca z posiadania własnej produkcji. Taka różnica nie jest uzasadniona i stanowi wycenę poniżej kosztów wytworzenia.
- 5) Powyższe założenia nie uwzględniają przewagi konkurencyjnej Odwołującego, która cały zakres elektryczny i automatyki wykonuje własnymi zasobami, a które firma Instal Filter musi zakupić z rynku i powinna podnieść o swoje narzuty. Wycena tych prac to co najmniej wartość 3 500 000,00 PLN.

Według odwołującego nawet w przypadku przyjęcia najbardziej optymistycznych założeń dotyczących oferty Instal Filter nie da się racjonalnie wytłumaczyć tak drastycznej

różnicy cenowej pomiędzy ceną oferty tego wykonawcy, a cenami ofert pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk odwołujący podniósł, że zamawiający dokonał pełnego utajnienia wyjaśnień Instal Filter dotyczących ceny oferty. Odwołujący wskazał, że udostępniono mu jedynie uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz kalkulację (będącą jedynie rozbiciem ceny). W ocenie Odwołującego odmowa udostępnienia pozostałych dokumentów nie znajduje oparcia w przepisach prawa.

Odwołujący wywiódł, że odmowa udostępnienia wyjaśnień jest w szczególności nieuzasadniona w stosunku do pozycji zawartych w kalkulacji, w stosunku do których Instal Filter wskazał, że jest to „Wycena własna” lub „Produkcja własna”. Odwołujący wskazał, iż chodzi o wskazanie przyjętych przez Instal Filter do wyceny zakresów rzeczowych poszczególnych czynników produkcji (w tym w szczególności ilości materiałów i urządzeń), przyjętej do kalkulacji pracochłonności (ilości roboczogodzin), ilości pracy sprzętu oraz wreszcie cen robocizny, materiałów i sprzętu. Innymi słowy chodzi o założenia metodologiczne przyjętej wyceny oraz ceny czynników produkcji.

Odwołujący argumentował, że dane tego rodzaju jak źródła zaopatrzenia, czy technologii stanowić mogą tajemnicę przedsiębiorstwa. Czymś innym jest jednak podanie informacji o założeniach przyjętych do wykonania danego elementu przedmiotu umowy, a czymś innym szczegółowa wiedza techniczna lub organizacyjna o rozwiązaniach pozwalających na przyjęcie takiego założenia. Analogicznie jest z cenami czynników produkcji przyjętymi do wyceny. Informacja o kontrahencie może być tajemnicą przedsiębiorstwa, ale sama wartość czynnika produkcji (np. cena robocizny) przyjęta do kalkulacji nie narusza przecież żadnej tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie posiada bowiem ona takiej postaci wyodrębnienia i konkretyzacji, aby naruszać jakikolwiek dobro prawnie chronione.

Odwołujący argumentował, że w analogiczny sposób należy oceniać odmowę odtajnienia przez zamawiającego informacji o fakcie załączenia do wyjaśnień ofert kooperantów Instal Filter. Nawet w dokumentach odtajnionych Instal Filter informuje, że oparł swoje wyceny o oferty podmiotów zewnętrznych (zwłaszcza dostawców, firm budowlanych). O ile można sobie wyobrazić zastrzeżenie treści takich ofert jako tajemnicy przedsiębiorstwa, o tyle utajnienie przed wykonawcami faktu, że załączono do wyjaśnień Instal Filter oferty podmiotów zewnętrznych na potwierdzenie wartości wycen poszczególnych pozycji ujętych w kalkulacji, nie znajduje już żadnego oparcia w przepisach prawa. Poprzez ujawnienie samej tylko informacji, czy do wyjaśnień załączono oferty podmiotów zewnętrznych oraz że potwierdzają one wyceny ujęte w kalkulacji nie stanowi przecież ujawnienia żadnej informacji

technicznej, technologicznej, organizacyjnej przedsiębiorstwa lub innej informacji posiadającej wartość gospodarczą.

Odwołujący wskazał też, że ewentualna skuteczność utajnienia ofert podmiotów zewnętrznych jest uzależniona od zastrzeżenia utajnienia ich treści przez podmioty je składające. Oferty, zwłaszcza na dostawy potrzebne do realizacji przedmiotu zamówienia odbywają się na rynku w pełni otwartym i konkurencyjnym.

Odwołujący wskazał, że Instal Filter w żaden sposób nie udowodnił zamawiającemu podjęcia działań zmierzających do ochrony przedmiotowych informacji mających rzekomo stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wywiódł, że z wyjaśnień Instal Filter z dnia 9 lipca 2020 r. w sprawie rażąco niskiej ceny, wynika, że wykonawca ten przedłożył zamawiającemu na potwierdzenie faktu podjęcia działań zmierzających do zachowania w poufności zastrzeżonych informacji następujące dokumenty:

- Certyfikat ESET Endpoint Antivirus;
- fakturę VAT nr F/433/03/2018 point sp. z o.o.;
- Certyfikat ICSSA labs dla programu Fortinet;
- faktura VAT nr 197/FW18 „InformAS”;
- Umowę na wykonywanie usługi monitorowania systemu alarmowego;
- Umowę o wykonywanie czynności prewencyjnych;
- Instrukcję Zarządzania Systemem Informatycznym INSTAL-FILTER SA;

Odwołujący wskazał, że wprawdzie nie uzyskał tych dokumentów od zamawiającego, jednakże dysponuje nimi ponieważ zostały złożone przez Instal Filter w toku postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1152/20, w której zapadł wyrok nakazujący zamawiającemu odtajnienie oferty Instal Filter. Zdaniem odwołującego dokumenty te w żaden sposób nie odnoszą się do informacji utajnionych zawartych w wyjaśnieniach Instal Filter i dowodach w sprawie ceny rażąco niskiej załączonych do wyjaśnień Instal Filter. Odwołujący wskazał również, że oceny waloru dowodowego tych dokumentów dokonała KIO w wyroku KIO z dnia 9 lipca 2020 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1152/20 stwierdzając: *„(...) należy stwierdzić, że złożone przez przystępującego na rozprawie dowody nie zawierają treści potwierdzających np. klasyfikację i znakowanie poufnych informacji (żaden dokument się do tego nie odnosi), wprowadzenie klauzul o zachowaniu poufności do umów z kontrahentami (brak takich postanowień w złożonych umowach), stosowanie zabezpieczeń systemów informatycznych i danych zapisanych w postaci elektronicznej (brak takich postanowień w Instrukcji zarządzania systemem informatycznym, która jest dokumentem stworzonym w celu ochrony danych osobowych, tymczasem przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie dane osobowe, tylko dane techniczne).”*.

W końcowej części odwołania odwołujący podniósł, że w konsekwencji wadliwie dokonanej oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Instal

Filter, zamawiający bezpodstawnie odmówił przekazania odwołującemu informacji zawartych w wyjaśnieniach Instal Filter i dowodach w sprawie ceny rażąco niskiej załączonych do wyjaśnień Instal Filter.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i pismo procesowe z 5 października 2020 r., w których wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Instal-Filter Przemysłowe Systemy Ochrony Powietrza S.A. w Kościanie. Ostatecznie wniósł o pominięcie przy rozpoznawaniu odwołania zarzutu nr 2 str. trzecia odwołania, w pozostałym zakresie zaś wniósł o oddalenie odwołania. Złożył pisma procesowe, w których przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę przystępującego, ofertę odwołującego, wezwania zamawiającego z 26 czerwca 2020 r. i 29 czerwca 2020 r. skierowane do przystępującego w toku postępowania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia przystępującego z 9 lipca 2020 r. wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 17 lipca 2020 r., odpowiedź zamawiającego na wniosek odwołującego o udostępnienie załączników do protokołu, dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania przy pismach procesowych oraz w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Instal-Filter Przemysłowe Systemy Ochrony Powietrza S.A. w Kościanie uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, w tym przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego

zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wybranej. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla inwestycji „Budowa/przystosowanie instalacji odpylania i budowa instalacji odsiarczania spalin dla kotłów węglowych WR-25 nr 3 i OR-50N zainstalowanych w elektrociepłowni w Opolu przy ul. Harcerskiej”.

Szczegółowy Opis przedmiotu zamówienia przedstawiony został w Części III SIWZ, jak również wynika z postanowień wzoru umowy (Część II SIWZ) (pkt 3.2. SIWZ).

Ustalono, że we wzorze formularza ofertowego (załącznik 1 do SIWZ) zamawiający wymagał od wykonawców podania m.in. następujących parametrów:

pkt 5.1. *„Zużycie sprężonego powietrza w Nm³ / MWh wyprodukowanej energii cieplnej dla stężenia 180 mg/ Nm³ SO₂, dla spalin suchych przeliczonych na 6% zawartości O₂ w spalinach dla węgla klasy 23/20/0,8, dla mocy nominalnej - dla kotła WR – 25 nr 3”*,

pkt 5.2. *„Zużycie sprężonego powietrza w Nm³ / MWh wyprodukowanej energii cieplnej dla stężenia 180 mg/ Nm³ SO₂, dla spalin suchych przeliczonych na 6% zawartości O₂ w spalinach dla węgla klasy 23/20/0,8, dla mocy nominalnej dla kotła WR – 50 N”*.

Ustalono również, że zamawiający wskazał, co następuje:

„Pkt 8.3. Spełnianie przez roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego

Wykonawca musi wykazać, że Roboty budowlane będą spełniały wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, składając Zamawiającemu koncepcję wykonania Robót budowlanych, na wzorze stanowiącym Załącznik nr 9 do niniejszej DW. (...)

Z przedłożonej Koncepcji musi wprost wynikać sposób wykonania przez Wykonawcę Robót budowlanych, w tym dotyczącym właściwości przedmiotu zamówienia, jego cech technicznych i jakościowych, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego we wzorze Koncepcji (Załącznik nr 9 do IDW), potwierdzającym zgodność z PFU (Część III SIWZ).”

Ustalono ponadto, że do części I SIWZ (IDW) załączono jako załącznik nr 9 „wzór koncepcji wykonania robót budowlanych”.

W pkt 2 wzoru koncepcji zamawiający wymagał od wykonawców złożenia oświadczenia o treści: *Zgodnie z wymaganiami wskazanymi w pkt. 8.3 IDW, w załączeniu przedstawiamy Opis techniczno – technologiczny (koncepcję wykonania Robót budowlanych) – propozycję Wykonawcy, opisującą proponowane przez nas rozwiązania techniczne w ramach Inwestycji, w sposób umożliwiający Zamawiającemu ocenę zgodności zaproponowanego rozwiązania z wymaganiami przedstawionymi w SIWZ oraz porównanie ofert.*

W pkt 4 wzoru koncepcji zamawiający wymagał od wykonawców złożenia oświadczenia o treści: *Wykonawca oświadcza, że oferowana przez niego Instalacja Oczyszczania Spalin zawierać będzie wszystkie elementy niezbędne do jej eksploatacji, spełniać będzie cele przedmiotowego Przedsięwzięcia, a w szczególności wykonana będzie zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz wymaganiami określonymi w Programie Funkcjonalno-Użytkowym.*

W pkt 5 wzoru koncepcji zamawiający wskazał: *Wykonawca opíše zwięźle, jakie podstawowe rozwiązania zamierza zastosować w ramach realizacji Przedsięwzięcia wraz z podaniem ich podstawowych danych technicznych, a w określonych przypadkach przedstawi wymagane załączniki.*

Ustalono także, że wzór koncepcji zawierał do wypełnienia następującą tabelę

Lp.	Wyszczególnienie	Opis proponowanych rozwiązań wraz z parametrami technicznymi	Załącznik
1	Ogólny opis założeń dla Instalacji Oczyszczania Spalin		Schemat
2	Instalacja odsiarczania (w tym opis dozowania reagenta – dysze)		
3	Instalacja odpylania		
4	Kanały spalin		
5	Izolacja termiczna urządzeń / instalacji		
6	Wentylatory wyciągowe		
7	Instalacja magazynowania i przesyłu reagenta		
8	Instalacja magazynowania i		

	przesyłu odpadów z instalacji odpylania końcowego (sposób utylizacji odpadu)		
9	Konstrukcje inżynierskie		
10	Układ zasilania elektroenergetycznego		
11	Układ automatyki i sterowania		
12	Stacja sprężarkowa i zbiorniki sprężonego powietrza		
13	Instalacje pomocnicze (w tym: przyłącza, odprowadzanie ścieków / wód opadowych)		
14	Plan sytuacyjny rozmieszczenia głównych urządzeń Instalacji Oczyszczania Spalin		Mapa
15	Układ komunikacyjny (w tym drogi i place manewrowe) i pozostałe zagospodarowanie przestrzenne terenu		Mapa

Ustalono także, że zamawiający w części III SIWZ (program funkcjonalno-użytkowy) wskazał m.in. co następuje:

2. Ogólny opis przedmiotu zamówienia

W związku z zastrzegającymi się wymaganiami ochrony środowiska, zainstalowane na terenie Elektrociepłowni jednostki wytwórcze tj. kocioł WR — 25 nr 3 i kocioł OR — 50N muszą zostać wyposażone w Instalację Oczyszczania Spalin.

Instalacja ta ma zapewnić osiągnięcie redukcji stężeń SO_2 i pyłu w spalinach do poziomów Parametrów Gwarantowanych wskazanych w pkt 6 niniejszego PFU.

Instalacja Oczyszczania Spalin będzie składała się z następujących głównych komponentów:

- o Instalacja odsiarczania spalin: metoda pól sucha gwarantująca osiągnięcie redukcji związków siarki w spalinach do poziomów wymaganych (Parametrów Gwarantowanych), podanych w pkt 6 PFU, dedykowana poszczególnym jednostkom wytwórczym z elementami wspólnymi (np. zbiornik reagenta, stacja rozładownicza) umożliwiającymi niezależną pracę jednostek wytwórczych. Jako reagent stosować wyłącznie

powszechnie dostępne w handlu reagenty wapniowe, zapewniające dywersyfikację dostaw.

- o Instalacja odpylania spalin z wykorzystaniem worków filtracyjnych gwarantująca osiągnięcie redukcji pyłu w spalinach do poziomów wymaganych (Parametrów Gwarantowanych) podanych w pkt 6 PFU, dedykowana poszczególnym jednostkom wytwórczym.

(...)

4.1.6 Dane techniczne kanałów spalin i komina

Stan techniczny istniejących kanałów spalin od kotłów do komina jest dobry. Zamawiający wymaga zabudowy nowych kanałów spalin jedynie w niezbędnym zakresie tj zapewniającym przepływ spalin od wyjścia z kotła do wejścia do komina. (...)

4.1.13

Uwarunkowania lokalizacyjne

Zamawiający przewiduje zabudowę instalacji odsiarczania spalin z kotła WR — 25 nr 3 i kotła OR — 50N w miejscu istniejących instalacji odpylania tych jednostek zabudowanych między budynkiem EC — II a kominem żelbetowym H100.

8.1.7. Instalacja sprężonego powietrza

Ze względu na brak rezerwy sprężonego powietrza Wykonawca wykona w ramach budowy Instalacji Oczyszczania Spalin układ wytwarzania sprężonego powietrza osuszonego klasy AKPiA tj. osuszonego do temperatury pkt. rosy - 400C. Stacja wytwarzania sprężonego powietrza powinna w pełni pokrywać zapotrzebowanie Instalacji Oczyszczania Spalin na sprężone powietrze. Zamawiający wymaga zabudowę urządzeń sprężonego powietrza na istniejącej sprężarkowi. Zamawiający informuje, że ciśnienie powietrza w centralnym układzie sprężonego powietrza wynosi od 6 do 7 barg. Wykonawca poda w ofercie zapotrzebowanie Instalacji Oczyszczania Spalin na sprężone powietrze w Nm³/h dla jej maksymalnego poboru. Do instalacji każdego kotła doprowadzić sprężone powietrze jednym przyłączem od magistrali sprężonego powietrza, punkt wpięcia w budynku EC — II.

Każde przyłącze wyposażać w co najmniej: zawór odcinający, układ do pomiaru przepływu, zbiornik buforowy dobrany do potrzeb instalacji z układem automatycznego odolejania wraz z układem separacji, układ filtrów i osuszacz.

Urządzenia sprężonego powietrza winny zapewniać pokrycie 100% zapotrzebowania instalacji sprężonego powietrza dla Instalacji Oczyszczania Spalin, ze 100% rezerwą (zabudowa 2 sprężarek). Sprężarki wyposażać w przemienniki częstotliwości.

9. Pozostałe wymagania dla branży technologicznej I instalacyjnej

Zamawiający wymaga aby przy doborze poszczególnych urządzeń do Instalacji Oczyszczania Spalin stosować się do poniższych wymagań:

(...)

o materiał worków filtracyjnych:

- wykonanie góra snapring wraz z zakładką
- wykonanie dno podwójne ze wzmocnieniem
- materiał filtracyjny: PTFE
- tkanina nośna: PTFE
- obróbka PTFE

(...)

o odpylacze końcowe należy dobrać z co najmniej 10% zapasem powierzchni / wydajności w stosunku do parametrów projektowych.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 28.494.967,50 zł netto plus podatek VAT. Wartość tę ustalono 17 grudnia 2019 r. na podstawie planowanych prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym z dnia 17 grudnia 2019 r. (pkt 4 i 5 protokołu postępowania, w aktach sprawy).

Ustalono na podstawie pkt 12 protokołu postępowania, że do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli wykonawcy oferując następujące ogólne ceny netto:

- a) odwołujący – 28,245.629,69 zł,
- b) przystępujący – 20.900.000,00 zł,
- c) wykonawca Energika M. S., Z. S. sp. j. w Zasutowie – 31.500.000,00 zł.

Ustalono, że przystępujący w formularzu ofertowym oświadczył, że wiążąco deklaruje osiągnięcie m.in. następujących parametrów:

pkt 5.1. „Zużycie sprężonego powietrza w Nm^3 / MWh wyprodukowanej energii cieplnej dla stężenia $180 \text{ mg} / Nm^3 SO_2$, dla spalin suchych przeliczonych na 6% zawartości O_2 w spalinach dla węgla klasy 23/20/0,8, dla mocy nominalnej - dla kotła WR – 25 nr 3” na poziomie $18,75 Nm^3/MWh$,

pkt 5.2. „Zużycie sprężonego powietrza w Nm^3 / MWh wyprodukowanej energii cieplnej dla stężenia $180 \text{ mg} / Nm^3 SO_2$, dla spalin suchych przeliczonych na 6% zawartości O_2 w spalinach dla węgla klasy 23/20/0,8, dla mocy nominalnej dla kotła WR – 50 N” na poziomie $14,89 Nm^3/MWh$.

Ustalono ponadto, że przystępujący załączył do swej oferty koncepcję wykonania robót budowlanych. W swej koncepcji nie podał informacji na temat sposobu utylizacji odpadu.

Ustalono, że zamawiający 26 czerwca 2020 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących ceny lub kosztu.

Ustalono także, że zamawiający 29 czerwca 2020 r., w nawiązaniu do wezwania z dnia 26 czerwca 2020 r. sprecyzował, że *konieczne jest wyjaśnienie przez Wykonawcę sposobu kalkulacji ceny, w tym złożenia dowodów, pod kątem zachowania wymogów wskazywanych w PFU, a dotyczących:*

- a) *wskazanej w PFU metody pólsochey odsiarczania spalin, gwarantującej osiągnięcie redukcji związków siarki w spalinach do poziomów wymaganych w PFU, w tym zastosowaniu reagenta wapniowego powszechnie dostępnego w handlu oraz spełnienia wymagań technologicznych wskazanych w PFU, dot. rozładunku reagenta sypkiego wyłącznie za pomocą układu transportu pneumatycznego z zastosowaniem sprężonego powietrza;*
- b) *zastosowania worków filtracyjnych w celu osiągnięcia redukcji pyłu w spalinach do poziomów podanych w pkt 6 PFU (Parametry Gwarantowane);*
- c) *uwzględnienia w kalkulacji realizacji przedmiotu zamówienia dla konkretnych, istniejących jednostek wytwórczych, w zakresie zgodnym z PFU, w tym z uwzględnieniem warunków lokalizacyjnych (obowiązek zabezpieczenia ciągłości pracy Elektrociepłowni);*
- d) *możliwość wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia na własnym zakładzie lub własną załogą oraz wpływ na cenę oferty;*
- e) *sposobu kalkulacji i ewentualnych oszczędności w zakresie dot. zakresu prac elektrycznych i automatyki dla niniejszego zamówienia.*

Jednocześnie Zamawiający raz jeszcze wskazuje, że to zakres przedmiotu zamówienia determinuje w każdym postępowaniu kalkulacje wykonawców, zatem wyjaśnienia Wykonawcy mają dotyczyć konkretnej zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu ceny.

Ponadto, Zamawiający ponownie wskazuje, że wyjaśnienia Wykonawcy nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Ponadto, Wykonawca winien przedstawić, w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny. To na Wykonawcy spoczywa nie tylko obowiązek przedstawienia szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień, ale również w miarę możliwości przedstawienie odpowiednich dowodów na ich poparcie.

W dalszej części ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwania przystępujący złożył wyjaśnienia z 9 lipca 2020 r. Treść wyjaśnień ceny wraz z załącznikami nr 3-10 zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu zastrzeżenia przystępujący wskazał, co następuje.

A. Brak ujawnienia zastrzeżonej informacji do wiadomości publicznej

Po pierwsze, zawarte w wyjaśnieniach informacje wraz z załącznikami (obrazujące sposób dokonanej przez Wykonawcę kalkulacji ceny) nie są informacjami powszechnie dostępnymi. Nie były nigdzie publikowane, ogłaszane. Nie wynikają one z żadnych powszechnie obowiązujących cenników i są wynikiem autorskiej kalkulacji Wykonawcy, wypracowanej przez zespół fachowców w oparciu o wieloletnie doświadczenie w branży Wykonawcy i jego sieć kontaktów z kontrahentami, przy czym wyniki prowadzonych negocjacji objęte były klauzulą poufności. Reasumując, są to informacje jako całość nieznane ogółowi. Wykonawca przykłada dużą wagę, by przedmiotowe informacje pozostały tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób jest rozpoznawalna. Żaden przedsiębiorca (konkurent) nie może dowiedzieć się o ich treści zwykłą drogą. Wykonawca wyjaśnia, że utajnienie tych informacji należy uznać za zgodne z prawem, bowiem zgodnie z postanowieniem Sądu Antymonopolowego z dnia 30 października 1996 r., XVII Amz 3/96, tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu.

B. Posiadanie przez zastrzeżoną informację wartości gospodarczej

Po drugie, informacje zawarte w wyjaśnieniach mają niewątpliwie wartość gospodarczą, ponieważ dotyczą one kalkulacji cenowej oferty Wykonawcy, której metoda jest przecież kluczowa dla utrzymania przewagi konkurencyjnej Wykonawcy nad jego konkurentami.

Wyliczenia zawarte w samych wyjaśnieniach Wykonawcy stanowią informację o szeroko rozumianym know-how Wykonawcy, w zakresie kalkulacji kosztów prowadzenia działalności. Z wyjaśnień tych można pozyskać informacje o sposobie kalkulowania ceny przyjętym przez Wykonawcę, oszczędnościach, jakie jest w stanie poczynić przy kalkulacji ceny wykonania zamówienia a przede wszystkim sposobach umniejszenia niektórych kosztów a także stosowanego przez Wykonawcę nakładu poszczególnych czynników wpływających na cenę, zbilansowanych w sposób zapewniających wykonanie zamówienia z poniesieniem jak najniższych kosztów przy osiągnięciu optymalnego zysku. Powyższe stanowi dla Wykonawcy wymierną wartość gospodarczą, gdyż jest informacją o sposobach kalkulowania ceny przez Wykonawcę, które pozwalają na wykonanie zamówienia po cenie konkurencyjnej wobec innych ofert, przy przyjęciu wszystkich kosztów, które Wykonawca musi ponieść i zapewnieniu mu jednocześnie oczekiwanego zysku. Sposób kalkulacji ceny

został wypracowany na gruncie wieloletniego doświadczenia Wykonawcy, udostępnienie tej wiedzy innym wykonawcom mogłoby spowodować, że potencjalni konkurenci na rynku przyjmując wypracowany przez Wykonawcę system kalkulowania ceny będą w stanie zaoferować ceny zbliżone do ceny skalkulowanej przez Wykonawcę. Wartość gospodarcza przedmiotowych informacji, wobec stopnia ich szczegółowości i związanej z tym łatwości w odgadnięciu przez konkurentów polityki cenowej Wykonawcy, jest więc jednoznaczna i Wykonawca jest w pełni uprawniony do podjęcia niezbędnych działań w celu ich ochrony.

C. Podjęcie przez Wykonawcę działań zmierzających do zachowania zastrzeżonej informacji w poufności

Po trzecie, spełniona została ostatnia z przesłanek uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa tj. Wykonawca podjął działania zmierzające do zachowania zastrzeżonej jako tajemnica informacji w poufności.

Przed wszystkim do tych dokumentów dostęp ma jedynie bardzo wąskie grono osób, wszystkie te osoby z racji zajmowanych stanowisk oraz na mocy odpowiednich postanowień umowy o pracę zobowiązane są do zachowania poufności i nieujawniania informacji pozyskanych w związku z wykonywaniem powierzonych im obowiązków a stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dowody:

– Oświadczenia o zachowaniu poufności w zakresie Oferty podpisywane przez osoby odpowiedzialne za sporządzenie Oferty technicznej i wszelkich załączników technicznych oraz wycenę;

Wszelkie dokumenty w formie elektronicznej przechowywane są w systemie komputerowym i w sieci komputerowej, do których dostęp jest chroniony hasłem i jest możliwy jedynie dla upoważnionych osób. Poczta elektroniczna, za pośrednictwem której Wykonawca otrzymał oferty jest chroniona hasłem. Dokumenty w formie papierowej (oferty, kosztorys) są zabezpieczone w zamkniętej szafie, do której kluczem dysponują jedynie ww. osoby. Dostęp do budynku, w którym znajdują się dokumenty i nośniki elektroniczne, zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jest chroniony przez całą dobę za pomocą monitoringu, ochrony oraz elektronicznej weryfikacji osób mających dostęp do budynku (elektroniczne karty wstępu do budynku, którymi dysponują pracownicy i goście po uprzedniej weryfikacji tożsamości – za okazaniem dowodu tożsamości). Ponadto w godzinach, w których pracownicy nie przebywają w budynku jest on chroniony systemem alarmowym, a teren wokół budynku podlega stałej ochronie i monitorowaniu.

Dowody:

- Certyfikat ESET Endpoint Antivirus;
- faktura VAT nr F/433/03/2018 point sp. z o.o.;

- *Certyfikat ICASA labs dla programu Fortinet;*
- *faktura VAT nr 197/FV/18 „InformAS”;*
- *Umowa na wykonywanie usługi monitorowania systemu alarmowego;*
- *Umowa o wykonywanie czynności prewencyjnych;*
- *Instrukcja Zarządzania Systemem Informatycznym INSTAL-FILTER SA;*

Powyższe potwierdza, że Wykonawca podjął niezbędne działania w celu zabezpieczenia informacji stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa i zachowaniu ich poufności poprzez uniemożliwienie dostępu do nich osobom nieuprawnionym.

Do wyjaśnień przystępujący załączył następujące załączniki:

Załącznik nr 1 – Szczegółowa kalkulacja ceny oferowanej;

Załącznik nr 2 – prezentacja firmy;

Tajemnica przedsiębiorstwa:

Załącznik nr 3 – Oświadczenie o zachowaniu poufności;

Załącznik nr 4 – Certyfikat ESET Endpoint Antivirus;

Załącznik nr 5 – faktura VAT nr F/433/03/2018 point sp. z o.o.;

Załącznik nr 6 – Certyfikat ICASA labs dla programu Fortinet;

Załącznik nr 7 – faktura VAT nr 197/FV/18 „InformAS”;

Załącznik nr 8 – Umowa na wykonywanie usługi monitorowania systemu alarmowego;

Załącznik nr 9 – Umowa o wykonywanie czynności prewencyjnych;

Załącznik nr 10 – Instrukcja Zarządzania Systemem Informatycznym INSTAL-FILTER SA;

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 17 lipca 2020 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 21 lipca 2020 r., sygn. MN.2210-0002/20 w odpowiedzi na wniosek odwołującego nie udostępnił mu zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części wyjaśnień przystępującego z dnia 9 lipca 2020 r. Odwołującemu udostępniono tym pismem kalkulację będącą załącznikiem nr 1 do wyjaśnień przystępującego z dnia 9 lipca 2020 r.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (zarzut 1 odwołania).

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Co do zarzutu ad 1, tj. niezgodności treści oferty z treścią pkt 8.17 PFU Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Rzeczywiście w pkt 8.1.7. Programu Funkcjonalno - Użytkowego („PFU”), stanowiącego część II SIWZ, zamawiający wskazał, że wykonawcy powinni podać w swoich ofertach m.in. informację o zapotrzebowaniu instalacji odsiarczania na sprężone powietrze dla jej maksymalnego poboru wyrażonej w Nm³/h.

Nie ulegało wątpliwości, że informacja na ten temat nie została podana w ofercie przystępującego. W formularzu ofertowym przystępujący podał jedynie m.in. następujące wartości parametrów:

pkt 5.1. *„Zużycie sprężonego powietrza w Nm³ / MWh wyprodukowanej energii cieplnej dla stężenia 180 mg/ Nm³ SO₂, dla spalin suchych przeliczonych na 6% zawartości O₂ w spalinach dla węgla klasy 23/20/0,8 , dla mocy nominalnej - dla kotła WR – 25 nr 3” na poziomie 18,75 Nm³/MWh.*

pkt 5.2. *„Zużycie sprężonego powietrza w Nm³ / MWh wyprodukowanej energii cieplnej dla stężenia 180 mg/ Nm³ SO₂, dla spalin suchych przeliczonych na 6% zawartości O₂ w spalinach dla węgla klasy 23/20/0,8 , dla mocy nominalnej dla kotła WR – 50 N” na poziomie 14,89 Nm³/MWh.*

Nie było sporne między stronami, że pojęcia „mocy znamionowej” i „maksymalnego poboru” czy „mocy maksymalnej” się różnią. Powyższe wynikało również ze złożonego przez odwołującego na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2020 r. dokumentu Decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dn. 25.08.2017 r. W dokumencie tym wyjaśniono, że moc znamionowa to *techniczna moc urządzenia, na jaką zostało ono skonstruowane przy przewidzianych warunkach pracy. Moc znamionową można utożsamiać z mocą nominalną.* W omawianym dokumencie wyjaśniono też, że *moc nominalna (znamionowa) ... nie może być utożsamiana z maksymalną mocą trwałą* (str. 5 decyzji).

Nie można się jednak zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, który wywiódł w odwołaniu, że postanowienia SIWZ w zakresie spornego obowiązku podania informacji o zapotrzebowaniu instalacji odsiarczania na sprężone powietrze dla jej maksymalnego poboru były jednoznaczne i nie budziły żadnych wątpliwości.

Odwołujący nie dostrzegł, że to zamawiający sporządził wzór formularza ofertowego, w którym w pkt 5.1. i 5.2. nakazał podać wykonawcom informację na temat zapotrzebowania instalacji odsiarczania na sprężone powietrze dla mocy nominalnej, a nie dla maksymalnego poboru. Nie ulegało wątpliwości, że treść formularza ofertowego sporządzonego przez przystępującego odpowiadała wzorowi formularza, jaki przygotował zamawiający. Jak

słusznie zatem wskazał zamawiający, w analizowanej sprawie doszło do wewnętrznej sprzeczności pomiędzy postanowieniami SIWZ, która z jednej strony nakazywała w PFU podać w ofercie informacje na temat zapotrzebowania instalacji odsiarczania na sprężone powietrze dla maksymalnego poboru, a w innym miejscu – na temat zapotrzebowania instalacji na sprężone powietrze dla mocy nominalnej. Za błędy zamawiającego, wyrażające się w niedostosowaniu wzoru formularza ofertowego do postanowień PFU, przystępujący nie może ponosić odpowiedzialności. Wynika to z przyjętej w orzecznictwie Izby niekwestionowanej zasady, że niejasnych czy sprzecznych postanowień SIWZ nie można tłumaczyć na niekorzyść wykonawcy. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Bezzasadny okazał się zarzut dotyczący zaniechania podania przez przystępującego w koncepcji wykonania robót budowlanych informacji w sprawie sposobu utylizacji odpadu.

Ustalono, że rzeczywiście we wzorze koncepcji stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ, w pozycji 8, zamawiający wymagał od wykonawców podania *informacji na temat Instalacji magazynowania i przesyłu odpadów z instalacji odpylania końcowego (sposób utylizacji odpadu)*.

Nie było sporne między stronami, że przystępujący w złożonej przez siebie koncepcji w pkt 8 podał jedynie informacje na temat instalacji magazynowania i przesyłu odpadów z instalacji odpylania końcowego. Nie podał natomiast informacji na temat sposobu utylizacji odpadu.

Zdaniem Izby powyższe zaniechanie nie świadczyło jednak o konieczności odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wzięto pod uwagę, że zamawiający w pkt 8.3. SIWZ wskazał na cel składania koncepcji wykonania robót budowlanych. W powoływanym postanowieniu zamawiający przesądził, że *Wykonawca musi wykazać, że Roboty budowlane będą spełniały wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ, składając Zamawiającemu koncepcję wykonania Robót budowlanych, na wzorze stanowiącym Załącznik nr 9 do niniejszej DW*. Celem składania koncepcji było zatem jedynie udowodnienie, że roboty budowlane będą spełniały wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ.

Nie ulegało zaś wątpliwości, że za utylizację odpadu, zgodnie z przepisami o odpadach, odpowiada zamawiający, a nie wykonawca. To, że utylizacja odpadu nie jest obowiązkiem wykonawcy można było wywieść nawet z treści koncepcji samego odwołującego. Wskazał on bowiem, że odbiór odpadu odbywać się będzie przez specjalistyczną firmę na podstawie odrębnej umowy zawartej z odbiorcą PPR.

Skoro utylizacja odpadu nie jest obowiązkiem wykonawcy w tym postępowaniu, to nie stanowi części robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia. Natomiast koncepcja,

zgodnie z pkt 8.3. SIWZ, miała być składana wyłącznie celem wykazania zgodności robót budowlanych z wymaganymi opisanymi w SIWZ. W związku z powyższym stwierdzono, że brakująca informacja nie stanowiła treści oferty, nie będąc elementem świadczenia wykonawcy. Nie można zatem utrzymywać, aby jej niepodanie świadczyło o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Chybione okazały się zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu:

- zaniechania podania informacji o zaoferowaniu odpylaczy końcowych zaprojektowanych z 10% zapasem powierzchni,
- zaniechania podania informacji o materiale, z jakiego będą wykonane worki filtracyjne,
- zaniechania podania informacji o wyposażeniu sprężarek w przemienniki częstotliwości (falowniki).

Rzeczywiście zamawiający wymagał w pkt 9 PFU aby przy doborze poszczególnych urządzeń do Instalacji Oczyszczania Spalin stosować się do wskazanych tam wymagań. W bulet szesnastym pkt 9 PFU zamawiający określił, że odpylacze końcowe należy dobrać z co najmniej 10% zapasem powierzchni / wydajności w stosunku do parametrów projektowych. W bulet czwartym pkt 9 PFU zamawiający ustanowił wymagania w sprawie materiału worków filtracyjnych [*wykonanie góra: snapping wraz z zakładką, wykonanie dno: podwójne ze wzmocnieniem; materiał filtracyjny: PTFE; tkanina nośna: PTFE, obróbka: PTFE*]. Ustalono ponadto, że w pkt 8.1.7. PFU, zamawiający wymagał wyposażenia sprężarek w przemienniki częstotliwości (czyli w falowniki).

Nie było sporne między stronami, że w koncepcji wykonania robót budowlanych przystępujący nie przedstawił szczegółowych informacji na temat spełnienia przywołanych wyżej elementów opisu przedmiotu zamówienia.

Nie można było jednak zgodzić z odwołującym, że niepodanie szczegółowych informacji na ten temat w koncepcji wykonania robót budowlanych miało świadczyć o niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający we wzorze koncepcji wykonania robót budowlanych, stanowiącej załącznik nr 9 do SIWZ, nie wymagał od wykonawców podania spornych informacji. Co więcej, zamawiający we wzorze koncepcji wskazał, że ma ona zawierać jedynie *zwięzły opis podstawowych rozwiązań wraz z podaniem ich podstawowych danych technicznych*. Skoro zatem zamawiający nie wymagał od wykonawców zawarcia spornych informacji w składanej koncepcji, to brak ich podania nie świadczył o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Ponadto dostrzeżenia wymagało, że w pkt 8.3 SIWZ zamawiający wprost wskazał, że *z Koncepcji wykonania robót budowlanych musiał wprost wynikać sposób wykonania przez wykonawcę Robót budowlanych, w tym dotyczących właściwości przedmiotu zamówienia,*

jego cech technicznych i jakościowych, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego we wzorze Koncepcji (Załącznik nr 9 do IDW], potwierdzającym zgodność z PFU. Odwołujący w swej argumentacji odwoływał się jedynie do fragmentu ww. postanowienia dotyczącego konieczności określenia w koncepcji sposobu wykonania robót. Odwołujący stracił z pola widzenia dalszy fragment, gdzie zamawiający jednoznacznie przesądził, że wskazanie sposobu wykonania robót ma się odbyć jedynie „w zakresie wskazanym przez zamawiającego we wzorze koncepcji”. Skoro zatem wzór koncepcji nie zawierał miejsca na wskazanie spornych oświadczeń, to nie należało ich tam podawać.

Podkreślenia wymagało także, że przystępujący złożył w formularzu ofertowym oświadczenie, że zapoznał się z treścią SIWZ wraz z załącznikami i gwarantuje wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej zmian. Ponadto przystępujący w złożonej koncepcji złożył dodatkowo oświadczenie, że oferowana przez niego Instalacja Oczyszczania Spalin zawierać będzie wszystkie elementy niezbędne do jej eksploatacji, spełniać będzie cele przedmiotowego przedsięwzięcia, a w szczególności wykonana będzie zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz wymaganiami określonymi w programie funkcjonalno-użytkowym (por. str. 2 koncepcji). W tej sytuacji należało uznać, że wykonawca zaoferował zamawiającemu spełnienie wymagań z pkt 9 PFU bulet 16, bulet 4 oraz z pkt 8.1.7. PFU. Zarzuty okazały się zatem chybione.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania pomimo tego, iż przystępujący nie udzielił wymaganych przez zamawiającego wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny i nie przedstawił dowodów w tym zakresie. (zarzut 2 odwołania).

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, 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 lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) 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 przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*

- 3) *wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 4) *wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;*
- 5) *powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

Art. 90 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności oddalono wniosek przystępującego o pozostawienie zarzutu bez rozpoznania, jako stanowiącego nadużycie prawa podmiotowego odwołującego. Izba stwierdziła, że ustawa Pzp nie zna instytucji pozostawienia zarzutu bez rozpoznania jako stanowiącego nadużycie prawa podmiotowego odwołującego.

Niezależnie jednak od powyższego Izba stwierdziła, że wniosek ten nie znajdował również oparcia w stanie faktycznym sprawy. Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 25 sierpnia 2020 r. wywiódł, że zarzut oparty jest na lekturze kalkulacji szczegółowej ceny ofertowej przystępującego, stanowiącej załącznik nr 1 do wyjaśnień przystępującego z dnia 9 lipca 2020 r. Argumentował, że treść tej kalkulacji zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa, zaś odwołujący miał wejść w jej posiadanie w sposób bezprawny.

Wzięto pod uwagę, że lektura wyjaśnień przystępującego z dnia 9 lipca 2020 r. prowadziła do wniosku, że przystępujący nie zastrzegł szczegółowej kalkulacji jako tajemnicy swego przedsiębiorstwa. Podkreślenia wymagało, że na ostatniej stronie opisowej części wyjaśnień wykonawca wymienił załączniki od 1 do 10. Jako załącznik nr 1 wskazano sporną szczegółową kalkulację. Co istotne, przystępujący zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa jedynie załączniki nr 3 do 10 do tego pisma. Wyrażenie „tajemnica przedsiębiorstwa” z dwukropkiem znajduje się pod wymienionymi wyżej załącznikami 1 i 2. Powyższe prowadziło do wniosku, że przystępujący zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa wyłącznie załączniki nr 3 do 10, a przynajmniej zamawiający miał prawo tak zinterpretować oświadczenia przystępującego.

W dalszej kolejności stwierdzono, że niezależnie od tego odwołujący nie wszedł w posiadanie kalkulacji bezprawnie, lecz pozyskał ją oficjalną drogą od zamawiającego w odpowiedzi na swój wniosek. W trakcie rozprawy w dniu 26 sierpnia 2020 r. na pytanie, w jaki sposób odwołujący wszedł w posiadanie kalkulacji, wykonawca oświadczył, że otrzymał tę kalkulację od zamawiającego za pośrednictwem platformy w dn. 22.07.2020 r., przy piśmie z dn. 21.07.2020 sygn. MN.2210-0002/20. Obecny w trakcie rozprawy pełnomocnik

zamawiającego potwierdził, że jego pracownik przekazał tę kalkulację odwołującemu. Wyjaśnił, że uczyniono to w odpowiedzi na wniosek odwołującego z dn. 17 lipca 2020 r. o udostępnienie załączników do protokołu z postępowania. Zamawiający sprecyzował także, że przedmiotową kalkulację przekazał w dn. 22.07.2020 r. za pośrednictwem platformy. Wyjaśnił, że kalkulacja była załącznikiem do pisma zamawiającego z dn. 21.07.2020 sygn. MN.2210-0002/20. Izba stwierdziła ponadto, że spójne stanowiska zamawiającego i odwołującego znalazły potwierdzenie w treści pisma z dn. 21.07.2020 sygn. MN.2210-0002/20.

W tej sytuacji bez znaczenia zostawało to, że we wcześniejszym piśmie z dnia 17 lipca 2020 r. zamawiający informował ogólnie, że przystępujący skutecznie zastrzegł informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Po pierwsze oświadczenie zamawiającego dotyczyło tylko dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica, a takim nie była kalkulacja. Po drugie nawet gdyby uznać, że kalkulacja była objęta zastrzeżeniem i zamawiający miał także ją na myśli składając oświadczenie w piśmie z dnia 17 lipca 2020 r., to miał prawo weryfikować, korygować swe decyzje, co nastąpiło późniejszym pismem z dnia z dn. 21.07.2020 sygn. MN.2210-0002/20. Skoro sporną kalkulację przekazano odwołującemu, to należało uznać, że zamawiający uznał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie za bezskuteczne.

Odnosząc się merytorycznie do przedstawionego zarzutu Izba stwierdziła, że odwołujący słusznie podniósł, że pomimo wezwań zamawiającego z dnia 26 czerwca 2020 r. i 29 czerwca 2020 r. przystępujący nie sprostął obowiązkowi udzielenia wymaganych wyjaśnień i nie złożył dowodów w tym zakresie.

W pierwszej kolejności stwierdzono, że bez znaczenia pozostawała okoliczność, iż w przypadku ceny oferty przystępującego nie zaistniała obligatoryjna podstawa do wystosowania wezwania wynikająca z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający ma prawo skierowania do wykonawców wezwania do złożenia wyjaśnień w razie powzięcia jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności skalkulowanej ceny oferty. Jak wynikało z informacji z otwarcia ofert, zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 28.494.967,50 zł netto. Do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły 3 oferty: wykonawcy Energika z ceną 31.500.000,00 zł netto, odwołującego z ceną 28.245.629,69 zł netto oraz przystępującego z ceną 20.900.000,00 zł netto. Jak wynikało z protokołu postępowania, wartość szacunkowa zamówienia zamawiający ustalił w dniu 17 grudnia 2019 r. na podstawie planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w PFU z dnia 17.12.2019 r.

Dodatkowo zamawiający w trakcie rozprawy złożył metrykę projektu wykonawczego, będącą podstawą dokonania takiego szacunku. Metryka ta została sporządzona w dniu 17 grudnia 2020 r. przez firmę Armanski Engineering sp. z o.o. w Raciborzu. Była ona efektem umowy z dnia 2 grudnia 2019 r. zawartej między zamawiającym a firmą Armanski Engineering sp. z o.o. w Raciborzu nr 1/12/2019/MZ. W oparciu o te dokumenty zamawiający w trakcie rozprawy w dniu 26 sierpnia 2020 r. wywiódł, że prawdopodobnie członek konsorcjum odwołującego mógł wiedzieć, jaki jest szacunek zamawiającego i tak skalkulował cenę oferty, aby zmieścić się w tym szacunku, jednocześnie zawyżając cenę. Zamawiający powołał się na stopkę w dokumencie metryki projektu wykonawczego, z której wywiódł, że jej wykorzystanie jest możliwe jedynie za pisemną zgodą członka konsorcjum odwołującego. Zamawiający powołał się też na str. 4 metryki, gdzie w spisie dokumentów wymieniono oferty podwykonawców. Argumentował, że jedną z tych ofert jest oferta Luehr Filter, który jest podmiotem, na którego zasobach opiera się odwołujący w tym postępowaniu.

Odnosząc się do tej argumentacji Izba stwierdziła, że nawet gdyby wykazano, że szacunek był zawyżony, bądź ceny dwóch wykonawców były dostosowane do tego szacunku to nic nie zwalniało przystępującego od obowiązku reakcji na wezwanie wystosowane przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Z chwilą wystosowania takiego wezwania po stronie wykonawcy zaktualizował się obowiązek ustawowy wynikający z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie z tym przepisem jeśli wezwany wykonawca nie sprostą obowiązkowi wykazania realności swej ceny, zamawiający ma obowiązek stwierdzić, że zaoferowano mu cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Niezależnie jednak od powyższego Izba stwierdziła, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwalał na kateryczne stwierdzenie, że szacunek na pewno został zawyżony, a odwołujący musiał wiedzieć o jego wysokości. Po pierwsze Izba stwierdziła, że powołanie się w stopce metryki z 17 grudnia 2019 r. na przysługiwanie praw autorskich członkowi konsorcjum odwołującego było omyłką. Odwołujący wyjaśnił w swym piśmie procesowym z dnia 6 października 2020 r., że firma Armanski omyłkowo wykorzystwała do sporządzenia metryki szablon wcześniejszego dokumentu, który składała dla innego zleceniodawcy w związku z innym zadaniem inwestycyjnym. Powyższe wynikało wprost z treści metryki przedstawionej przez zamawiającego. Dostrzec należało, że w nagłówku pojawiła się nazwa inwestycji *„Wykonanie instalacji odpylającej, instalacji odsiarczania i odazotowania spalin umożliwiających spełnienie wymogów nowych norm z zakresu ochrony środowiska w instalacji Ciepłownia Miejska w Pabianicach”*. Ustalono także, że to na potrzeby tej inwestycji Armanski Engineering sp. z o.o. w Raciborzu wykonuje dla członka konsorcjum odwołującego – Element sp. z o.o. - dokumentację projektową, a zgodnie z

postanowieniami umowy z 28 lipca 2019 r., prawa autorskie przysługują Element sp. z o.o. w Opolu. (por. § 26 umowy, załącznik do pisma procesowego odwołującego z dnia 6 października 2020 r.). Okoliczność, że doszło do omyłkowego wykorzystania szablonu metryki z innej inwestycji wynikała także z oświadczenia Armanski Engineering sp. z o.o. z dnia 17 września 2020 r., załączonego do ww. pisma procesowego odwołującego. W oświadczeniu tym Armanski Engineering wskazał m.in., że *metryka ... została omyłkowo sporządzona na formatce wcześniejszego opracowania projektowego przygotowanego przez Armanski Engoineering sp. z o.o. na potrzeby zadania inwestycyjnego Wykonanie instalacji odpylającej, instalacji odsiarczania i odazotowania spalin umożliwiających spełnienie wymogów nowych norm z zakresu ochrony środowiska w instalacji Ciepłownia Miejska w Pabianicach*. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że teza, iż członek konsorcjum odwołującego był autorem metryki, stanowiącej materiał do ustalenia wartości szacunkowej zamówienia nie potwierdziła się.

Jednocześnie stwierdzono, że istotnie metryka została sporządzona z wykorzystaniem oferty Luehr Filter, a więc podmiotu na którego zasobach opierał się odwołujący w tym postępowaniu. Jednakże z samej metryki wynikało, że została ona sporządzona nie w oparciu o jedną ofertę podwykonawczą, ale w oparciu o „oferty podwykonawcze” w liczbie mnogiej. Biorąc powyższe pod uwagę co najmniej nie można było wykluczyć, że oprócz oferty Luehr Filter istniały jeszcze inne oferty podwykonawcze. W tej sytuacji nie można było wyprowadzać kategoriycznego wniosku o przesądzającej roli oferty podwykonawczej Luehr Filter przy dokonywaniu szacunku wartości zamówienia.

Jak już wcześniej wskazano, wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp ma obowiązek wyjaśnić wszystkie okoliczności mające wpływ na cenę, w tym również okoliczności przykładowo wymienione przez ustawodawcę w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a więc i koszty pracy, rozwiązania techniczne, warunki wykonywania zamówienia, metody wykonywania zamówienia, oryginalność projektu, itd. Skoro zamawiający zdecydował się skierować wezwanie to obowiązkiem wykonawcy było złożenie szczegółowych, precyzyjnych, konkretnych, weryfikowalnych i popartych dowodami wyjaśnień. Na konieczność złożenia takich właśnie wyjaśnień zamawiający zwrócił uwagę przystępującemu w swym wezwaniu z 29 czerwca 2020 r. W wezwaniu tym zamawiający wskazał m.in. że *wyjaśnienia Wykonawcy nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Ponadto, Wykonawca winien przedstawić, w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny. To na Wykonawcy*

spoczywa nie tylko obowiązek przedstawienia szczegółowych, wyczerpujących wyjaśnień, ale również w miarę możliwości przedstawienie odpowiednich dowodów na ich poparcie.

Biorąc powyższe pod uwagę, zamawiający przesądził, że wyjaśnienia muszą być szczegółowe. Wskazał bowiem, że *wyjaśnienia Wykonawcy nie mogą mieć charakteru ogólnego*. Co istotne, zamawiający wykluczył także możliwość porzestania na zwykłym zapewnieniu, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Następnie zamawiający zażądał szczegółowego wskazania obejmującego *konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie*. Odnośnie zaś wskazywanych czynników nałożył obowiązek przedstawienia, w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny. Wreszcie sprecyzował, że wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, ponownie zwrócił uwagę na konieczność zapewnienia ich szczegółowości i poparcia ich dowodami.

Zdaniem Izby przystępujący nie sprostął obowiązkowi złożenia oczekiwanych wyjaśnień, ani co do szczegółowości, ani co do wpływu wskazywanych czynników na ustalenia ceny, ani w sferze dowodowej. Bez znaczenia okazała się przy tym okoliczność, że postępowanie jest prowadzone w formule zaprojektuj i wybuduj a wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy, zaś zamawiający nie wymagał składania kosztorysu wraz z ofertą. Przypomnienia wymaga, że z przepisu art. 90 ustawy Pzp nie wynika, iż wyjaśnieniu może podlegać tylko cena w postępowaniu, w którym wynagrodzenie wykonawcy przybiera charakter kosztorysowy. Zresztą zamawiający na str. 14 odpowiedzi na odwołanie przyznał wprost, że charakter wynagrodzenia ani jego formuła nie mogą wpływać na stosowanie lub niestosowanie przez zamawiającego przepisu art. 90 ustawy Pzp.

Izba wzięła pod uwagę, że do swych wyjaśnień z 9 lipca 2020 r. przystępujący załączył kalkulację, w której wyodrębnił około 30 elementów cenotwórczych i podał wartość tych prac netto. Jednakże, jak słusznie wskazał odwołujący, w przypadku około dwudziestu elementów przystępujący ograniczył się jedynie do stwierdzenia: „produkcja własna wykonawcy”, „wycena własna wykonawcy”. Tego rodzaju sformułowania żadną miarą nie mogły być uznane za szczegółowe, konkretne ani wyczerpujące. Wykonawca nie ujawnił zakresów rzeczowych czynników produkcji, w tym w szczególności ilości materiałów i urządzeń, pracochłonności (ilości roboczogodzin), ilości pracy sprzętu oraz wreszcie cen robocizny, materiałów i sprzętu, a nawet jakichkolwiek dających się zweryfikować założeń w tym zakresie. Oświadczenie typu „wycena własna”, „produkcja własna” nic nie wnoszą do sprawy. Zamawiający nie jest bowiem w stanie, bez ujawnienia założeń, jakie legły u podstaw owej „wyceny własnej” stwierdzić czy ta wycena jest prawidłowa. A taki jest właśnie cel składania wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W kilku dalszych pozycjach wykonawca ograniczył się do stwierdzenia „wycena własna” z dopiskiem „na podstawie cen ofertowych uznanych dostawców”. Podkreślenia wymagało, że przystępujący nie tylko nie złożył tych ofert, ale nawet nie wskazał, o jakich dostawców chodzi. Ponadto na okoliczność prawidłowości kalkulacji wykonawca nie złożył zamawiającemu jakiegokolwiek dowodu.

Zdaniem Izby oświadczenia przystępującego typu „wycena własna”, „produkcja własna”, bez dalszego doprecyzowania stanowią de facto kolejne zapewnienie wykonawcy, że wykona roboty zgodnie z SIWZ. Takie oświadczenie zostało już złożone w formularzu ofertowym i nie tak powinny wyglądać wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że przystępujący nie sprostął także dalszemu obowiązkowi przedstawiania wyjaśnień na temat wpływu danej okoliczności dotyczącej tego wykonawcy na wysokość zaoferowanej ceny. Skoro okoliczności nie przedstawiono, to nie można mówić o wyjaśnieniu ich wpływu na obniżenie ceny.

Nie stanowi wyjaśnień ceny, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp, powoływanie się przez przystępującego kilkunastokrotnie na swoje doświadczenie przy realizacji robót analogicznych do przedmiotu zamówienia. Uszło uwadze przystępującego, że doświadczenie wykonawcy wykazuje się w postępowaniu innymi dokumentami m.in. wykazem robót i referencjami na etapie badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Nie stanowi także wypełnienia obowiązku zaprezentowania szczegółowych wyjaśnień, wskazywanie przez przystępującego w części opisowej pisma z 9 lipca 2020 r. na wykonane przez siebie realizacje z podaniem ich ceny ryczałtowej. Tego rodzaju argumentacja nie ma charakteru kalkulacyjnego, nie odnosi się bowiem do przedmiotu zamówienia. Nie stanowi też o wypełnieniu obowiązku wskazania konkretnych, dających się zweryfikować czynników umożliwiających kalkulację ceny oferty. Nie wypełnia także obowiązku przedstawiania, w jaki sposób dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny. Zamawiający w treści wezwania jednoznacznie wskazał, że *„wyjaśnienia wykonawcy mają dotyczyć konkretnej zaoferowanej w postępowaniu ceny”*. W tej sytuacji bez znaczenia są ceny oferowane przez wykonawcę w innych postępowaniach, co do których brak było pewności odnośnie identyczności do zakresu przedmiotowego zamówienia.

Przystępujący nie może też utrzymywać, że zamawiający w wezwaniu z dnia 29 czerwca 2020 r. zapytał go tylko o pięć zidentyfikowanych wątpliwości. Uszło uwadze przystępującego, że zamawiający w obydwu wezwaniach, które miały być czytane łącznie, wyraźnie przesądził, że powodem wezwań są wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami wskazanymi w SIWZ, w tym PFU.

Nie świadczyły o bezzasadności zarzutu dowody w postaci informacji z otwarcia ofert, listów referencyjnych przystępującego, sprawozdań finansowych przystępującego za lata 2018 i 2019 czy opinia bankowa, załączone przez przystępującego do jego pisma z dnia 25 sierpnia 2020 r. Dowody te co najwyżej mogły świadczyć o tym, że wykonawca bierze udział w szeregu postępowań, jest doświadczony, legitymuje się określonym wynikiem finansowym i że posiada zdolność kredytową na pewnym poziomie. Nie oznaczały jednak, że przystępujący złożył zamawiającemu wymagane w wezwaniu i zgodne z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wyjaśnienia i dowody, które obaliły domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej. Można bowiem pozostawać wykonawcą doświadczonym, posiadającym zdolność kredytową i znajdującym się w doskonałej sytuacji finansowej a nie sprostać obowiązkowi wynikającemu z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, co stało się udziałem przystępującego w analizowanej sprawie. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zarzut okazał się zasadny.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowanie mimo tego, iż najprawdopodobniej ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (zarzut 3 odwołania).

Zarzut odwołującego został oparty na jego przypuszczeniach, jakie maksymalne oszczędności może osiągnąć przystępujący przy założeniu, że posiada techniczną możliwość wykonania niektórych prac we własnym zakładzie lub własną załogą, a wszystkie roboty stalowe będą wykonane samodzielnie przez przystępującego.

Odwołujący przedstawił szacowane przez siebie ilości mas urządzeń, w tabeli na str. 16 odwołania. Następnie do tak ustalonych mas obliczył minimalne, we własnym mniemaniu, ceny. W dalszej zaś kolejności oszacował możliwe maksymalne oszczędności po stronie przystępującego na poziomie 754.800,00 zł.

Izba stwierdziła, że tak sformułowany zarzut oparty był wyłącznie na niczym nieopartych hipotezach i przypuszczaniach odwołującego.

Przystępujący w piśmie procesowym z 25 sierpnia 2020 r. jednoznacznie oświadczył, że odwołujący w odwołaniu nieprawidłowo oszacował masy. Następnie na stronie 44-45 pisma procesowego podał rzeczywiste masy urządzeń produkowanych przez siebie urządzeń, które różniły się od przypuszczeń odwołującego przedstawianych w odwołaniu. Na tej podstawie przystępujący oświadczył, że w rzeczywistości proponowana przez niego instalacja jest o ok. 37,2 % globalnie lżejsza.

Odwołujący w toku rozprawy nie wykazał swych twierdzeń przedstawionych w odwołaniu co do szacowanych mas urządzeń przystępującego. Co więcej, odwołujący w oparciu o dane masowe przedstawione przez przystępującego w piśmie procesowym z 25

sierpnia 2020 r., w kolejnym swym piśmie z dnia 6 października 2020 r. przyznał, że pomniejszenie masy instalacji przystępującego pozwala na uzyskanie dalszych oszczędności rzędu 2.085.000,00 zł.

Powyższe stanowisko odwołującego potwierdziło zatem niezasadność zarzutu nr 3, gdyż wykonawca w odwołaniu kategorycznie utrzymywał, że przystępujący na zamówieniu może osiągnąć maksymalne oszczędności na poziomie jedynie 754.800,00 zł. Skoro odwołujący sformułował taki zarzut, to powinien go udowodnić w toku postępowania odwoławczego wykazując, że przystępujący może zredukować ilości mas urządzeń jedynie do poziomu wskazanego w tabeli na str. 16 odwołania i osiągnąć oszczędności z tego tytułu na poziomie 754.800,00 zł. Tego odwołujący nie uczynił, co świadczyło o niezasadności zarzutu sformułowanego w pkt 3 odwołania. Błędne okazało się także założenie odwołującego ze str. 18 odwołania, jakoby przystępujący musiał ponieść na zakres elektryczny i automatyki koszty na poziomie co najmniej 3.500.000 zł, co miało świadczyć o przewadze odwołującego w tym zakresie. Jak wynikało ze szczegółowej kalkulacji załączonej do wyjaśnień przystępującego z dnia 9 lipca, przewidziano tam niższy koszt wykonania tych prac. Odwołujący nie może zatem utrzymywać, że w tym obszarze jego oferta jest bardziej konkurencyjna od oferty przystępującego. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że zarzut 3 odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, działając na podstawie art.192 ust. 7 ustawy Pzp, pominęła przy wyrokowaniu nowe zarzuty, które odwołujący sformułował po raz pierwszy dopiero w swym piśmie procesowym z dnia 26 sierpnia 2020 r. We wskazanym piśmie odwołujący zakwestionował prawidłowość kalkulacji przystępującego z dnia 9 lipca 2020 r. w części dotyczącej kosztów: ubezpieczenia projektu, rezerwy, zysku, organizacji placu budowy, pozyskania i utrzymania bankowej gwarancji należytego wykonania umowy. Odwołujący zarzucił także w swym piśmie procesowym, że przystępujący w swej kalkulacji zaniżył koszty odpylaczy wstępnych Mullticyklony MOS dla kotła Wr-25 nr 3 i OR50 N , reaktorów układu IOS kotła WR-25 nr 3 i OR-50 N, filtrów procesowych układu IOS kotła WR-25 nr 3 i OR – 50 N, układu recyrkulacji produktu układu IOS kotła WR-25 i OR-50N, układu wody układu IOS kotła Wr-25 nr 3 i OR – 50 N, aeracji rynny filtra układu IOS kotła WR 0 25 nr 4 i OR – 50 N , konstrukcji wsporczych układu IOS kotła WR-25 nr 3 i OR – 50 N. (por. str. 13-14 pisma procesowego odwołującego z dnia 26 sierpnia 2020 r.).

Izba stwierdziła, że tego rodzaju zarzutów próżno było szukać w treści odwołania. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności*

faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”.

W konsekwencji przy wyrokowaniu Izba pominęła dowody złożone przez odwołującego na okoliczność wykazania tych spóźnionych zarzutów: ofertę ASD Construction MB/041/20, ofertę ASD Construction MB/041/A.10, ofertę Luehr Filter (por. załączniki do pisma procesowego odwołującego z dnia 26 sierpnia 2020 r.).

Przy wyrokowaniu pominięto również składane przez przystępującego przy piśmie z dnia 5 października 2020 r. dowody: informacje z otwarcia ofert z dnia 10 czerwca 2020 r., informację z otwarcia ofert z 19 maja 2020 r., informację z platformy PGE Energia Ciepła w Kielcach, formularz ofertowy złożony w odpowiedzi na zapytanie dotyczące modernizacji systemu odpylania kotłów R-25 nr 1 i nr 2 w PGE Energia Ciepła S.A., korespondencję między przystępującym a odwołującym, zaproszenie do negocjacji handlowych, kopię wyroku Sadu Okręgowego w Kielcach sygn. akt VII GC 247/16, kopię wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie, sygn. akt I AGa 140/18, wydruk z CEIDG dla Anna Styś ASD Construction, wydruk informacji pełnej z KRS dla ASD Construction. Jak wynikało z treści pisma przystępującego z dnia 5 października 2020 r. dowody te były składane wyłącznie celem wykazania niewiarygodności dowodów załączonych do pisma procesowego odwołującego z dnia 26 sierpnia 2020 r. wskazanych powyżej. Biorąc powyższe pod uwagę również i te dowody okazały się nieprzydatne przy wyrokowaniu, jako nie dotyczące zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach przystępującego i dowodach w sprawie ceny rażąco niskiej załączonych do wyjaśnień przystępującego stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, a poprzez to mają zdolność do bycia tajemnicą przedsiębiorstwa (zarzut 4 odwołania).

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Pzp, *postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. W myśl zaś art. 8 ust. 3 Pzp, *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*.

Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010) stanowi, że *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.

Przypomnienia wymaga, że jedną z podstawowych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Podstawowym wyjątkiem od tej zasady jest wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle znowelizowanego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, *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.* Dostrzec należy, że w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie wskazywał wyraźnie na obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653) wskazano, m.in.: *„Wprowadzenie obowiązku ujawniania informacji stanowiących podstawę oceny wykonawców (zmiana art. 8 ust. 3). Przepisy o zamówieniach publicznych zawierają ochronę tajemnic przedsiębiorstwa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Mimo zasady jawności postępowania, informacje dotyczące przedsiębiorstwa nie są podawane do publicznej wiadomości. Jednakże, słuszny w swym założeniu przepis jest w praktyce patologicznie nadużywany przez wykonawców, którzy zastrzegając informacje będące podstawą do ich ocen, czynią to ze skutkiem naruszającym zasady uczciwej konkurencji, tj. wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów wypełniania przez nich wymagań zamawiającego. Realizacja zadań publicznych wymaga faktycznej jawności wyboru wykonawcy. Stąd te dane, które są podstawą do dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu powinny być w pełni jawne. Praktyka taka miała miejsce do roku 2005 i bez negatywnego skutku dla przedsiębiorców dane te były ujawniane. Poddanie ich regułom ochrony właściwym dla tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z jej istotą, a przede wszystkim sprzeczne z zasadą jawności realizacji zadań publicznych.”.*

Jak wynika z powołanego przepisu na wykonawcę nałożono obowiązek wykazania zamawiającemu przesłanek zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. W konsekwencji rolą zamawiającego w toku badania ofert jest ustalenie, czy wykonawca temu

obowiązkowi sprostął udowadniając, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. Za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przedmiotem oceny Izby w tej sprawie było stwierdzenie, czy zamawiający na podstawie złożonych mu przez przystępującego informacji i dowodów prawidłowo ustalił, że przystępujący wykazał, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach z dnia 9 lipca 2020 r. stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) *informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,*
- 2) *jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie jest łatwo dostępna dla takich osób,*
- 3) *uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania jej w poufności.*

W doktrynie wskazuje się, że ochronie na gruncie uznk podlegają wyłącznie informacje, które odznaczają się „wartością gospodarczą” (S. Sołtysiński w: *Komentarz do art. 11 ZNKU*, w: *Komentarz ZNKU pod red. J. Szwejki*, Warszawa 2006, str. 447 K. Korus, *Komentarz do art. 11 UZNK. System Informacji Prawniczej Lex*, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). *W konsekwencji wymóg posiadania przez informację wartości gospodarczej postrzegać należy jako dodatkowy element konstytutywny tajemnicy przedsiębiorstwa* (E. Wojcieszko-Głuszko, *Tajemnica przedsiębiorstwa i jej cywilnoprawna ochrona na podstawie przepisów prawa nieuczciwej konkurencji*, *Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ*, 2005/86, str. 7, za pośrednictwem Zakres pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, s. 5). Powyższe stanowisko znajduje również uzasadnienie w treści art. 39 TRIPS (Porozumienia w sprawie handlowych aspektów własności intelektualnej z 15 kwietnia 1994 r., który stanowi załącznik do porozumienia w sprawie ustanowienia Światowej Organizacji Handlu), przewidującego że ochronie podlegają informacje mające wartość handlową dlatego, że są poufne. Przepis ten zaś był podstawą do

sformułowania przepisu art. 11 ust. 2 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny, handlowy czy technologiczny, ale musi także ona przedstawiać pewną wartość gospodarczą dla wykonawcy właśnie z tego powodu, że pozostanie poufna. Taka informacja może być dla wykonawcy źródłem jakichś zysków lub pozwalać mu na zaoszczędzenie określonych kosztów.

Izba stwierdziła, że przystępujący w uzasadnieniu zastrzeżenia, w odniesieniu do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji, ograniczył się do wskazania jedynie, co następuje:

Informacje zawarte w wyjaśnieniach mają niewątpliwie wartość gospodarczą, ponieważ dotyczą one kalkulacji cenowej oferty Wykonawcy, której metoda jest przecież kluczowa dla utrzymania przewagi konkurencyjnej Wykonawcy nad jego konkurentami.

Wyliczenia zawarte w samych wyjaśnieniach Wykonawcy stanowią informację o szeroko rozumianym know-how Wykonawcy, w zakresie kalkulacji kosztów prowadzenia działalności. Z wyjaśnień tych można pozyskać informacje o sposobie kalkulowania ceny przyjętym przez Wykonawcę, oszczędnościach, jakie jest w stanie poczynić przy kalkulacji ceny wykonania zamówienia a przede wszystkim sposobach umniejszenia niektórych kosztów a także stosowanego przez Wykonawcę nakładu poszczególnych czynników wpływających na cenę, zbilansowanych w sposób zapewniających wykonanie zamówienia z poniesieniem jak najniższych kosztów przy osiągnięciu optymalnego zysku. Powyższe stanowi dla Wykonawcy wymierną wartość gospodarczą, gdyż jest informacją o sposobach kalkulowania ceny przez Wykonawcę, które pozwalają na wykonanie zamówienia po cenie konkurencyjnej wobec innych ofert, przy przyjęciu wszystkich kosztów, które Wykonawca musi ponieść i zapewnieniu mu jednocześnie oczekiwanego zysku. Sposób kalkulacji ceny został wypracowany na gruncie wieloletniego doświadczenia Wykonawcy, udostępnienie tej wiedzy innym wykonawcom mogłoby spowodować, że potencjalni konkurenci na rynku przyjmując wypracowany przez Wykonawcę system kalkulowania ceny będą w stanie zaoferować ceny zbliżone do ceny skalkulowanej przez Wykonawcę. Wartość gospodarcza przedmiotowych informacji, wobec stopnia ich szczegółowości i związanej z tym łatwości w odgadnięciu przez konkurentów polityki cenowej Wykonawcy, jest więc jednoznaczna i Wykonawca jest w pełni uprawniony do podjęcia niezbędnych działań w celu ich ochrony.

Lektura przytoczonego uzasadnienia co do wartości gospodarczej zastrzeżonych informacji prowadziła do wniosku, że wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania tego elementu definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wbrew stanowisku przystępującego, w oparciu o lekturę zastrzeżonych informacji nie można powziąć jakiegokolwiek wiedzy na temat nakładu poszczególnych czynników wpływających na cenę. Tak jak wcześniej wskazano, analiza wyjaśnień przystępującego i

załączników do nich prowadziła do wniosku, że nie ujawniono w nich zakresów rzeczowych czynników produkcji, w tym w szczególności ilości materiałów i urządzeń, pracochłonności (ilości roboczogodzin), ilości pracy sprzętu oraz wreszcie cen robocizny, materiałów ani sprzętu. W około dwudziestu spośród trzydziestu elementów cenotwórczych przystępujący ograniczył się jedynie do stwierdzenia „produkcja własna wykonawcy”, „wycena własna wykonawcy”. Informacji na temat zakresów rzeczowych czynników produkcji próżno było szukać także w części opisowej wyjaśnień z 9 lipca 2020 r. Nie wiadomo na jaką szczegółowość wyjaśnień w tej sytuacji powoływał się przystępujący w swym uzasadnieniu zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Przystępujący nie może utrzymywać, że w oparciu o lekturę wyjaśnień jego konkurenci mogą przejąć „*wypracowany przez Wykonawcę system kalkulowania ceny*” w sytuacji gdy takiego systemu nie ujawnia i nie opisuje. Sama informacja, że coś jest objęte wyceną własną nie spowoduje, że konkurenci przystępującego powezmą jakąkolwiek wiedzę na temat jakiegoś sposobu kalkulowania ceny ofertowej.

Jeśli przystępujący powoływał się na argument co do konieczności chronienia sposobu kalkulacji ceny powinien wykazać, że ten sposób kalkulacji da się ustalić w oparciu o złożone wyjaśnienia, a także, że jest to system unikalny, wyjątkowy, niespotykany i nieznanym innym wykonawcom. Okoliczność, że przystępujący samodzielnie wytwarza niektóre urządzenia i instalacje ochrony powietrza jest informacją powszechnie znaną. Powyższe wynikałoby choćby ze strony 14 odwołania, gdzie odwołujący, będący konkurentem przystępującego oświadczył, że na podstawie informacji udostępnianych przez samego przystępującego wie, iż „*Produkcja odbywa się w zakładzie zlokalizowanym w Kościanie, gdzie na powierzchni ok 8000 m², z wykorzystaniem nowoczesnych technologii i parku maszynowego, wytwarzane są elementy urządzeń i instalacji ochrony powietrza. Dzięki temu, że kluczowe elementy instalacji wykonujemy sami, możemy zaoferować naszym Klientom najlepszą jakość w konkurencyjnych cenach*”.

Podkreślenia wymagało też, że przystępujący nie załączył do wyjaśnień żadnych ofert poddostawców, podwykonawców na jakie się powoływał, ani nawet nie ujawnił nazw swych kontrahentów. Wobec powyższego trudno uznać, że lektura tego rodzaju ogólnych informacji posiada jakąkolwiek wartość gospodarczą. Każdy podmiot może korzystać z bliżej niesprecyzowanych ofert, bliżej niesprecyzowanych dostawców.

Na uwagę zasługiwał również fakt, że przystępujący przy wykazywaniu przesłanki wartości gospodarczej zastrzeganych informacji nie wskazał nawet jedynym zdaniem, w czym upatruje wartości gospodarczych innych zastrzeżonych informacji, które znalazły się w części opisowej wyjaśnień, czy zastrzeżonych załącznikach, a które nie dotyczyły sfery kalkulowania ceny. W szczególności nie wiadomo jaką wartość gospodarczą mają wywody

przystępującego o wykonanych przez niego w przeszłości instalacjach, czy wielokrotnie powtarzane argumenty o doświadczeniu przystępującego w wykonaniu analogicznych prac.

Podkreślenia wymagało również, że przystępujący ani jednym zdaniem nie wskazał, jaką wartość gospodarczą posiadają zastrzeżone przez niego załączniki nr 3 – 10 do wyjaśnień z 9 lipca 2020 r.:

Załącznik nr 3 – oświadczenie o zachowaniu poufności;

Załącznik nr 4 – certyfikat ESET Endpoint Antivirus;

Załącznik nr 5 – fakturę VAT nr F/433/03/2018 point sp. z o.o.;

Załącznik nr 6 – certyfikat ICSA labs dla programu Fortinet;

Załącznik nr 7 – faktura VAT nr 197/FV/18 „InformAS”;

Załącznik nr 8 – umowa na wykonywanie usługi monitorowania systemu alarmowego;

Załącznik nr 9 – umowa o wykonywanie czynności prewencyjnych;

Załącznik nr 10 – Instrukcja Zarządzania Systemem Informatycznym INSTAL-FILTER SA.

Dodatkowo dostrzec należało, że ww. dokumenty przystępujący sam ujawnił składając je jako dowód w sprawie o sygn. akt KIO 1152/20. Nie było sporne między stronami, że w toku powoływanego postępowania odwoławczego przystępujący doręczył odpisy zastrzeżonych dokumentów m.in. odwołującemu, który wszedł w ich posiadanie w sposób legalny. Następnie dokumenty te, odwołujący przedstawił jako dowód w obecnej sprawie. Trudno zatem utrzymywać, że informacje te nie są powszechnie znane albo łatwo dostępne, skoro wykonawca ich nie chroni przekazując swemu konkurentowi.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Skutkiem bezzasadnego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest leżący po stronie zamawiającego obowiązek odtajnienia takich danych. W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 wyraźnie stwierdzono, że *w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Skoro zatem zamawiający stwierdził bezskuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to jego obowiązkiem było odtajnienie danych nieskutecznie zastrzeżonych.*

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył wskazane przez odwołującego przepisy art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie odtajnienia informacji znajdujących się w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 9 lipca 2020 r. i w załącznikach do tego pisma. W konsekwencji zamawiający naruszył także przepis art. 96 ust. 3 ustawy Pzp

nie udostępniając spornych dokumentów odwołującemu, pomimo złożenia stosownego wniosku w tej sprawie (zarzut 6 odwołania).

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk poprzez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, w stosunku do informacji zawartych w wyjaśnieniach przystępującego i dowodach w sprawie ceny rażąco niskiej załączonych do wyjaśnień przystępującego, wykonawca ten podjął działania w celu utrzymania ich w poufności (zarzut 5 odwołania).

Podzielono stanowisko Izby wyrażone już w wyroku z 9 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1152/20, że dokumenty złożone przez przystępującego tj.

Zał. nr 4 – certyfikat ESET Endpoint Antivirus;

Zał. nr 5 – fakturę VAT nr F/433/03/2018 point sp. z o.o.;

Zał. nr 6 – certyfikat ICSA labs dla programu Fortinet;

Zał. nr 7 – faktura VAT nr 197/FV/18 „InformAS”;

Zał. nr 8 – umowa na wykonywanie usługi monitorowania systemu alarmowego;

Zał. nr 9 – umowa o wykonywanie czynności prewencyjnych;

Zał. nr 10 – Instrukcja Zarządzania Systemem Informatycznym INSTAL-FILTER SA.

nie dowodziły podjęcia skutecznych działań celem zachowania zastrzeganych informacji poufności.

Jak słusznie wskazano w ww. wyroku „złożone przez przystępującego na rozprawie dowody nie zawierają treści potwierdzających np. klasyfikację i znakowanie poufnych informacji (żaden dokument się do tego nie odnosi), wprowadzenie klauzul o zachowaniu poufności do umów z kontrahentami (brak takich postanowień w złożonych umowach), stosowanie zabezpieczeń systemów informatycznych i danych zapisanych w postaci elektronicznej (brak takich postanowień w Instrukcji zarządzania systemem informatycznym, która jest dokumentem stworzonym w celu ochrony danych osobowych, tymczasem przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa nie dane osobowe, tylko dane techniczne).”.

Zdaniem Izby nie dowodzi podjęcia skutecznych działań celem zachowania w poufności sposobu kalkulacji ceny ofertowej dołączenie zobowiązań o zachowaniu w poufności dla 4 osób (załącznik nr 3 do wyjaśnień z 9 lipca 2020 r.). Zobowiązania te nie uchroniły choćby przystępującego przed ujawnieniem załączników nr 3-10 odwołującemu w toku rozprawy prowadzonej w sprawie sygn. akt KIO 1152/20. Złożony certyfikat dla oprogramowania Eset dotyczył programu antywirusowego, lecz nie wykazano związku oprogramowania z działaniami celem zachowania wyjaśnień w poufności. Przedstawiony certyfikat ICSA labs został złożony jedynie w języku angielskim, bez wymaganego tłumaczenia na język polski. Ponadto odnosił się do oprogramowania o nieznanym działaniu.

Złożona faktura VAT z 30.03.2018 r. dotyczyła jakiegoś urządzenia i bliżej niesprecyzowanej usługi. Z kolei załączniki nr 8 i 9 dotyczyły umów, których przedmiotem były standardowe usługi ochroniarskie. Wreszcie głównym celem instrukcji z załącznika nr 10 była ochrona danych osobowych, a nie sposobu kalkulacji ceny ofertowej. Dostrzeżenia wymagało również, że żaden ze złożonych dokumentów nie odnosił się do kwestii, czy kontrahenci, dostawcy przystępującego, których oferty, w ślad za kalkulacją miały stanowić element budowania ceny, w ogóle mają świadomość, że warunki ich ofert są objęte jakimś zastrzeżeniem tajemnicy i muszą je ochronić. Nic takiego nie wynikało ze złożonych dokumentów.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył wskazane przez odwołującego przepisy art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, przez zaniechanie odtajnienia informacji znajdujących się w wyjaśnieniach przystępującego z dnia 9 lipca 2020 r. i w załącznikach do tego pisma.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1, 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do częściowego uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 i 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 90 ust. 3 i art. 8 ust. 3 ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wybrał bowiem jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego, która podlegała odrzuceniu, a ponadto naruszył zasadę jawności nie odtajnając dokumentów, co do których nie wykazano ich skutecznego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:

- a) uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w wyjaśnieniach przystępującego z 9 lipca 2020 r. oraz w załącznikach do tych wyjaśnień,
- b) odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu nieudzielenia wymaganych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i nieprzedstawienia dowodów w tym zakresie.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnośnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

W niniejszej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosili po równo zamawiający i odwołujący. Spośród generalnie 4 grup zarzutów zasadne okazały się 2 grupy. Kosztami postępowania obciążono zatem odwołującego i zamawiającego po połowie. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 20.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego

na rozprawę w wysokości 668 zł, a także koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł oraz koszty dojazdu i noclegu pełnomocników zamawiającego w wysokości 1140,34 zł. Łączna wysokość wszystkich kosztów postępowania odwoławczego wyniosła zatem 29.008,34 zł.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty w wysokości 24.258 zł (20.000 + 3.600 + 668), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 14.504,17 zł (29.008,34 / 2). Wobec powyższego od zamawiającego na rzecz odwołującego zasądzono kwotę 9.763,83 zł, stanowiącą różnicę między kosztami dotychczas poniesionymi przez odwołującego, a kosztami, za jakie odwołujący odpowiadał w świetle wyniku postępowania (24.268 zł – 14.504,17 zł).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 2 lit. a i b w zw. § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....