

Sygn. akt: KIO 275/16

WYROK

z dnia 15 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Członkowie: Katarzyna Brzeska
Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2016 r. przez **Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku,**

w postępowaniu prowadzonym przez **PGNiG TERMIKA S.A. z siedzibą w Warszawie,**
przy udziale wykonawców:

- 1) **Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. z siedzibą w Katowicach,**
- 2) **EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. i EthosEnergy Sp. z o.o. – na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w aukcji elektronicznej, a także ujawnienie wyjaśnień EthosEnergy Sp. z o.o. z 12 stycznia 2016 r. oraz 17 stycznia 2016 r. dotyczących ceny, z wyjątkiem nazw podwykonawców oraz oferty podwykonawcy;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddać;

3. Kosztami postępowania obciąża PGNiG TERMIKA S.A. i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od PGNiG TERMIKA S.A. na rzecz Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PGNiG TERMIKA S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Modernizacja turbozespołu SST600 nr 9 w Elektrociepłowni Siekierki w Warszawie.*

W dniu 26 lutego 2016 r. wykonawca Doosan Babcock Energy Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. i EthosEnergy Sp. z o.o. z uwagi złożenie ofert z rażąco niską ceną oraz stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, względnie zaniechania wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących cen zaoferowanych w toku aukcji elektronicznej, a także wobec zaniechania ujawnienia wyjaśnień złożonych przez EthosEnergy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 1-4 Pzp i art. 21 ust. 4 ustawy Pzp.

Stan faktyczny

Odwołujący wskazał, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 8.000.000 zł netto, która to wartość nie była przez żadnego z wykonawców kwestionowana. Kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła 9.840.000 zł. Wyłonienie najkorzystniejszej oferty miało nastąpić przy wykorzystaniu aukcji elektronicznej, do której mogło dojść, jeżeli złożono przynajmniej trzy oferty niepodlegające odrzuceniu. Ani Zamawiający, ani wykonawcy kalkulujący ceny ofertowe nie mogli mieć pewności, czy do aukcji dojdzie i że nie będą musieli wykonywać przedmiotu zamówienia za cenę, którą przedstawili w „pierwotnej” ofercie. Złożone zostały cztery oferty z następującymi cenami:

- 1) Enrem Połaniec Sp. z o.o. – 12.501.503,52 zł,
- 2) Odwołujący – 13.911.300 zł,
- 3) ZRE Katowice – 12.253.260 zł,
- 4) EthosEnergy – 7.318.500 zł.

Zamawiający wymagał podania ceny całkowitej, jak i cen jednostkowych, obejmujących świadczenia szczegółowo określone w Załączniku nr 2 do Wzoru Umowy - „Cennik i zakres prac”. We Wzorze Umowy oraz Ogólnych Warunkach Umów Zamawiający ustalił kosztorysowy sposób wynagradzania: według rzeczywiście spełnionych świadczeń (opisanych w Cenniku i Zakresie Prac), na podstawie ryczałtowo określonych cen jednostkowych. Według § 7 ust. 2 Wzoru Umowy, wynagrodzenie za wykonanie prac objętych przedmiotem umowy będzie obliczone powykonawczo na podstawie ilości faktycznie zrealizowanych prac w danym okresie rozliczeniowym oraz w oparciu o ryczałtowe ceny jednostkowe tych prac określone w Cenniku i Zakresie Prac. Zgodnie z § 7 ust. 3 za dostarczone i zastosowane do wykonania modernizacji urządzenia, aparaturę, części i materiały wyszczególnione w Cenniku i Zakresie Prac Zamawiający zapłaci wynagrodzenie obliczone powykonawczo na podstawie cen jednostkowych określonych w tym załączniku.

Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości odnośnie rażąco niskiej ceny oferty EthosEnergy, a także co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za cenę 7.318.500 zł brutto zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów i pismami z 7 i 13 stycznia 2016 r. wezwał ww. wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym zażądał złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. EthosEnergy nie kwestionował zasadności wezwań. Wyjaśnienia złożył wraz z objęciem ich zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający nie badał wyjaśnień EthosEnergy przy pomocy biegłego oraz – zdaniem Odwołującego – nie zweryfikował rzetelności oraz prawdziwości twierdzeń tego wykonawcy ani dokumentów, które przedstawił, a wyjaśnień nie udostępnił Odwołującemu.

Szacunkowa wartość powiększona o podatek VAT wynosiła 9.840.000 zł, taką samą kwotę Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W świetle tych wartości cena, która nie byłaby niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powinna wynosić nie mniej niż 6.888.000 zł. Z kolei cena, która nie byłaby niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej wszystkich pierwotnych ofert musiałaby wynosić nie mniej niż 8.047.298,62 zł. Ceny ofert ZRE Katowice oraz EthosEnergy po aukcji wyniosły odpowiednio: 6.818.000 zł i 6.797.976,61 zł. ZRE Katowice, w toku aukcji elektronicznej, zredukował cenę z ponad 12 milionów złotych brutto do niecałych 7 milionów, a więc o ponad 44%.

Zaniechanie odrzucenia oferty ZRE Katowice z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie może dopuścić do wyboru oferty – chociażby dla niego najkorzystniejszej – której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Podkreślił, że zarówno unijny, jak i polski ustawodawca coraz bardziej dostrzegają wpływ nieuczciwych zachowań na funkcjonowanie rynku zamówień publicznych. W nowych dyrektywach w sprawie zamówień publicznych szczególny nacisk kładzie się na obowiązek aktywnego uczestnictwa instytucji zamawiających w ujawnianiu i zwalczaniu czynów nieuczciwych, takich jak między innymi zmowy przetargowe, konflikty interesów i inne antykonkurencyjne zachowania. Zamawiający wybierając ofertę będącą przejawem nieuczciwości rynkowej narusza art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Celem zastosowania art. 15 ust. 1 UZNK w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest ochrona wykonawców przez zapewnienie im dostępu do tego postępowania. Jako utrudnianie dostępu do zamówienia publicznego należy kwalifikować takie zachowania, które naruszają mechanizm uczciwej konkurencji. Pojęcie *dostęp do rynku zamówień publicznych* należy rozumieć szeroko, w tym jako możliwość oferowania na nim swoich towarów, usług lub robót budowlanych. Utrudnieniem dostępu do tego rynku jest stwarzanie przeszkód w dostępie do zamówienia publicznego, niekoniecznie poprzez eliminację z postępowania. Jednocześnie stany faktyczne objęte hipotezą art. 15 ust. 1 UZNK zawsze skutkują utrudnieniem dostępu do rynku (brak potrzeby dowodowej w tym zakresie), niezależnie od tego czy utrudniający posiada pozycję dominującą na rynku. Utrudnianie dostępu do rynku może przybrać postać: eliminacji innych wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stworzenia niekorzystnych warunków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w celu uniemożliwienia wykonawcy wzięcia udziału w postępowaniu lub też np. w celu utrudnienia mu złożenia konkurencyjnej oferty.

Zdaniem Odwołującego, zarówno poszczególne elementy oferty ZRE Katowice, jak i gwałtowne i nieuzasadnione zredukowanie ceny o 44% w toku aukcji elektronicznej świadczy o woli uzyskania tego zamówienia „za wszelką cenę”, bez przestrzegania reguł uczciwej konkurencji. Takie obniżenie ceny nie miało uzasadnienia w obiektywnych okolicznościach, które mogły zaistnieć w okresie od złożenia oferty „pierwotnej” do dnia przeprowadzenia aukcji, nie doszło do pojawienia się nowej technologii, usprawniającej czasochłonność prac, nie doszło do zmniejszenia obciążeń publicznoprawnych po stronie wykonawców, nie doszło do załamania się cen na rynku materiałów koniecznych do wykonywania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami prawa i Zamawiającego. Rzetelność ponad 44% redukcji ceny nie tylko nie jest prawdopodobna, ale świadczy o gwałtownym dążeniu do uzyskania zamówienia poniżej kosztów wykonania zamówienia, kosztem uczciwej konkurencji. W konsekwencji, złożenie takiej oferty stanowi czyn

nieuczciwej konkurencji, w szczególności w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK, jak i w rozumieniu art. 15 ust 1 pkt 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 UZNK.

W odniesieniu do poszczególnych pozycji Załącznika nr 2 Cennik i Zakres Prac złożonego przez ZRE Katowice Odwołujący podniósł, że następujące pozycje zawierają ceny niższe od kosztów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i prawem: 5.8 (nr podzespołu 5.4), 18.3 (nr podzespołu 18.1), 29.1 (nr podzespołu 29.1), 39.4 (nr podzespołu 39.1), 40.8 (nr podzespołu 42.1), 42.5 (nr podzespołu 44.2), 43.5 (nr podzespołu 43.2), 44.5 (nr podzespołu 44.2), 45.4 (nr podzespołu 45.2), 46.4 (nr podzespołu 46.2), 47.4 (nr podzespołu 47.2), 48.2 (nr podzespołu 48.3), 48.3 (nr podzespołu 48.4), 48.4 (nr podzespołu 48.5), 48.5 (nr podzespołu 48.6), 48.6 (nr podzespołu 48.7), 48.11 (nr podzespołu 48.12. i 48.13), 48.12 (nr podzespołu 48.15), 49.1 (nr podzespołu 49.1), 49.2 (nr podzespołu 49.2, 49.3, 49.4), 49.3 (nr podzespołu 49.7), 50.1 (nr podzespołu 50.1), 50.2 (nr podzespołu 50.2), 50.3 (nr podzespołu 50.5), 50.4 (nr podzespołu 50.6). Dodatkowo, lektura złożonego przez ZRE Katowice Załącznika nr 2 Cennik i Zakres Prac wskazuje, że:

- pozycja 13.2 (nr podzespołu 13.3): cena przed aukcją na maksymalnym dopuszczalnym poziomie 10.000,00 zł, po aukcji – o połowę niższa;
- pozycja 23.1 (nr podzespołu 23.1): cena przed aukcją na maksymalnym dopuszczalnym poziomie 10.000,00 zł, po aukcji – o połowę niższa;
- pozycja 29.1 (nr podzespołu 29.1), 30.1 (nr podzespołu 30.2): cena przed aukcją na maksymalnym dopuszczalnym poziomie 20.000,00 zł, po aukcji – o połowę niższa;
- pozycja 31.1 (nr podzespołu 31.1): cena przed aukcją na maksymalnym dopuszczalnym poziomie 10.000,00 zł, po aukcji – o połowę niższa;
- pozycja 31.2 (nr podzespołu 31.2): cena przed aukcją na maksymalnym dopuszczalnym poziomie 10.000,00 zł, po aukcji – o połowę niższa;
- pozycja 31.3 (nr podzespołu 31.3): cena przed aukcją na maksymalnym dopuszczalnym poziomie 5.000,00 zł, po aukcji – o połowę niższa;
- pozycja 32.1 (nr podzespołu 32.1), 33.1 (nr podzespołu 33.1), 35.1 (nr podzespołu 35.1), 36.1 (nr podzespołu 36.1), 37.1 (nr podzespołu 37.1): cena przed aukcją na maksymalnym dopuszczalnym poziomie 40.000,00 zł, po aukcji – o połowę niższa;
- pozycja 48.1 (nr podzespołu 48.1): cena przed aukcją na maksymalnym dopuszczalnym poziomie 5.000,00 zł, po aukcji – o połowę niższa.

Zdaniem Odwołującego, jest sprzeczne z zasadami doświadczenia życiowego i wręcz nieprawdopodobne, aby w odniesieniu do tak wielu i tak różnych elementów oferty, pozyskiwanych od różnych dostawców nastąpiła – tuż przed aukcją lub w czasie aukcji –

możliwość zredukowania cen przez ZRE Katowice dokładnie o 50% w każdym z wyżej wymienionych przypadków.

Odwołujący podniósł, że w uzasadnionych przypadkach, obowiązek badania musi dotyczyć poszczególnych cen jednostkowych czy też elementów, które służyć będą do ustalenia wynagrodzenia, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy. Tak właśnie jest w tej sprawie, gdzie z umowy wprost wynika, że wynagrodzenie będzie płatne za faktycznie wykonane prace i dostarczone materiały według cen jednostkowych z Cennika i Zakresu Prac. Z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna zostać obliczona w sposób realny, rynkowy. Z uwagi na powyższe, analizowanie zaoferowanych cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny jest w pełni uprawnione, zaś przerzucenie kosztów do jednej pozycji, było działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i mogło naruszać interes innego wykonawcy, jak również, dodatkowo interes Zamawiającego, którego w tym przypadku należy postrzegać jako klienta, o którym mówi art. 3 ust. 1 UZNK. Skoro Zamawiający uczynił ceny jednostkowe istotnym elementem oferty i kalkulacji, to miał nie tylko prawo, ale i obowiązek weryfikować te ceny jednostkowe, a nie tylko skupiać się na cenie globalnej.

Zaniechanie odrzucenia oferty EthosEnergy ze względu na rażąco niską cenę

Odwołujący podniósł, że składanie wyjaśnień dotyczących ceny nie może być traktowane jako czynność *pro forma*, mająca zadośćuczynić obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia. Skoro Zamawiający wezwał wykonawcę EthosEnergy do złożenia wyjaśnień, a wykonawca te wyjaśnienia złożył, to Zamawiający winien był dokonać analizy wszechstronnej i skrupulatnej. W takim przypadku, nie wystarczy (tak jak czynił to EthosEnergy) odwoływanie się do elementów ogólnych czy orzecznictwa. Ustawa Pzp nakłada na wykonawcę, który został wezwany do złożenia wyjaśnień, obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. „Wykazać” oznacza coś więcej, aniżeli jedynie „wyjaśnić”, nie są więc wystarczające same deklaracje i twierdzenia. EthosEnergy nie powinien był mieć trudności w wykazaniu rzetelności kalkulacji cenowej, wraz z przedstawieniem ewentualnych dowodów, gdyż Zamawiający w Cenniku i Zakresie Prac szczegółowo i precyzyjnie przedstawił, jakie konkretnie świadczenia należało wycenić. Wykonawca powinien był w tym zakresie bez trudu wykazać się ofertami, pozwalającymi wykazać, że dana cena jednostkowa uwzględnia koszt i zapewnia zysk temu wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że oferta z rażąco niską ceną jest ofertą z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy, albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. W komentarzach do prawa europejskiego ofertę rażąco niską definiuje się zwykle przez pryzmat podejrzenia, że wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia na zaoferowanych warunkach lub też w trakcie realizacji będzie poszukiwał dodatkowych płatności, względnie skorzysta z bezprawnej pomocy publicznej.

W ocenie Odwołującego, nieskuteczne jest powoływanie się na stosowanie niższych marż, zaopatrywanie się bezpośrednio u producentów czy posiadanie stałego kręgu kontrahentów, gdyż tego typu czynniki są dostępne dla każdego z wykonawców. Nie są więc obiektywnie właściwe i wyjątkowe tylko dla wykonawcy proponującego niską cenę.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia EthosEnergy nie tylko nie zawierają dostatecznych dowodów, ale nie zostały wnikliwie sprawdzone i zweryfikowane przez Zamawiającego, a nadto zaoferowana cena nie zapewnia wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz przepisami prawa. W konsekwencji Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty EthosEnergy, mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Na wypadek niepodzielenia przez Izbę powyższego zarzutu Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 21 ust. 4 ustawy Pzp poprzez brak powołania biegłego do oceny wyjaśnień przedłożonych przez EthosEnergy. Zgodnie z powyższym przepisem, jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, *może* powołać biegłych. Przepis ten wprawdzie posługuje się zwrotem „może”, lecz – zdaniem Odwołującego – w pewnych okolicznościach powołanie biegłego staje się obowiązkiem zamawiającego. Będzie tak w szczególności w przypadku, gdyby zaniechanie powołania biegłego prowadziło do rezultatu sprzecznego z podstawowymi zasadami lub celami zamówień publicznych albo gdyby bierność zamawiającego prowadziła do rezultatu niesprawiedliwego lub sprzecznego z zasadami współżycia społecznego. Podstawowym i niedoznającym wyjątków obowiązkiem zamawiającego jest udzielenie zamówienia wykonawcy wyłonionemu zgodnie z przepisami ustawy. Przeciwna wykładnia art. 21 ust. 4 Pzp prowadziłaby do sytuacji, w których ustawodawca nakazywałby udzielać zamówienia zgodnie z przepisami ustawy tylko wówczas, gdyby nie wymagało ono wiadomości specjalnych, gdyż w takim wypadku to nie ustawa, ale zamawiający, często powodowany zawinionym pośpiechem lub niedbalstwem, mógłby zupełnie dowolnie i arbitralnie

decydować czy udzielić zamówienia zgodnie z przepisami ustawy, czy też nie. Byłoby to niezgodne z unijnym prawem zamówień publicznych, gdyż żadna z dyrektyw zamówieniowych nie przyznaje zamawiającemu prawa do zaniechania rzetelnego przeprowadzenia postępowania z tego powodu, że podjęcie decyzji o dokonaniu lub niedokonaniu danej czynności wymaga wiadomości specjalnych. Także art. 7 ust. 3 ustawy Pzp nie przewiduje wyjątku w sytuacji, gdy udzielenie zamówienia z zachowaniem równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga wiadomości specjalnych. Zamawiający, który nie powołuje biegłego w zakresie oferty z rażąco niską ceną w istocie zrównuje sytuację takiego wykonawcy z sytuacją podmiotów, które prawidłowo i rzetelnie skalkulowały oferty, co narusza się tym samym zasadę równego traktowania wykonawców. Mogłoby też nastąpić niedopuszczalne połączenie ról podmiotu, który prawo świadomie narusza i z tego naruszenia odnosi dodatkowe korzyści w postaci niemożliwości skutecznego podważenia jego bezprawnych czynności.

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu powołanie biegłego dla oceny wyjaśnień składanych przez EthosEnergy w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z 7 oraz 13 stycznia 2016 r. było konieczne, a Zamawiający, nie dokonując tej czynności, naruszył art. 21 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 i 3 UZNK.

Zaniechanie wezwania ZRE Katowice oraz EthosEnergy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny

Odwołujący podniósł, że wskutek aukcji elektronicznej ceny ofert złożonych przez ZRE Katowice oraz EthosEnergy (odpowiednio 6.818.000 zł i 6.797.976, 61 zł), zatem wypełniła się przesłanka do wezwania każdego z tych wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ceny zaoferowane przez ww. wykonawców spadły poniżej 30% różnicy między ceną danej oferty a wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną złożonych ofert pierwotnych (zdaniem Odwołującego należy brać pod uwagę oferty pierwotne m.in. dlatego, że art. 90 ustawy Pzp stanowi o ofertach złożonych w postępowaniu, a nie w trakcie aukcji, a nadto nie ma pewności, że dany wykonawca przystąpi do aukcji, a przepis art. 90 Pzp nakazuje obliczać średnią od wszystkich ofert, nie tylko tych, co do których postąpiono w toku aukcji).

Odwołujący wskazał, że w art. 91c ust. 1 ustawy Pzp nie wyłączono stosowania przepisów art. 90, jak ma to miejsce w odniesieniu do licytacji elektronicznej, a zatem ustawodawca nie wyłączył możliwości ustalenia rzetelności kalkulacji ofert złożonych w toku aukcji. Zamawiający nie dokonując tych czynności naruszył art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia, które złożyło EthosEnergy powinny skutkować odrzuceniem oferty złożonej przez tego wykonawcę, jako zawierającej rażąco niską cenę, tak więc obowiązek wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień ceny zaoferowanej w toku aukcji elektronicznej powinien zaktualizować się tylko w razie uznania, że wyjaśnienia składane w odpowiedzi na wezwania z 7 stycznia oraz 13 stycznia 2016 r. były prawidłowe. Podobnie, obowiązek wezwania do wyjaśnień ceny zaoferowanej w toku aukcji przez ZRE Katowice uaktualni się dopiero w razie udowodnienia, że Zamawiający nie powinien odrzucić oferty ZRE Katowice wskutek tego, że jej złożenie, w okolicznościach sprawy, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez EthosEnergy

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 17 lutego 2016r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie korespondencji Zamawiającego z wszystkimi wykonawcami w toku postępowania. Załączniki do protokołu Zamawiający przekazał wiadomością mailową z 22 lutego 2016 r. Nie zawierały one wyjaśnień EthosEnergy.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3 i art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad udzielenia zamówień publicznych, a jej przejawem jest regulacja wynikająca z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą załączniki do protokołu (a taki charakter mają wyjaśnienia dotyczące ceny) udostępnia się po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp), tj. gdy informacje zastrzeżone rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz o ile wykonawca we właściwym czasie wykazał to zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, że zostały mu udostępnione ogólne oświadczenia i tezy EthosEnergy zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz sprowadzają się one do gołosłownych i niczym niepopartych stwierdzeń. Ponieważ uzasadnienie to, jak same wyjaśnienia miały charakter ogólnikowy i nie wykazały zaistnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 UZNK, Zamawiający miał prawny obowiązek udostępnienia wyjaśnień EthosEnergy w zakresie rażąco niskiej ceny Odwołującemu. Nawet bowiem, jeżeli obiektywnie dana informacja mogłaby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, to w przypadku gdy wykonawca nie dochowa obowiązku wykazania tej okoliczności, np. poprzez udowodnienie, że rzeczywiście podjął niezbędne działania celem zachowania ich poufności, zamawiający ujawnia tę informację. Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku

zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do zastrzeżonego dokumentu, w celu oceny prawidłowości zastrzeżenia, a ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia spoczywa w tym przypadku na wykonawcy. Tajemnica przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, musi być bowiem interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób.

Odwołujący wskazał, że dopiero po zapoznaniu się z treścią tych wyjaśnień będzie mógł dokonać pełnej weryfikacji prawidłowości działań Zamawiającego w zakresie oceny oferty w odniesieniu do aspektu rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert, dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty ZRE Katowice oraz EthosEnergy, względnie odrzucenia oferty ZRE Katowice oraz powołanie biegłego celem zbadania wyjaśnień złożonych przez EthosEnergy w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, a także odtajnienia wyjaśnień EthosEnergy udzielonych w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z 7 i 13 stycznia 2016 r. i udostępnienia ich Odwołującemu.

Odwołujący sformułował również żądania ewentualne: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert, dokonania ponownego badania i oceny ofert, wezwania ZRE Katowice oraz EthosEnergy do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, odtajnienia wyjaśnień EthosEnergy udzielonych w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z 7 i 13 stycznia 2016 r. i udostępnienia ich Odwołującemu.

Ponadto Odwołujący wniósł o:

- 1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków: P.Z., W.S., B.G., wezwanie na adres: Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A., ul. Gen. Jankego 13, 40-615 Katowice na okoliczności przytoczone w treści odwołania oraz na okoliczności:
 - sposobu kalkulacji cen przez ZRE Katowice, w tym cen jednostkowych podanych w Załączniku nr 2 – Cennik i Zakres Prac, oraz na okoliczność, czy zaoferowane przez tego wykonawcę ceny pokrywają wszystkie koszty niezbędne do poniesienia celem należytego wykonania zamówienia oraz ustalenia, jakie czynniki stanowiły dla tego wykonawcy podstawę do zniżenia podczas aukcji elektronicznej cen w różnych pozycjach pozyskiwanych od różnych dostawców dokładnie o 50% oraz o ponad 44% w odniesieniu do ceny sprzed aukcji; a także na okoliczność, że cena, która została zaoferowana przez tego wykonawcę jest ceną rażąco niską i nie zapewnia możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i obowiązującymi w tym zakresie przepisami;

- że cena zaoferowana przez ZRE Katowice podczas aukcji elektronicznej stanowiła cenę poniżej kosztów wykonania zamówienia, w szczególności poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia świadczeń objętych pozycjami zawartymi w Załączniku nr 2 – Cennik i Zakres Prac do umowy 15DFZZ905, a także na okoliczności, że dokonanie ponad 44% redukcji ceny w stosunku do ceny zaoferowanej przed aukcją elektroniczną nie było uzasadnione obiektywnymi okolicznościami, mającymi wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz na okoliczność, że zaoferowanie tej ceny w toku aukcji elektronicznej stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z listy prezesa właściwego sądu okręgowego z dziedziny „księgowość, finanse, ekonomia, rachunkowość, ekonomika” na okoliczność ustalenia, czy ceny zaoferowane przez ZRE Katowice oraz EthosEnergy (w tym ceny jednostkowe podane w Załączniku nr 2 – Cennik i Zakres Prac do umowy 15DFZZ905) pokrywają wszystkie koszty każdego z tych wykonawców niezbędne do poniesienia celem należytego wykonania zamówienia objętego Postępowaniem, a także osiągnięcie zysku, przy czym w odniesieniu do EthosEnergy – o zlecenie biegłemu dokonania oceny zarówno cen jednostkowych oferty pierwotnej EthosEnergy, jak i ceny wynikającej z ostatniego postąpienia tego wykonawcy w trakcie aukcji elektronicznej;
- 3) dopuszczenie dowodu z przesłuchania świadków: K.M., J.S., D.C. – wezwanie na adres Zamawiającego – na okoliczności przytoczone w treści odwołania, oraz na okoliczność:
- metod oraz sposobów sprawdzenia przez Zamawiającego rzetelności wyjaśnień złożonych przez EthosEnergy w kwestii rażąco niskiej ceny, a w szczególności sposobu i zakresu sprawdzenia prawdziwości oświadczeń EthosEnergy odnośnie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz weryfikacji dowodów przedstawionych przez ten podmiot celem wykazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
 - metod zbadania przez Zamawiającego kwestii, czy cena ostatecznie zaoferowana w toku aukcji elektronicznej przez ZRE Katowice nie wzbudziła wątpliwości odnośnie rażąco niskiej ceny oraz odnośnie możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz przyczyn zaniechania wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień w tym zakresie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy: Zakłady Remontowe Energetyki Katowice S.A. oraz EthosEnergy Sp. z o.o.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego modernizacji turbozespołu SST600V80 Tz-9 w Elektrociepłowni Siekierki w Warszawie, wraz z dostarczeniem wszystkich niezbędnych materiałów, części zamiennych, aparatury oraz urządzeń. (pkt 1.1. Instrukcji dla wykonawców).

Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert: cena 95%, termin realizacji (5%) – pkt 12.1 IDW. Zamawiający postanowił, że w przypadku złożenia co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu, po przeprowadzeniu badania ofert, przeprowadzi w celu wyboru najkorzystniejszej oferty aukcję elektroniczną, stosownie do przepisów art. 91a-91c ustawy Pzp (pkt 12.5 IDW).

Zgodnie z protokołem postępowania, wartość zamówienia została ustalona na 8.000.000 zł (tj. 9.840.000 zł brutto). Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 9.840.000 zł.

Wykonawcy mieli obowiązek podać w formularzu oferty całkowitą cenę za wykonanie usługi, w zakresie opisanym w SIWZ (pkt 11 IDW). Ponadto wykonawcy zobowiązani byli złożyć jako materiał pomocniczy dla Zamawiającego ofertę w 1 egz. na nośniku elektronicznym (CD-ROM); wypełniony Załącznik nr 2 – Cennik i zakres prac oraz dostarczane urządzenia i materiały, do wzoru umowy z podanymi przez Wykonawcę cenami jednostkowymi za wykonanie prac i dostarczone materiały zostaną umieszczone na płycie w formacie .xls (pkt 2.3 IDW).

W wyznaczonym terminie zostały złożone 4 oferty z następującymi cenami:

- 1) EthosEnergy 7.318.500,00 zł,
- 2) ENREM Połaniec Sp. z o.o. 12.501.503,52 zł,
- 3) Odwołujący 13.911.300,00 zł,
- 4) ZRE Katowice 12.253.260,00 zł.

W dniu 7 stycznia 2016 r. Zamawiający wezwał wykonawcę EthosEnergy – na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający – poza przywołaniem treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – wskazał, że oczekuje wyjaśnień w szczególności w zakresie cen za wykonanie lub dostarczenie materiałów wskazanych w pozycjach: 2.8, 6.7, 6.8, 6.15, 14.3, 18.3, 30.1 tabeli nr 1 oraz

13.3, 23.1, 48.10 i 48.11 tabeli nr 2. Zamawiający wskazał ponadto, że niska cena oferty w ww. pozycjach budzi wątpliwości, czy w cenie uwzględniono wszystkie prace, w tym prace pomocnicze niezbędne dla wykonania całego zakresu prac danej pozycji i czy możliwym jest zrealizowanie całego zakresu prac dla danej pozycji. Zamawiający wskazał również, że w pozycjach 2.8 tabeli nr 1, 13.3, 23.1, 48.10 i 48.11 tabeli nr 2 określił do jakiej maksymalnej kwoty będą wykonane prace i dostarczone materiały oraz zwrócił się z pytaniem, czy wykonawca gwarantuje wykonanie prac i dostaw w tych pozycjach w pełnym zakresie do kwot podanych w SIWZ jeśli zajdzie taka potrzeba, bez żądania dodatkowego wynagrodzenia i bez możliwości skorzystania z kwot przewidzianych w tabeli nr 3 na dodatkowe dostawy nieprzewidziane w SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie EthosEnergy złożył wyjaśnienia (pismo z 12 stycznia 2016 r.), dotyczące każdej ze wskazanych przez Zamawiającego pozycji, podając sposób wyceny tych pozycji, w tym liczbę przyjętych roboczogodzin. Wykonawca powołał się na zakładaną metodę wykonywania zamówienia, oferty podwykonawców oraz potwierdził, że objął wyceną cały zakres prac, w tym prace pomocnicze. Wskazał, że gwarantuje należyłą realizację prac w pełnym zakresie, bez żądania dodatkowego wynagrodzenia i bez możliwości skorzystania z kwot przewidzianych w tabeli nr 3. Do wyjaśnień Przystępujący załączył dowody w postaci oferty podwykonawcy oraz informacji o stosowanej przez Przystępującego najniższej stawce godzinowej płac w 2016 r. Jednocześnie wykonawca poinformował Zamawiającego, że informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępniane podmiotom trzecim.

W dniu 13 stycznia 2016 r. Zamawiający wezwał EthosEnergy do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny oferty, wskazując, że oczekuje wyjaśnień cen za wykonanie prac niewyszczególnionych w poprzednim piśmie, tj. prac wskazanych w pozycjach: 6.1, 6.11, 6.16, 19.1, 19.2, 20.1, 20.2, 20.4, 21.16, 27.1, 31.2, 45.2, 48.1. Zamawiający wskazał również, że zauważył znaczące różnice cen w pozycjach gdzie występują czynności na bliźniaczych urządzeniach i zwrócił się o wyjaśnienie tych różnic (poz. 20.1, 20.2, 21.1, 21.2, 29.1 i 30.1).

W odpowiedzi na wezwanie EthosEnergy złożył wyjaśnienia (pismo z 17 stycznia 2016 r.), w których przedstawił sposób wyceny każdej z pozycji wskazanych w piśmie Zamawiającego. Do wyjaśnień wykonawca załączył dowody w postaci: wykazu obrabiarek i przyrządów remontowych ulokowanych w warsztacie EthosEnergy przy ul. Paprotnej 12a oraz wykazu narzędzi ulokowanych w warsztacie EthosEnergy przy ul. Paprotnej 12a. Jednocześnie wykonawca poinformował Zamawiającego, że informacje zawarte w wyjaśnieniach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępniane podmiotom trzecim.

W dniu 29 lutego 2016 r. Zamawiający zaprosił do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty. Ceny zaoferowane w wyniku aukcji przedstawiały się następująco:

- 1) EthosEnergy 6.798.000,00 zł,
- 2) ENREM Połaniec Sp. z o.o. 12.501.503,52 zł,
- 3) Odwołujący 12.252.000,00 zł,
- 4) ZRE Katowice 6.818.000,00 zł.

Po przeprowadzeniu aukcji Zamawiający nie wezwał żadnego z wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W dniu 16 lutego 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze – jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez ZRE Katowice, wskazujący, że oferta tego wykonawcy otrzymała 94,721 pkt w kryterium *cena* i 5 pkt w kryterium *okres realizacji*. Żadna z ofert nie została przez Zamawiającego odrzucona.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego i Przystępującego EthosEnergy o uznanie za spóźnione zarzutów dotyczących czynności i zaniechań Zamawiającego na etapie przed zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej. W ocenie Izby nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że w okolicznościach niniejszej sprawy termin na wniesienie odwołania wobec tych czynności i zaniechań rozpoczął swój bieg od dnia zaproszenia do udziału w aukcji. Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Zdaniem Izby, data zaproszenia do udziału w aukcji nie była momentem, w którym

Odwołujący powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach, które pozwalały na sformułowanie zarzutów odwołania. O ile można zgodzić się, że co do zasady wykonawca z chwilą zaproszenia do aukcji elektronicznej może powziąć wiadomość o fakcie nieodrżucenia konkurencyjnych ofert (informacja o wykonawcach zaproszonych do aukcji jest ujawniana w protokole postępowania) i od tej chwili rozpoczyna bieg termin na wniesienie odwołania, to należy wziąć pod uwagę, że w niniejszej sprawie podniesienie kwestionowanych zarzutów wymagało powzięcia wiedzy również o tym, że Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty oraz o tym, jak Zamawiający ocenił zasadność wniosku o nieujawnianie tych wyjaśnień. Sama informacja o zaproszeniu do aukcji wykonawcy EthosEnergy nie dawała Odwołującemu wystarczającej wiedzy pozwalającej na wniesienie odwołania, Odwołujący bowiem dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty dowiedział się o fakcie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej dotyczącej ceny zaoferowanej przez Przystępującego. Podobnie, dopiero wybór najkorzystniejszej oferty był tym momentem, w którym stanowisko Zamawiającego co do nieujawnienia treści wyjaśnień można uznać za ostateczne. Nie można zarzucić Odwołującemu niedołożenia należytej staranności w celu powzięcia powyższych informacji, zauważyć bowiem należy, że zgodnie z 96 ust. 3 ustawy Pzp, załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym, do chwili wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający – kierując się literalnym brzmieniem przywołanego wyżej przepisu – mógłby skutecznie uchylić się od udostępnienia Odwołującemu załączników do protokołu w postaci skierowanych do Przystępującego wezwań oraz udzielonych przez niego wyjaśnień (lub informacji, że wyjaśnienia takie zostały złożone). Dodatkowo, nawet w przypadku poinformowania Odwołującego na wcześniejszym etapie postępowania o przeprowadzeniu procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wniesienie odwołania wymagało upewnienia się przez Odwołującego, że badanie zasadności zastrzeżenia treści wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostało przez Zamawiającego zakończone. Innymi słowy, aby prawidłowo sformułować zarzuty odwołania, Odwołujący musiał mieć wiedzę o złożeniu wyjaśnień i albo uzyskać dostęp do ich treści, albo otrzymać od Zamawiającego informację, że zastrzeżenie treści tych wyjaśnień uznał za zasadne i nie zamierza ich ujawnić. Biorąc powyższe pod uwagę nie sposób zgodzić się, że zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty EthosEnergy z uwagi na rażąco niską cenę oraz zaniechania ujawnienia złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień, zostały podniesione po upływie ustawowego terminu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie dotyczącym zaniechania wezwania wykonawców EthosEnergy i ZRE Katowice do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w aukcji elektronicznej,

a także w zakresie zaniechania ujawnienia wyjaśnień z 12 i 17 stycznia 2016 r. złożonych EthosEnergy.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania Przystępujących do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w aukcji elektronicznej, Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o pozostawienie tego zarzutu bez rozpoznania. Zamawiający sformułował taki wniosek powołując się na fakt, że w dniu 8 marca 2016 r. złożył oświadczenie o uwzględnieniu przedmiotowego zarzutu i zamiarze wykonania czynności zgodnie z żądaniami sformułowanymi w odwołaniu. Uznając wniosek o pozostawienie tego zarzutu bez rozpoznania za bezzasadny Izba wzięła pod uwagę fakt, że w dacie rozpoznania odwołania przez Izbę czynność wezwania Przystępujących do złożenia wyjaśnień nie została przez Zamawiającego wykonana. Zważywszy że ustawa Pzp nie wiąże z częściowym uwzględnieniem zarzutów powstania po stronie Zamawiającego obowiązku dokonania czynności zgodnie z żądaniem odwołania (tak jak to ma miejsce w przypadku uwzględnienia zarzutów w całości – art. 186 ust. 2 ustawy Pzp), oświadczenie o uwzględnieniu jednego z zarzutów – w sytuacji niewykonania żądań przed otwarciem przez Izbę rozprawy – należy potraktować jedynie jako deklarację Zamawiającego i przyznanie okoliczności faktycznych leżących u podstaw zarzutu, co jednak nie zwalnia Izby z merytorycznego rozpoznania jego zasadności. Z kolei pozostawienie zarzutu bez rozpoznania stwarzałoby stan niepewności co do dalszych czynności Zamawiającego, a Odwołującego narażałoby na odrzucenie ewentualnego odwołania wniesionego w tym samym zakresie w przypadku zaniechania wykonania czynności zgodnie ze złożoną przez Zamawiającego deklaracją (odwołanie takie mogłoby być uznane za wniesione po upływie ustawowego terminu). Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie znalazła podstaw do pozostawienia przedmiotowego zarzutu bez rozpoznania i dokonała jego merytorycznej oceny.

W ocenie Izby przedmiotowy zarzut jest zasadny.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przywołany przepis obowiązuje również w odniesieniu do cen zaoferowanych w toku aukcji elektronicznej, żaden

z przepisów regulujących aukcję elektroniczną nie wyłącza bowiem stosowania art. 90 ust. 1 ustawy. Jak stanowi art. 91c ust. 1 ustawy Pzp, w toku aukcji elektronicznej nie stosuje się przepisów art. 82 ust. 1 i 2, art. 83 i 84 oraz art. 86–89 nie stosuje się. Wobec niewyłączenia stosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający jest zobowiązany badać realność ceny zaoferowanej w aukcji elektronicznej i wezwać wykonawcę do wyjaśnień, jeżeli cena wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Jednocześnie należy stwierdzić, że po stronie Zamawiającego istnieje obowiązek wezwania do wyjaśnień w każdym przypadku, gdy zaoferowana cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Nie ulega wątpliwości, że ceny zaoferowane w toku aukcji elektronicznej przez Przystępujących były niższe o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT. Cena zaoferowana przez EthosEnergy stanowiła 69,1% wartości zamówienia po doliczeniu podatku VAT, natomiast cena zaoferowana przez ZRE Katowice – 69,3% tej wartości. Wystąpienie wskazanych różnic między ceną oferty a wartością zamówienia obligowało Zamawiającego do zastosowania procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a niewykonanie tego obowiązku stanowiło naruszenie przez Zamawiającego powyższego przepisu. Nie ma przy tym znaczenia fakt, że ceny ofert odbiegały od wartości zamówienia o niewiele ponad 30%, art. 90 ust. 1 ustawy zobowiązuje bowiem do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w każdym przypadku, w którym różnica między tymi wartościami wynosi 30% lub więcej.

Izba nie podzieliła tezy Odwołującego, że obowiązek wezwania do wyjaśnień wynikał również z faktu, że ceny zaoferowane przez Przystępujących w toku aukcji elektronicznej były niższe o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert przed aukcją. W ocenie Izby niezasadne jest odnoszenie ceny zaoferowanej w aukcji do średniej cen ofertowych sprzed aukcji, prowadzi to bowiem do porównania wartości ze sobą nieporównywalnych (wszyscy wykonawcy złożyli podczas aukcji postąpienia, obniżając pierwotnie zaoferowaną cenę). To ceny zaoferowane w aukcji elektronicznej są ostatecznymi cenami ofertowymi, których średnia może stanowić punkt odniesienia przy badaniu realności ceny. Niezależnie jednak od tego, Zamawiający – jak wyżej wskazano – zobowiązany był do przeprowadzenia procedury wyjaśniającej z uwagi na różnicę między cenami zaoferowanymi przez Przystępujących a wartością zamówienia.

Za częściowo zasadny Izba uznała zarzut dotyczący zaniechania ujawnienia wyjaśnień złożonych przez EthosEnergy.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego 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. Zgodnie z przywołanym przepisem, jedną z przesłanek skutecznego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jest wykazanie przez wykonawcę, że zastrzeżone informacje w rzeczywistości taką tajemnicę przedsiębiorstwa stanowią. Tym samym informacje złożone przez wykonawcę mogą pozostać niejawnie tylko w takim zakresie, w jakim wykonawca wywiązał się z ciężaru wykazania ich niejawnego charakteru.

W ocenie Izby Przystępujący EthosEnergy nie wykazał zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa pełnej treści złożonych wyjaśnień.

W uzasadnieniu przedstawionym w dniu 12 stycznia 2016 r. Przystępujący w znacznej mierze ograniczył się do przywołania przesłanek określonych art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa oraz do wskazania ogólnych twierdzeń dotyczących zasadności uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa. Jedynie w odniesieniu do danych podmiotów współpracujących z wykonawcą przedstawione zostały bardziej szczegółowe wyjaśnienia wykazujące zasadność objęcia tych informacji ochroną, ze wskazaniem konkretnej wartości gospodarczej tych informacji oraz szkody mogącej powstać na skutek ich ujawnienia. Z kolei w uzasadnieniu z 17 stycznia 2016 r. Przystępujący w ogóle nie odniósł się do konkretnych informacji przedstawionych w wyjaśnieniach i do istnienia przesłanek ich zastrzeżenia, ograniczając się wyłącznie do stwierdzenia, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i przywołania treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Izba uznała za uzasadnione utrzymanie niejawności wyjaśnień z dnia 12 stycznia 2016 r. wyłącznie w zakresie danych podwykonawców, z którymi Przystępujący współpracuje oraz załączonej do wyjaśnień oferty jednego z podwykonawców. W odniesieniu do pozostałej treści wyjaśnień nie sposób uznać, że

Przystępujący uzasadnił konieczność ich utajnienia. W przedstawionym uzasadnieniu Przystępujący nie odniósł się do konieczności zachowania niejawności poszczególnych elementów wyjaśnień, jak również – poza ogólnikowym stwierdzeniem, że wyjaśnienia obrazują sposób organizacji robót oraz ujawniają metodykę konstruowania oferty – nie wykazał wartości gospodarczej wyjaśnień jako całości. Natomiast w odniesieniu do wyjaśnień z 17 stycznia 2016 r. w ocenie Izby Przystępujący nie wykazał zasadności ich utajnienia w żadnym zakresie.

Biorąc pod uwagę, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jedną z podstawowych zasad tego postępowania, przepisy dopuszczające wyjątki od tej zasady należy interpretować wąsko. W związku z tym nieujawnienie złożonych informacji należy uznać za zasadne jedynie w przypadku jednoznacznego wykazania przez wykonawcę, że spełnione zostały wszystkie określone przepisami prawa. Niewystarczające jest zatem jedynie ogólnikowe stwierdzenie wykonawcy o istnieniu wartości gospodarczej określonych informacji. Ani Zamawiający, ani Izba, nie mogą z urzędu doszukiwać się w złożonych przez wykonawcę informacjach, wartości gospodarczych zasługujących na ochronę. Ciężar wykazania konieczności udzielenia takiej ochrony przepisy ustawy Pzp w sposób wyraźny nałożyły na wykonawcę, a niewywiązanie się z tego ciężaru należy uznać za jednoznaczne z koniecznością ujawnienia złożonych informacji.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że Zamawiający – odmawiając ujawnienia wyjaśnień dotyczących ceny oferty EthosEnergy w zakresie wskazanym przez Izbę – naruszył przepisy art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp.

Pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie.

Za niezasadny Izba uznała zarzut zaniechania odrzucenia oferty EthosEnergy jako oferty z rażąco niską ceną.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, 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 ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3–5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); ©Kancelaria Sejmu s. 71/170 2015-07-16

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Art. 90 ust. 2 ustawy nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie natomiast z art. 90 ust. 3 ustawy, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie uznał złożone przez Przystępującego wyjaśnienia za potwierdzające realność zaoferowanej ceny. Zamawiający skierował do Przystępującego dwa szczegółowe wezwania do wyjaśnień, w których – obok prośby o wskazanie okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – przedstawił szereg szczegółowych pytań dotyczących wyceny poszczególnych elementów zamówienia. Przystępujący na każde z tych wezwań złożył wyjaśnienia, w których odniósł się do każdego ze wskazanych przez Zamawiającego składników przedmiotu zamówienia, przedstawiając szczegółowy sposób kalkulacji ceny w każdej z pozycji, których prawidłowość wyceny była dla Zamawiającego wątpliwa. Powołał się również na okoliczności pozwalające obniżyć cenę oferty, takie jak: zasoby ludzkie i sprzętowe, dobór podwykonawców, metody realizacji zamówienia pozwalające na obniżenie kosztów, możliwe oszczędności dotyczące kosztów osobowych. Wobec powyższego Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać wyjaśnienia za niewystarczające i wyciągnąć z nich wnioski o złożeniu oferty z rażąco niską ceną. Zdaniem Izby, udzielone wyjaśnienia pozwalały Zamawiającemu powziąć wiedzę co do sposobu wyceny oferty i rozwiązać wątpliwości co do realności ceny.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 21 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli dokonanie określonych czynności związanych z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wiadomości specjalnych, kierownik zamawiającego, z własnej inicjatywy lub na wniosek komisji przetargowej, może powołać biegłych.

Po pierwsze wskazać należy, że powyższy przepis określa uprawnienie, nie zaś obowiązek Zamawiającego. Niezależnie jednak od tego, przyjmując za Odwołującym, że

skorzystanie z pomocy biegłego należy uznać za obowiązkowe w przypadku, gdyby zaniechanie powołania biegłego prowadziło do rezultatu sprzecznego z podstawowymi zasadami lub celami zamówień publicznych, stwierdzić należy, że Odwołujący nie udowodnił, że taka sytuacja miała miejsce w niniejszym postępowaniu. Odwołujący nie wykazał, że ocena wyjaśnień złożonych przez EthosEnergy wymagała wiadomości specjalnych, których nie posiada sam Zamawiający. Co więcej, Odwołujący nie wskazał nawet, biegły z jakiej dziedziny powinien być jego zdaniem powołany. Dodatkowo zauważyć należy, że kwestia prawidłowości kalkulacji ceny oferty dotyczy przedmiotu zamówienia z dziedziny, w której Zamawiający prowadzi działalność. Należy więc przyjąć, że Zamawiający dysponuje kadrami, która w ramach posiadanych kompetencji jest właściwa do dokonywania oceny rzetelności i prawidłowości wyceny zamówienia polegającego na modernizacji turbozespołu w elektrociepłowni. Okoliczności przeciwne nie zostały przez Odwołującego wykazane, w związku z czym zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia ofert ZRE Katowice na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Przywołany wyżej przepis nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podniósł, że złożenie oferty przez ZRE Katowice w toku aukcji elektronicznej było czynem nieuczciwej konkurencji określonym przepisami art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Pierwszy z tych przepisów stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie natomiast z art. 15 ust. 1 ww. ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

- pkt 1 – sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców;
- pkt 3 – rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów.

Skuteczne podniesienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji wymaga wykazania zaistnienia każdej z przesłanek opisanych we wskazanych przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby Odwołujący – na którym zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp spoczywał ciężar dowodu – nie wykazał, że złożenie ofert przez Przystępującego miało znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Okolicznością faktyczną, na której Odwołujący oparł zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, było zniżenie przez Przystępującego cen jednostkowych w toku aukcji. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, w jaki sposób powyższa okoliczność faktyczna wypełnia znamiona czynu określonego w art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów). Odwołujący nie wykazał również zasadności zastosowania do takiego czynu klauzuli generalnej określonej w art. 3 ust. 1 ustawy, zwłaszcza że jednocześnie zarzucił, że zachowanie Przystępującego wypełniło znamiona czynu określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy, dotyczącym stricte sprzedaży poniżej kosztów usługi.

Odnosząc się do czynu opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wskazać należy, że do stwierdzenia popełnienia tego czynu konieczne jest wykazanie łącznego wystąpienia następujących przesłanek: utrudnianie innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu, działanie w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Sam fakt jednorazowego oferowania sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia – nawet gdyby został udowodniony – nie przesądza o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, konieczne jest bowiem wykazanie, że wykonawca utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku w celu ich eliminacji, przez co należy rozumieć zachowanie szersze niż w jednym konkretnym postępowaniu przetargowym. Konieczne jest również wykazanie, że zamiarem wykonawcy jest eliminacja innych przedsiębiorców. Powyższe okoliczności nie zostały udowodnione.

Izba – na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp – odmówiła przeprowadzenia wnioskowanych przez Odwołującego dowodów z opinii biegłego sądowego oraz z zeznań świadków – pracowników Zamawiającego, stwierdzając, że zostały powołane jedynie dla zwłoki. Izba uznała, że okoliczności, na które zostały powołane dowody z zeznań świadków oraz dowód z opinii biegłego sądowego, nie są istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Tezy dowodowe w zakresie dowodów z zeznań świadków dotyczyły subiektywnych opinii pracowników Zamawiającego oraz Przystępującego co do sposobu kalkulacji ceny czy metod badania złożonych wyjaśnień, orzeczenie Izby natomiast musi się bowiem opierać na obiektywnym stanie faktycznym, który możliwy był do ustalenia na podstawie dokumentacji postępowania. Natomiast w odniesieniu do wnioskowanego dowodu z opinii biegłego w zakresie tezy dowodowej dotyczącej oceny wyjaśnień złożonych przez EthosEnergy, wskazać należy, że Izba w postępowaniu odwoławczym bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania

może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało ustalenia, czy na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest rażąco niska. W związku z tym, że w postępowaniu odwoławczym Izba ocenia prawidłowość oceny wyjaśnień przez Zamawiającego, powoływanie dowodów dotyczących samej ceny oferty, w oderwaniu od treści złożonych wyjaśnień, należy uznać za zmierzające do przewlekłości postępowania. Z kolei w zakresie, w jakim dowód został powołany na okoliczność cen zaoferowanych przez Przystępujących w aukcji elektronicznej, dodatkowo należy stwierdzić, że ocenie Izby podlegała kwestia obowiązku wezwania do wyjaśnień dotyczących tych cen, a istnienie tego obowiązku Izba mogła ustalić opierając się wyłącznie na dokumentacji postępowania. Z kolei w odniesieniu do zarzucanego czynu nieuczciwej konkurencji dowód z opinii biegłego należało uznać za zbędny, nie może on bowiem służyć wykazaniu przesłanek warunkujących stwierdzenie popełnienia takiego czynu, w tym zamiaru wykonawcy i skutku jego działań.

Wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. art. 90 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w stopniu mogącym mieć wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....