

**WYROK**  
z dnia 30 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**  
**Członkowie: Anna Chudzik**  
**Dagmara Gałczewska-Romek**  
**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2016 r. przez **EthosEnergy sp. z o.o. we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez **ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. w Świerżach Górnych**

przy udziale wykonawcy **GE Power sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy GE Power sp. z o.o. w Warszawie do wyjaśnienia, jaką wartość gospodarczą posiadają informacje zastrzeżone przez niego w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa,**
2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
3. **kosztami postępowania obciąża ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. w Świerżach Górnych**  
i:
  - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę EthosEnergy sp. z o.o. we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,**
  - 3.2. **zasądza od ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. w Świerżach Górnych na rzecz EthosEnergy sp. z o.o. we Wrocławiu kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset 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 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 **Radomiu**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. w Świerżach Górnych – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „wykonanie modernizacji turbozespołów bloków Nr 9 i 10 o mocy 560 MW”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 maja 2016 r., nr 2016/S 094-168796.

7 września 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę EthosEnergy sp. z o.o. we Wrocławiu, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę GE Power sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru przez zamawiającego oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej,
  - 2) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
  - 3) zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na odtajnieniu części oferty przystępującego,
  - 4) zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na wezwaniu przystępującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- odwołujący wniósł 16 września 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) art. 89 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 104 i 109<sup>4</sup> § 1 oraz 38 k.c. przez ich niezastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty przystępującego, jako nieważnej, pomimo tego, że nie została ona ważnie podpisana w imieniu przystępującego,
- 2) art. 96 ust. 3 oraz 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji zaniechanie czynności uznania zastrzeżenia przez przystępującego części oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako bezskutecznego i udostępnienia odwołującemu tej części oferty oraz bezskutecznie zastrzeżonych przez przystępującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa innych dokumentów składanych przez przystępującego w toku postępowania, pomimo tego, że przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w ustawowym terminie i zamawiający miał obowiązek udostępnienia tych dokumentów odwołującemu,

- 3) art. 90 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i w konsekwencji wybór oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty przystępującego, pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej;
- 2) uznania czynności zastrzeżenia przez przystępującego części oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jako bezskutecznego i udostępnienia odwołującemu tej części oferty oraz bezskutecznie zastrzeżonych przez przystępującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa innych dokumentów składanych przez przystępującego w toku postępowania,
- 3) odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 104 i 109<sup>4</sup> § 1 k.c. oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp;
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania, w odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieważności oferty przystępującego odwołujący podniósł, że oferta przystępującego została podpisana przez pana J. C. oraz pana D.G..

Zgodnie z pieczęcią imienną pana C. jest on prokurentem przystępującego. Informacja o sprawowaniu przez p. C. funkcji prokurenta spółki, potwierdzona jest w rubryce 3 pkt 21 odpisu KRS dla przystępującego. W podpunkcie 4 rodzaj prokury, wskazano: *prokura łączna: Dla skuteczności dokonywanych na podstawie prokury czynności będzie wymagane łączne działanie prokurenta z innym prokurentem spółki; zgodnie z art. 205 § 1 kodeksu spółek handlowych prokurent może również dokonywać czynności w imieniu spółki, działając łącznie z członkiem zarządu spółki.* Według art. 109<sup>4</sup> § 1 k.c. prokura może być udzielona kilku osobom łącznie (prokura łączna) lub oddzielnie. Pan C. posiada prokurę łączną, co oznacza, że nie jest umocowany do samodzielnej reprezentacji przystępującego. Co za tym idzie, aby pan C. mógł składać oświadczenia woli w imieniu przystępującego, musi on działać łącznie, albo z innym prokurentem albo członkiem zarządu wskazanymi w odpisie KRS dla przystępującego. W przeciwnym przypadku, oświadczenie woli złożone przez pana C., jako prokurenta przystępującego będzie nieważne. Zgodnie bowiem z art. 104 k.c. jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Powołał się na uchwałę SN z dnia 30 stycznia 2015 r. (sygn. akt III CZP 34/14) i wywiódł, że brak jest podstaw prawnych, aby prokurent

łączny - poza wyjątkiem łącznego działania z członkiem zarządu spółki kapitałowej wynikającym z art. 205 KSH - reprezentował spółkę łącznie pod warunkiem działania z inną osobą np. zwykłym pełnomocnikiem.

Odwołujący argumentował, że pan G. podpisał ofertę przystępującego, jako pełnomocnik, co wynika przede wszystkim z załączonego do oferty przystępującego pełnomocnictwa. Dokument pełnomocnictwa został podpisany przez członka zarządu przystępującego pana R.B. oraz prokurenta przystępującego panią K. K.G. (posiadającą prokurę łączną). Zgodnie z jego treścią, przystępujący umocował pana D.G., pana Z.S. oraz pana T.R. do reprezentowania przystępującego w postępowaniu, w tym w szczególności do złożenia oferty przystępującego. Jednocześnie w pełnomocnictwie wskazano, że dla działania w zakresie niniejszego pełnomocnictwa wymagane jest łączne działanie dwóch z ww. osób lub jednej z ww. osób łącznie z prokurentem. Co za tym idzie, aby pan G. mógł podpisać ofertę przystępującego musiał on działać łącznie z panem S. bądź panem R., albo łącznie z prokurentem przystępującego działającym zgodnie i w zakresie udzielonej mu prokury. Ani pan S., ani pan R. nie podpisali oferty przystępującego. Pan C. nie działał także, jako pełnomocnik przystępującego, ale jako prokurent, zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z odpisu KRS. Odwołujący argumentował, że oświadczenie woli złożone przez pana C. nie zostało skutecznie złożone, bowiem nie działał on łącznie z innym prokurentem lub członkiem zarządu przystępującego, ale jedynie ze zwykłym pełnomocnikiem. Oznacza to, że pan C. nie złożył oświadczenia woli, jako prokurent przystępującego w ramach ustanowionych w udzielonej mu prokurze zasad reprezentacji przystępującego. Także oświadczenie woli pana G. nie zostało skutecznie złożone w imieniu przystępującego, bowiem aby było ono skuteczne, musiał on działać łącznie z innym prokurentem działającym zgodnie z wiążącymi tego prokurenta zasadami reprezentacji - oświadczenie złożone przez pana C. nie zostało zaś skutecznie złożone.

Nawet zastosowanie przez zamawiającego mechanizmu wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie doprowadzi do sanowania wadliwości oferty, bowiem nie istnieje możliwość usunięcia wady oświadczenia woli pana C., który jako prokurent działał niezgodnie z obowiązującymi go zasadami reprezentacji. Ponadto, należy zauważyć, iż nie zachodzi którakolwiek z przesłanek wskazanych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem przystępujący załączył do swojej oferty stosowne pełnomocnictwa dla pana G. oraz załączył aktualny odpis z KRS, a także załączone pełnomocnictwo dla pana G. nie posiada jakiegokolwiek wady. Pełnomocnictwo zostało skutecznie udzielone w imieniu GE Power. Ponadto, gdyby pan G. podpisał ofertę przystępującego łącznie z panem S. albo panem R., oferta byłaby ważna. Należy odróżnić sytuację, w której przystępujący nie załączyłby pełnomocnictwa dla pana G. w ogóle albo załączyłoby pełnomocnictwo, jednak byłoby ono samo w sobie nieważne, albo w niewłaściwej formie - wówczas zamawiający mógłby zastosować tryb art. 26 ust. 3 ustawy

Pzp. Od tej sytuacji należy odróżnić niniejszy przypadek, w którym przystępujący załączył do swojej oferty skutecznie udzielone pełnomocnictwo - i nie ma podstaw prawnych do zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - aby skutecznie ustanowiony pełnomocnik podpisując ofertę łącznie z prokurentem łącznym, działał niezgodnie z obowiązującymi u przystępującego zasadami reprezentacji. W takiej sytuacji nie ziściły się przesłanki wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przystępującego odwołujący wskazał, że przystępujący zastrzegł, jako tajemnicę przedsiębiorstwa:

- 1) załącznik nr 21 do oferty - oferta techniczna - strona 296-311;
- 2) załącznik nr 21-A do oferty - sprawozdanie EL. Kozienice bl.3 - strona 312-377;
- 3) załącznik nr 21-B do oferty - sprawozdanie EL. Kozienice bl.6 - strona 378-430;
- 4) załącznik nr 21-C do oferty - sprawozdanie EL. Połaniec bl.4 - strona 431-478;
- 5) załącznik nr 21-D do oferty - sprawozdanie E. Ostrołęka bl.2 - strona 479-548;
- 6) załącznik nr 21 -E do oferty - zgoda dla firmy Inwat - strona 549;
- 7) załącznik nr 21-F do oferty - zgoda dla firmy Energopomiar - strona 550-552;
- 8) załącznik nr 21-G do oferty - zgoda dla firmy Energopomiar - strona 553-555.

08.09.2016 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie mu zastrzeżonej przez przystępującego części oferty, ponieważ przystępujący nieskutecznie dokonał zastrzeżenia tej części oferty, jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zamawiający nie udostępnił odwołującemu wnioskowanych dokumentów. Odwołujący podniósł, że przystępujący nie wskazał w ogóle, jakiego rodzaju informacje zawarte są w zastrzeżonej, jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty tj. czy są to informacje techniczne, czy też technologiczne, czy organizacyjne - właściwie przystępujący w ogóle nie odniósł się do charakteru zastrzeżonych informacji - przytoczył tylko ogólną formułkę. Ponadto przystępujący nie wskazał, czy informacje te stanowią jakąkolwiek wartość gospodarczą oraz tego nie uzasadnił. W konsekwencji, przystępujący nie wykazał w jakikolwiek sposób - poza ogólnikowym i gołosłownym twierdzeniem o abstrakcyjnej treści - że zastrzeżone informacje rzeczywiście spełniają przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Obowiązek ten przystępujący winien był wykonać najpóźniej do dnia składania ofert, a ponieważ mu nie zadośćuczynił, zastrzeżenie poczynione przez przystępującego jest nieskuteczne i nie podlega konwalidacji.

Ponadto odwołujący wskazał, że załączniki do oferty przystępującego od nr 21-A do 21-G nie spełniają merytorycznych przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 uznk, tj. nie stanowią informacji o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym oraz nie posiadają wartości gospodarczej i nie są dokumentami nieujawnionymi do wiadomości publicznej. Także załącznik nr 21 do oferty przystępującego nie zawiera informacji, które nie

zostały ujawnione do informacji publicznej. Każdy podmiot, który zwróci się do przystępującego z zapytaniem ofertowym w zakresie wykonania zamówienia o przedmiocie tożsamym albo analogicznym do przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem, otrzyma wraz z ofertą informacje zawarte w załączniku nr 21 do oferty przystępującego. Analogicznie, zamawiający winien ujawnić odwołującemu wszelkie wyjaśnienia przystępującego dotyczące rażąco niskiej ceny lub treści oferty, które nie zostały skutecznie zastrzeżone przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dalszej części odwołania odwołujący wywiódł, że cena zaoferowana przez przystępującego jest ceną rażąco niską. Wskazywał, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia nie tylko z ceną rażąco niską w odniesieniu do ceny wskazywanej jako wynagrodzenie za wykonanie całości przedmiotu zamówienia (ceny ofertowej), ale i w odniesieniu do poszczególnych cen podanych w formularzu ofertowym. Złożenie przez przystępującego oferty zawierającej rażąco niskie ceny jednostkowe stanowi także czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wywiódł, że przystępujący zaoferował nowy sprzęt, w przeciwieństwie do odwołującego. Tym samym, już z samego założenia, oferta przystępującego powinna być droższa, a już na pewno nie powinna być tak istotnie tańsza od oferty odwołującego. Zamawiający pozostawił bowiem możliwość wyboru wykonawcom, co do tego, czy oferują sprzęt nowy. Przystępujący zadeklarował, że dokona wymiany kompletnego wkładu na nowy i że nie będzie wykonywał żadnych prac modernizacyjnych na istniejącym wkładzie. Zdaniem odwołującego ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie niweczy obowiązku prawidłowej kalkulacji ceny. Co więcej oferowane przez wykonawcę ceny jednostkowe muszą obejmować wszelkie koszty, jakie wykonawca obowiązany jest ponieść z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. Niedopuszczalne jest bowiem powoływanie się na możliwość pokrywania niedoborów w cenie ryczałtowej za jedną usługę nadwyżkami w obrębie ceny za drugą usługę. Co jeszcze istotniejsze, w przypadku oferty przystępującego, ów wykonawca nawet nie próbował pokrywać niedoborów w innych pozycjach formularza cenowego, konsekwentnie zaniżając poszczególne pozycje określone w formularzu cenowym, które przecież były i są podstawą dla określenia ceny globalnej. Zaakceptowanie praktyki zaniżania cen jednostkowych z uwagi na charakter wynagrodzenia, jest zezwoleniem na manipulacje cenowe i nieuczciwe praktyki. Nie sposób się na taką praktykę godzić i twierdzić, że zaniżanie cen jednostkowych, nie wpływa na zasady uczciwej konkurencji i konieczność prawidłowej kalkulacji ceny spoczywającej na wykonawcy, niezależnie od charakteru wynagrodzenia przewidzianego przez zamawiającego.

Odwołujący nie twierdzi, że ceny w ramach wynagrodzenia muszą być każdorazowo identyczne lub nadmiernie zbliżone. Czasami różnica cen (zwłaszcza cen jednostkowych) związana jest z różnymi warunkami, jakie podmioty takie jak odwołujący i przystępujący otrzymują na rynku. Nie może być jednak mowy, aby różniły się one na tyle drastycznie, że odwołujący - jak w niniejszej sprawie - jest w stanie bez wątpliwości stwierdzić, iż są one nie tylko nierynkowe, ale także, nie jest możliwe, aby w ramach takiej ceny jakkolwiek wykonać zamówienie. Rynki, na których funkcjonują odwołujący i przystępujący są wysoce wyspecjalizowane. Tym samym, zarówno odwołujący, jak i przystępujący są w stanie z łatwością, biorąc pod uwagę profesjonalny charakter prowadzonej działalności, skontrolować wzajemnie oferowane przez siebie ceny i ocenić je pod kątem ich rynkowości i rentowności. Odwołujący i przystępujący mają podobnych kontrahentów, działają na tym samym rynku, biorą udział w tych samych postępowaniach, ubiegają się o udzielenie tych samych zamówień publicznych. Zaniżone ceny podane w formularzu cenowym przystępującego, dotyczą nie kosztów, które można byłoby uznać za poboczne, marginalne lub irrelevantne dla przedmiotu zamówienia, ale kosztów zasadniczych dla wykonania zamówienia. Odwołujący wskazał na następujące pozycje, które powinny zostać wyjaśnione.

I.p.	Wyszczególnienie	Cena netto przystępujący	Cena netto odwołujący	Różnica
IV.	Część przepływowa NP	6 874 394,30	10 465 100,00	- 3 590 705,70
3.	Badania wirników z uwzględnieniem połączeń jodełkowych łopatek. Do badań należy zdemontować i zamontować łopatki stopni L-0 i L-I. Dostawa i montaż kompletu nowych łopatek L-0 odpowiednio odstrojonych (106 szt. prawych i 106 szt. lewych) oraz kompletu łopatek stacjonarnych	4 740 708,22	8 883 800,00	- 4 103 091,78
4.	Obróbka i legalizacja czopów, powierzchni pod uszczelnienia i pomiary (...)	235 252,69	529 100,00	- 293 847,31
III.	Część przepływowa SP Modernizacja	8 997 181,06	9 264 500,00	- 287 318,94
17.	Dostawa i montaż kompletnego nowego wkładu wewnętrznego	7 886 558,92	8 197 500,00	- 330 941,08



<p>części SP turbozespołu bloku nr 9 w zakresie obejmującym nowy załopatkowany wirnik i załopatkowany kadłub wewnętrzny i obejmy</p>			
--	--	--	--

W odniesieniu do pozycji 3 wskazanej powyżej odwołujący wskazał, że zakres polegający na wymianie na nowe komplety łopatek nie jest możliwy do zrealizowania w ramach zaoferowanych cen. Cenę łopatek kształtują obiektywne i niezależne czynniki. Łopatki wymagają wykorzystania odpowiedniej jakości i klasy stali do jej wytworzenia, procesu jej obróbki mechanicznej na odpowiednio dokładnych maszynach oraz odpowiedniej obróbki uszlachetniającej jej strukturę. Te wszystkie zabiegi mają znaczący wpływ na jakość, żywotność i niezawodność rzeczonoego elementu. Ewentualne zastosowanie tańszych elementów (co wydaje się niemożliwe w praktyce), oznaczałoby, że do produkcji łopatek nie wykorzystano albo odpowiedniej jakości stali albo procesy jej obróbki i uszlachetniania zostały uproszczone lub zbagatelizowane. Czysto teoretycznie, nawet gdyby rzeczywiście doszło do stosowania tańszych niż standardowe materiałów i rozwiązań, taki stan rzeczy przy jednoczesnej deklaracji zachowania odpowiednich parametrów wydajnościowych, powodowałby niezgodność oferty z SIWZ. Zastosowanie materiałów odpowiedniej jakości oznacza, że koszt ich wyprodukowania jest znacząco wyższy niż wykazał przystępujący. Podobnie w przypadku pozycji nr 17 wskazanej w powyższej tabeli, odwołujący wskazał że cena zaoferowana przez przystępującego nie pokrywa nawet kosztów materiałów dla głównych elementów do produkcji wkładu. Odwołujący przypominał, że wskazany przez przystępującego zakres prac polega na wymianie kompletnego wkładu na nowy, przy jednoczesnym wskazaniu, iż nie będą dokonywane żadne prace modernizacyjne na wkładzie. Zamawiający, przeglądając oferty odwołującego i przystępującego, widząc nawet na pierwszy rzut oka tego rozmiaru różnice, winien był bez żadnych wątpliwości, wezwać przystępującego do wyjaśnień oferowanej przez siebie ceny. W niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z różnicami rzędu kilku, czy kilkunastu, a nawet kilkudziesięciu złotych, ale z różnicami przekraczającymi kilka milionów złotych w ramach ceny jednostkowej, nie wspominając już o wynikającej z powyższego różnicy w cenach globalnych. Przyjęcie przez zamawiającego w takiej sytuacji prawidłowej kalkulacji ceny przez przystępującego jest nie tylko niezrozumiałe, ale przede wszystkim niezgodne z przepisami ustawy Pzp. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia w żaden sposób nie usprawiedliwia braku podjęcia jakichkolwiek działań, w celu weryfikacji, czy zaoferowana cena umożliwia realizację zamówienia. Cena niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, to sytuacja skrajna, nie oznacza to jednak, że w innych przypadkach, zamawiający nie jest

zobligowany do badania ceny pod kątem jej kalkulacji i wysokości. Zgodnie z SIWZ „*Uwaga: Cenę oferty Wykonawca przedstawi w rozbiciu na poszczególne składniki cenowe zgodnie z Formularzem cenowym stanowiącym Załącznik nr 19 do Formularza „Oferta”.*” Tym samym wątpliwości nie budzi, że zamawiający nadał formularzowi charakter wiążący i zobowiązał wykonawców, do kalkulacji ceny na podstawie cen określonych w formularzu cenowym. Nie budzi zatem żadnych wątpliwości, że oceny globalnej ceny, nie można dokonywać w oderwaniu od pozycji przedstawionych w formularzu cenowym.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi oraz w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca GE Power sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego o wyjaśnienie przyczyn zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie, zaproszenie zamawiającego skierowane do odwołującego celem wglądu w treść ofert, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, pismo procesowe odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska oraz dokumenty stron a także uczestnika postępowania złożone 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. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę GE Power sp. z o.o. w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia

przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana przez zamawiającego 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 wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Ponadto zaniechanie odtajnienia części oferty złożonej przez konkurującego wykonawcę, utrudnia odwołującemu zweryfikowanie czy oferta ta została prawidłowo zbadana i oceniona przez zamawiającego. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał uznania za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa prowadzić będzie do nakazania zamawiającemu dokonania tej czynności. Powyższe umożliwi wykonawcy skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mógł z nich korzystać z uwagi na nieudostępnienie mu dokumentów złożonych przez konkurenta. W konsekwencji może to doprowadzić do odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wybranego, zaś oferta odwołującego może być uznana za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

#### **1. Zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów**

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie modernizacji turbozespołów bloków nr 9 i 10 o mocy 560 MW.

Na podstawie pkt 9 protokołu postępowania ustalono, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły oferty przystępującego i odwołującego.

Oferta przystępującego została podpisana przez pana J. C. oraz pana D.G.. Podpis pana C. został opatrzony pieczętą imienną „Dyrektor Zakład Zintegrowanych Projektów J. C.

Prokurent”. Podpis pana G. opatrzone pieczęcią imienną „Dyrektor ds. Handlowych w Zakładzie Serwisu GE Power sp. z o.o. D. G.”.

Do oferty załączono pełnomocnictwo nr 44/2/2016 z 22 czerwca 2016 r. mocą którego przystępujący ustanawia D.G., Z.S.a, T.R. pełnomocnikiem przystępującego, przy czym dla działania w zakresie niniejszego pełnomocnictwa wymagane jest łączne działanie dwóch z ww. osób lub jednej z ww. osób łącznie z Prokurentem.

Do oferty załączono informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z KRS z 21 czerwca 2016 r. W informacji tej wskazano, że organem uprawnionym do reprezentacji przystępującego, tj. GE Power sp. z o.o. w Warszawie jest zarząd, zaś do składania oświadczeń woli w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. W ww. informacji ujawniono też dane 29 prokurentów, z których wszyscy są prokurentami łącznymi. Wśród prokurentów ujawniono m.in. pana J. C., zaś w rubryce rodzaj prokury wskazano: „prokura łączna: Dla skuteczności dokonywanych na podstawie prokury czynności będzie wymagane łączne działanie prokurenta z innym prokurentem spółki; zgodnie z art. 205 § 1 kodeksu spółek handlowych prokurent może również dokonywać czynności w imieniu spółki, działając łącznie z członkiem zarządu spółki.”.

Zarzuty nie są zasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że oferta przystępującego została prawidłowo podpisana przez pełnomocników to jest pana G. i pana C., co do których wykazano umocowanie do dokonania tej czynności w imieniu przystępującego.

Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu, że pełnomocnictwo nr 44/2/2016 z 22 czerwca 2016 r. było pełnomocnictwem ważnym i że zostało podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji przystępującego zgodnie ze sposobem reprezentacji ujawnionym w KRS to jest przez członka zarządu i prokurenta. Spór pomiędzy stronami sprowadzał się do tego, czy pan G., który podpisał ofertę wspólnie z panem C., ujawnionym w KRS jako prokurent łączny przystępującego, miał prawo do dokonania tej czynności.

Jak wynikało z załączonego do oferty pełnomocnictwa z 22 czerwca 2016 r. przystępujący ustanowił pełnomocnikiem pana D.G., pana Z.S. i pana T.R. wskazując, że do działania w zakresie tego pełnomocnictwa wymagane jest łączne działanie dwóch z tych osób lub jednej z tych osób łącznie z prokurentem. Nie ulegało przy tym wątpliwości, że pan C. był prokurentem przystępującego, tyle że prokurentem łącznym. Odwołujący z treści przywoływanego pełnomocnictwa wywodził, że pan C. musiał działać w granicach swej prokury, a zatem niewystarczającym było aby podpisał on ofertę z panem G., ale w tym

przypadku wymagane było działanie jeszcze jednego prokurenta łącznego lub członka zarządu.

Izba stwierdziła, że interpretacja stanu faktycznego przedstawiona przez odwołującego nie jest prawidłowa. Odwołujący zdawał się pomijać fakt, że w przypadku przystępującego, jak wynika z informacji z KRS, wszystkie prokury miały charakter łączny. Natomiast mocodawca w pełnomocnictwie posłużył się liczbą pojedynczą mówiąc o „prokurencie”, który ma podpisać ofertę, łącznie z osobą wprost wymienioną w pełnomocnictwie. Przyjęcie stanowiska proponowanego przez odwołującego oznaczałoby, że wspólnie z pełnomocnikiem zwykłym musiałoby działać jeszcze 2 prokurentów (względnie prokurent z członkiem zarządu). Takie działanie byłoby bezcelowe bo w świetle informacji z KRS ofertę i tak mogło podpisać dwóch prokurentów łącznie (lub prokurent z członkiem zarządu). Taka wykładnia dokumentu pełnomocnictwa prowadziaby do wniosku, że mocodawca ograniczył prokurę ze skutkiem wobec osób trzecich, co byłoby niezgodne z art. 109<sup>1</sup> § 2 KC. Odwołujący nie wyjaśnił także, w jakim celu przystępujący ustanawiałby pełnomocnika, aby następnie ograniczyć go do możliwości działania z dwiema dodatkowymi osobami (dwoma prokurentami łącznymi lub prokurenta z członkiem zarządu), które w świetle KRS mogły skutecznie podpisać ofertę bez tego pełnomocnika.

Zatem jedyna logiczna wykładnia dokumentu pełnomocnictwa musiała prowadzić do wniosku, że mocodawca użył słowa „prokurent” na określenie grupy osób, celem uniknięcia wskazywania z imienia i nazwiska zbioru 29 osób, z których każda – jeżeli działałaby wspólnie z panem G. - miała prawo do podpisania oferty. Nie było natomiast intencją mocodawcy, aby osoba ta musiała działać w granicach swej prokury, a więc działać jeszcze dodatkowo z członkiem zarządu lub kolejnym prokurentem. W tym sensie prokurent łączny pan C., który podpisał ofertę z panem G. w sposób wskazany w treści pełnomocnika, działał na podstawie pełnomocnictwa w charakterze pełnomocnika zwykłego, a nie prokurenta.

Przypomnienia wymaga, że pełnomocnictwo, jak każde oświadczenie woli podlega wykładni z uwzględnieniem reguł w szczególności wynikających z art. 65 KC, w tym także biorąc pod uwagę okoliczności, w jakich je złożono.

W konsekwencji stwierdzono, że oferta przystępującego została podpisana w sposób prawidłowy, zaś umocowanie obydwu osób do podpisania oświadczenia woli w imieniu przystępującego wynikało z treści pełnomocnictwa załączonego od oferty.

## **2. Zarzuty dotyczące zaniechania czynności odtajnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa**

Ustalono, że termin składania ofert upłynął 26 lipca 2016 r. Do upływu tego terminu swe oferty złożyli odwołujący i przystępujący. Przystępujący na str. 260-262 swej oferty oświadczył, iż poniższe informacje, tj.:

1. załącznik nr 21 do oferty - Oferta Techniczna,
2. załącznik nr 21-A do oferty - Sprawozdanie El. Kozienice bl.3,
3. załącznik nr 21-B do oferty - Sprawozdanie El. Kozienice bl.6,
4. załącznik nr 21-C do oferty - Sprawozdanie El. Połaniec bl.4,
5. załącznik nr 21-D do oferty - Sprawozdanie El. Ostrołęka bl.2,
6. załącznik nr 21-E do oferty - Zgoda dla firmy Inwat,
7. załącznik nr 21-F do oferty - Zgoda dla firmy Energopomiar,
8. załącznik nr 21-G do oferty - Zgoda dla firmy Energopomiar

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu zastrzeżenia przystępujący wskazał, że informacje zawarte w załączniku nr 21 do oferty są informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z art. 8 ust.3 ustawy Pzp. Spełniają one również przesłanki konieczne do uznania ich jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Oświadczył, iż *zastrzeżone informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny oraz posiadają wartość gospodarczą spółki, a ich ujawnienie może narazić spółkę na szkodę. Jednocześnie potwierdzamy, że informacje te nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a spółka podjęła niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W szczególności zostały podjęte przez spółkę następujące działania:*

1. *Fizyczne środki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa:*

- *kontrola wewnętrzna i ograniczenia dostępu do takich informacji;*
- *korzystanie ze środków elektronicznych (np. bazy danych kontroli dostępu), które zabezpieczają dostęp do takich informacji i pomieszczeń, monitorowanie takiego dostępu i rozpowszechniania takich informacji;*
- *wdrożenie systemu obiegu dokumentów zapewniającego selektywne udostępnianie informacji pracownikom;*
- *dostęp kontrolowany poprzez elektroniczny system dający prawo dostępu tylko ograniczonej grupie pracowników, w tym dostęp do danych na dyskach sieciowych chroniony poprzez szczególne zabezpieczenia;*
- *organizowanie pracy w sposób zapewniający ograniczenie dostępu do informacji osobom niezaangażowanym w dany projekt;*
- *monitoring biura, całodobową ochronę obiektu, limitowanie wejść poprzez konieczność*

- uzyskania dostępu
  - inne niezbędne działania podejmowane w zależności od specyfiki informacji i projektu.
2. *Prawne środki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa:*
- *informacje w formie dokumentu, które są poufne oznaczone są jako informacja poufna;*
  - *zawieranie umów z pracownikami o zakazie konkurencji i zachowaniu poufności;*
  - *zawieranie z podwykonawcami oraz dostawcami umów z zastrzeżeniem ich niejawności i/lub poufności (podobne zasady stosowane są także w kontaktach z klientami oraz innymi osobami trzecimi);*
  - *ograniczenie publikacji dot. nowych projektów czy zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych;*
  - *inne niezbędne działania podejmowane w zależności od specyfiki informacji i projektu.*
3. *Ogólne oraz proceduralne środki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa*
- *Grupa kapitałowa do której należy Spółka posiada specjalne podmioty (specjalne spółki-oddziały) odpowiedzialne za identyfikację i ochronę informacji poufnych oraz tajemnic spółki/Grupy ;*
  - *Grupa kapitałowa do której należy Spółka posiada stosowną politykę oraz odpowiednie instrukcje oraz dyrektywy w celu umożliwienia swoim pracownikom, m.in.*
    - a) *identyfikacji informacji jako poufnej,*
    - b) *identyfikacji działań niezbędnych do podjęcia w celu ochrony tajemnicy*
  - *takimi instrukcjami i dyrektywami stanowiącymi o zasadach i środkach ochrony informacji poufnych Spółki są w szczególności:*
    - a) *APPL430101 Zarządzanie dokumentacją w ALSTOM Power sp. z o.o.,*
    - b) *APPL430103 Nadzór nad zapisami systemów zarządzania w ALSTOM Power Sp. z o.o.;*
    - c) *APPL440085 Przechowywanie i archiwizowanie dokumentów ALSTOM Power Sp. z o.o.;*
    - d) *Corporate instruction 12.5 IS&T Security Policy;*
    - e) *Corporate Instruction 8.12 Delegation of Authority for a Business Award;*
    - f) *Power Intellectual Property Directive 07-001 ;*
    - g) *PIP03.01 Directive Power Intellectual Property Management Principles ;*
    - h) *PIP03.03 License Contracting;*
    - i) *PIP03.04 License Financial Controlling;*

- j) *MD0552 Document Life Cycle Status;*
- k) *MD0572 Document Security;*
- l) *MSP0070 Document and Record Management;*
- m) *MSP543 Policy - R&D Data Security*

Zamawiający nie wzywał przystępującego do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień co do skuteczności zastrzeżenia.

Ustalono także, że część swej oferty zastrzegł również odwołujący. Zamawiający pismem z dnia 8 sierpnia 2016 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia części oferty złożonej przez odwołującego, gdyż w ocenie zamawiającego wyjaśnienie przedstawione w ofercie nie potwierdzało, że dokumenty spełniają warunki umożliwiające uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wyznaczył odwołującemu termin na przedstawienie swego stanowiska. Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. pismo odwołujący złożył pismo z 12 sierpnia 2016 r., w którym przedstawił dodatkowe wyjaśnienia co do przyczyn utajnienia części swej oferty.

W dniu 7 września 2016 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. W dniu 08.09.2016 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie mu zastrzeżonej przez przystępującego części oferty. Zamawiający 12 września 2016 r. nie udostępnił odwołującemu wnioskowanych dokumentów. Zamawiający nie odtajnił także zastrzeżonej części oferty odwołującego.

Za zasadny uznano zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp polegającego na nieprawidłowej ocenie przez zamawiającego, iż w odniesieniu do zastrzeganych informacji przystępujący wykazał wszystkie przesłanki definicji legalnej pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk.

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/wniosków jest ustalenie, czy wykonawca temu obowiązkowi sprostał 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. A już z pewnością 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. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji, przystępujący zobowiązany był wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Izba dokonała analizy uzasadnienia zastrzeżenia poczynionego przez przystępującego i stwierdziła, że odwołujący prawidłowo dostrzegł, iż przystępujący nie sprostał obowiązkowi

wykazania, że zastrzegane informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą.

Przedmiotem zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa przystępujący uczynił informacje w postaci oferty technicznej oraz sprawozdań z badań turbozespołów dla elektrowni Kozienice, Połaniec, Ostrołęka wraz ze zgodami kilku podmiotów na wykorzystanie tych sprawozdań.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie utrzymywał, że ponieważ nie budzi wątpliwości, iż oferta techniczna i sprawozdania mają niewątpliwie charakter techniczny i technologiczny to samo oświadczenie przystępującego jest wystarczające do stwierdzenia, iż spełniona jest pierwsza z przesłanek definicji legalnej pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa.

Stanowisko zamawiającego nie jest prawidłowe. Ustawodawca w art. 11 ust. 4 uznk, przesądził, że informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że przesłanka „posiadający wartość gospodarczą” odnosi się nie tylko do informacji „innej”, ale także informacji technicznej, technologicznej i organizacyjnej.

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. Swaji, 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. 4 uznk. Konsekwencją takiego stanu prawnego jest to, że nie wystarcza stwierdzenie, iż dana informacja ma charakter techniczny 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. W rozpatrywanej sprawie przystępujący nie wskazał zamawiającemu, w czym należy upatrywać wartości gospodarczej tego, że zastrzegane informuje pozostaną poufne. Tym samym zamawiający, którego

zadaniem była ocena czy przystępujący wykazał ten fakt, nieprawidłowo ocenił przesłanki skuteczności zastrzeżenia.

Tym niemniej jednak Izba stwierdziła, że – w okolicznościach danej sprawy – przedwczesnym byłoby nakazywanie zamawiającemu odtajnienia informacji zastrzeżonych przez przystępującego. Prawdą jest, że wobec treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i określonego w tym przepisie terminu, w jakim wykazanie musi nastąpić, absolutnie niedopuszczalne jest uzupełnienie uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia. Dostrzeżenia wymagało jednak, że zamawiający pismem z dnia 8 sierpnia 2016 r. wezwał drugiego wykonawcę, to jest odwołującego, do złożenia wyjaśnienia w zakresie zastrzeżenia części oferty złożonej przez odwołującego, gdyż w ocenie zamawiającego wyjaśnienie przedstawione w ofercie nie potwierdzało, że dokumenty spełniają warunki umożliwiające uznanie ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wyznaczył odwołującemu termin na przedstawienie swego stanowiska. Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. pismo odwołujący złożył pismo z 12 sierpnia 2016 r., w którym przedstawił dodatkowe wyjaśnienia co do przyczyn utajnienia części swej oferty, zaś zamawiający – jak wyjaśnił na rozprawie - w następstwie wyjaśnień nie odtajnił tych informacji. Jak wynikało z powyższego zamawiający w tej sprawie – wobec stwierdzenia niewystarczającego uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia - wzywał drugiego wykonawcę, to jest odwołującego, do złożenia dodatkowych wyjaśnień i w następstwie tych wyjaśnień, nie zdecydował się na odtajnienie informacji zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Podkreślenia wymaga, że ustawodawca w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wyartykułował jedną z najważniejszych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jaką jest zasada równego traktowania wykonawców. Zasada ta oznacza, że niedopuszczalne jest odmienne traktowanie wykonawców, znajdujących się w porównywalnych sytuacjach. Zasada ta musi być w szczególności przestrzegana, jeżeli zamawiający zdecyduje się na wyjaśnienia składanych mu ofert.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Z tego względu instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Trybunał zaznaczył jednak, że art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych. Trybunał określił jednak szereg wymagań, jakie towarzyszą możliwości zwrócenia się do oferenta na piśmie o wyjaśnienie oferty. Po

pierwsze, żądanie wyjaśnienia oferty, które może mieć miejsce dopiero po zapoznaniu się przez instytucję zamawiającą ze wszystkimi ofertami, należy skierować bez różnicy do wszystkich oferentów znajdujących się w podobnej sytuacji. Następnie, żądanie musi dotyczyć wszystkich elementów oferty wymagających wyjaśnienia. Wreszcie generalnie rzecz biorąc, korzystając z możliwości zwrócenia się do oferentów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować oferentów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie oferenta lub oferentów, do których zażądanie takie skierowano (por. wyrok TS UE z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C 599/10 oraz wyrok TS UE z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12).

Zdaniem Izby, w analizowanej sprawie aby przywrócić zasadę równego traktowania wykonawców, zamawiający zobowiązany będzie wezwać również przystępującego do wyjaśnień co do skuteczności zastrzeżenia, w tym przypadku do wyjaśnienia, jaką wartość gospodarczą posiadają informacje zastrzeżone przez niego w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tym samym Izba, podzielając wprawdzie zarzut odwołującego co do niedostatecznego zbadania przez zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia informacji w ofercie przystępującego, nie będąc związana żądaniem odwołania, nie przychyliła się do wniosku w zakresie nakazania odtajnienia informacji, uznając go za przedwczesny.

Izba nie nakazała zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień przystępującego składanych w trakcie postępowania. Wzięto pod uwagę, że odwołujący w odwołaniu ani w trakcie rozprawy nie sprecyzował, o jakie konkretnie wyjaśnienia przystępującego chodzi. Po analizie zaś całości dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, Izba nie stwierdziła aby którekolwiek z wyjaśnień składanych przez przystępującego opatrzone były klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec niesprecyzowania stanowiska odwołującego, zarzut w omawianym zakresie podlegał oddaleniu.

### **3. Zarzuty dotyczące ceny zaoferowanej przez przystępującego**

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie modernizacji turbozespołów bloków Nr 9 i 10 o mocy 560 MW (pkt 1.6 SIWZ).

Ustalono, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 80.000.000 zł netto. Szacunku dokonano 2 marca 2016 r. na podstawie dotychczasowych przeprowadzonych przetargów publicznych na blokach 9 i 10 w latach 2009 – 2010 (pkt 2 protokołu postępowania). Na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 98.400.000 zł brutto (pkt 8 protokołu postępowania).

W pkt 6.7. SIWZ zamawiający postanowił, że harmonogram rzeczowo-finansowy (załącznik nr 2 do wzoru umowy) będzie utworzony i uzgodniony z zamawiającym przed podpisaniem umowy.

We § 4 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego część III SIWZ zamawiający wskazał, że za prawidłowe i terminowe wykonanie przedmiotu umowy wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe. W § 4 ust. 3 wzoru umowy wskazano, że wynagrodzenie obejmuje koszt dostawy wszystkich urządzeń i wykonania wszelkich czynności wynikających z zakresu rzeczowego określonego w załączniku nr 1 do umowy, a także wszelkie inne koszty wykonawcy konieczne do prawidłowego wykonania prac będących przedmiotem umowy. Wynagrodzenie to obejmuje ryzyko i odpowiedzialność wykonawcy z tytułu prawidłowego oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją prac objętych umową.

W § 5 wzoru umowy zastrzeżono, że wynagrodzenie wypłacone wykonawcy zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 2 do umowy, fakturami częściowymi na podstawie obustronnie podpisanych protokołów odbioru częściowego poszczególnych etapów oraz fakturą końcową na podstawie obustronnie podpisanego protokołu końcowego. Harmonogram stanowić będzie podstawę do bieżącej kontroli realizacji umowy i stanowić będzie zobowiązanie w stosunku do podanych terminów realizacji poszczególnych etapów.

We wzorze formularza ofertowego znajdowała się uwaga: *Cenę oferty Wykonawca przedstawi w rozbiciu na poszczególne składniki cenowe zgodnie z Formularzem cenowym stanowiącym Załącznik nr 19 do Formularza „Oferta” Wykonawca w Formularzu Cenowym uwzględni koszty utylizacji wszystkich odpadów powstałych w związku z realizacją Umowy, które poniesie w całości Wykonawca; oraz ewentualny przychód Wykonawcy z tytułu sprzedaży złomu metalowego pozyskanego w związku z realizacją Umowy.*

Do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły 2 oferty: odwołującego z ceną 83.770.011 zł brutto oraz przystępującego z ceną 80.558.795,03 zł brutto (pkt 9 protokołu postępowania). Przystępujący i odwołujący załączyli do swej oferty formularz cenowy, w którym zaprezentowano rozbicie ceny ofertowej na ponad 230 pozycji.

W pozycji IV.3 *Badania wirników z uwzględnieniem połączeń jodełkowych łopatek. Do badań należy zdemontować i zamontować łopatki stopni L-0 i L-I. Dostawa i montaż kompletu nowych łopatek L-0 odpowiednio odstrojonych (106 szt. prawych i 106 szt. lewych) oraz kompletu łopatek stacjonarnych przystępujący wskazał cenę 4.740.708,22 zł netto. W pozycji IV.4 *Obróbka i legalizacja czopów, powierzchni pod uszczelnienia i pomiary (...)* przystępujący wskazał cenę 235.252,69 zł netto. W pozycji III.17, *Dostawa i montaż kompletnego nowego wkładu wewnętrznego części SP turbozespołu bloku nr 9 w zakresie obejmującym nowy załopatkowany wirnik i załopatkowany kadłub wewnętrzny i obejmy* przystępujący wskazał cenę 7.886.558,92 zł.*

W pozycji IV.3 *Badania wirników z uwzględnieniem połączeń jodełkowych łopatek. Do badań należy zdemontować i zamontować łopatki stopni L-0 i L-I. Dostawa i montaż kompletu nowych łopatek L-0 odpowiednio odstrojonych (106 szt. prawych i 106 szt. lewych) oraz kompletu łopatek stacjonarnych* odwołujący wskazał cenę 8.883.800 zł netto. W pozycji IV.4 *Obróbka i legalizacja czopów, powierzchni pod uszczelnienia i pomiary (...)* przystępujący wskazał cenę 529.100,00 zł netto. Pozycji III.17, *Dostawa i montaż kompletnego nowego wkładu wewnętrznego części SP turbozespołu bloku nr 9 w zakresie obejmującym nowy załopatkowany wirnik i załopatkowany kadłub wewnętrzny i obejmujący* odwołujący nie wypełnił z uwagi na zaoferowanie rozwiązania nieopartego o montaż nowego wkładu.

Zarzuty nie są zasadne.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wszczęcia procedury wyjaśniającej określonej w tym przepisie Izba uznała za niezasadny.

Wzięto pod uwagę, że cena oferty przystępującego różniła się od średniej arytmetycznej cen złożonych w postępowaniu jedynie o ponad 1 %, zaś od wartości szacunkowej zamówienia o kilkanaście procent. Z kolei rozbieżność pomiędzy ceną oferty przystępującego a ceną oferty odwołującego wynosiła zaledwie ok. 3%. Nie spełniły się zatem arytmetyczne przesłanki wynikające z przywołanego przepisu, obligujące zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Natomiast na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego stwierdzono, że odwołujący nie zdołał udowodnić, aby zamawiający miał podstawy do powzięcia wątpliwości co do tego, czy przystępujący prawidłowo skalkulował cenę oferty.

Swój zarzut w odwołaniu odwołujący oparł na próbie podważenia prawidłowości kalkulacji jedynie kilku cen jednostkowych spośród całego szeregu cen jednostkowych ujawnionych w formularzu cenowym przystępującego. W tym miejscu należało stwierdzić, zarzucanie prawidłowości kalkulacji dalszych pozycji formularza w piśmie procesowym odwołującego nie mogło przynieść skutku. W świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu. Wbrew stanowisku odwołującego, nie ulega zaś wątpliwości, że za zarzut uznaje się wskazanie konkretnych okoliczności faktycznych, które świadczą o takim a nie innym naruszeniu przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego. Wskazanie nowych okoliczności faktycznych, nawet świadczących o naruszeniu tego samego przepisu ustawy Pzp, stanowi nowy zarzut. W konsekwencji Izba miała obowiązek pominąć argumentację odwołującego odnoszącą się do prawidłowości kalkulacji przez przystępującego robót wymienionych w dalszych

pozycjach formularza, a więc nowych, dodatkowych zarzutów, których próżno było szukać w odwołaniu.

Dostrzeżenia wymagało, że ceny globalne obu wykonawców były porównywalne, o czym była mowa wcześniej. Po wtóre, zamawiający przewidział za wykonanie zadania wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym. Powyższe wynikało jednoznacznie z treści wzoru umowy, stanowiącej część III SIWZ. W § 4 ust. 1 wzoru umowy zamawiający wskazał, że *za prawidłowe i terminowe wykonanie przedmiotu umowy wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe*. W § 4 ust. 3 wzoru umowy wskazano natomiast, że *wynagrodzenie obejmuje koszt dostawy wszystkich urządzeń i wykonania wszelkich czynności wynikających z zakresu rzeczowego określonego w załączniku nr 1 do umowy, a także wszelkie inne koszty wykonawcy konieczne do prawidłowego wykonania prac będących przedmiotem umowy. Wynagrodzenie to obejmuje ryzyko i odpowiedzialność wykonawcy z tytułu prawidłowego oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją prac objętych umową*. Ponadto, na tle postanowień SIWZ w tej konkretnej sprawie można było dojść do wniosku, że ceny jednostkowe ujawniane przez wykonawców w formularzu cenowym, nie będą miały jakiegokolwiek, nawet najmniejszego, przełożenia na rozliczanie robót. W § 5 wzoru umowy zastrzeżono bowiem, że *wynagrodzenie będzie wypłacone wykonawcy zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 2 do umowy, fakturami częściowymi na podstawie obustronnie podpisanych protokołów odbioru częściowego poszczególnych etapów oraz fakturą końcową na podstawie obustronnie podpisanego protokołu końcowego*. Natomiast w pkt 6.7. SIWZ zamawiający postanowił, że harmonogram rzeczowo-finansowy (załącznik nr 2 do wzoru umowy) będzie utworzony i uzgodniony z zamawiającym dopiero przed podpisaniem umowy. Wreszcie ceny jednostkowe nie stanowiły także odrębnych kryteriów oceny ofert, co uzasadniałoby konieczność prawidłowej kalkulacji każdej z nich.

W tej sytuacji nawet ewentualne wykazanie, że przystępujący niestarannie oszacował koszty kilku spośród kilkuset pozycji formularza cenowego nie może prowadzić do ustalenia, że nieprawidłowo skalkulowano całą cenę ofertową. Przy przytoczonych wyżej postanowieniach SIWZ, to co dzieje się niejako „wewnątrz ceny globalnej” pozostaje bez znaczenia. W tej sytuacji wszelkie ewentualne niedobry w jednej z pozycji formularza cenowego mogą być pokryte nadwyżkami z innych pozycji. Jak wynikało zaś z porównania formularzy cenowych złożonych przez obu wykonawców, istnieje wiele pozycji, w których przystępujący zaoferował zamawiającemu ceny jednostkowe na poziomie nawet o kilkaset procent wyższym, aniżeli odwołujący. Przykładowo w przypadku pkt IV poz. 13, pkt V poz. 15, pkt VIII poz. 2 w obu ofertach różnica pomiędzy cenami jednostkowymi kształtowała się odpowiednio na poziomie odpowiednio 240%, 300% i 360%.

W tej sytuacji bez znaczenia pozostał wykazany przez odwołującego fakt, że w przypadku wkładu marki Siemens cena za dostarczenie nowego wkładu jest wyższa niż cena za wykonanie modernizacji turbozespołu. Wprawdzie fakt ten nie musiał znajdować przełożenia na ofertę przystępującego, która została oparta o rozwiązanie oferowane przez firmę GE, tym niemniej można było powiedzieć, że w tym zakresie istnieją pewne wątpliwości. Ponadto w świetle zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności cen za łopatki historycznie oferowanych przez przystępującego, można było również powziąć wątpliwości co do kalkulacji tego elementu. Tym niemniej jednak, z powodów wskazanych powyżej, wątpliwości te nie mogły przynieść skutku w postaci uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Brak było bowiem podstaw do powzięcia wątpliwości co do prawidłowości kalkulacji całej ceny ofertowej przystępującego.

Z tych samych względów za nieudowodniony należało uznać zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Odwołujący, z przyczyn wskazanych wyżej nie udowodnił, że przystępujący sprzedaje usługi poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało oddalić jako przedwczesny. Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd *„Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień.* (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że *„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 (...)*". Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako przedwczesne. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu.

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*. Izba stwierdziła, że wykazane naruszenie art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez nieprawidłową ocenę przez zamawiającego, iż w odniesieniu do zastrzeganych informacji przystępujący wykazał wszystkie przesłanki definicji legalnej pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał zweryfikowania czy prawidłowo zastrzeżono informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa doprowadziło do konieczności nakazania zamawiającemu powtórzenia tej czynności. W razie zaś negatywnej weryfikacji uzasadnienia zamawiający zobowiązany będzie odtajnić informacje zastrzeżone przez przystępującego. Powyższe może umożliwić innym wykonawcom skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej w takim zakresie, w jakim nie mogli z nich korzystać z uwagi na nieudostępnienie im oferty złożonej przez konkurenta. Zatem naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

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 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do 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 rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

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 wykonanie czynności wezwania wykonawcy GE Power sp. z o.o. w Warszawie do wyjaśnienia, jaką wartość gospodarczą posiadają informacje zastrzeżone przez niego w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa,.

W konsekwencji, 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.

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. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” J. Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI. Izba uznała, że pomimo, iż zamawiający uległ tylko co do części żądań odwołującego, to jednak należało odstąpić od zasady orzekania o kosztach stosownie do wyników postępowania wynikającej z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp i nałożyć na zamawiającego obowiązek zwrotu wszystkich kosztów postępowania. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem iż z uwagi na brak w przepisach ustawy Pzp odpowiednika art. 100 zdanie 2 kpc nie można włożyć na zamawiającego obowiązku poniesienia całości kosztów postępowania odwoławczego, pomimo iż uległ odwołującemu jedynie w części, z uwagi na znaczenie żądań zasadnych.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....