

**WYROK**  
z dnia 5 sierpnia 2019 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca:** **Monika Kawa-Ogorzałek**

**Protokolanci:** **Łukasz Listkiewicz**

**Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 31 lipca 2019r. oraz 2 sierpnia 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2019 r. przez wykonawcę **Balcke-Dürr Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Enea Elektrownia Połaniec S.A. z siedzibą w Połańcu**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **GE Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** oraz **Stal-Systems S.A. z siedzibą w Wólce Pełkińskiej** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Kielcach**.

**Przewodniczący:** .....

**UZASADNIENIE**

Zamawiający - Enea Elektrownia Połaniec S.A. z siedzibą w Połańcu prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie w systemie „pod klucz” modernizacji elektrofiltrów bloków energetycznych nr 2, 3, 4, 5, 6 i 7 w Enea Połaniec S.A. - dostosowanie do konkluzji BAT”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 stycznia 2019 r. pod nr 2019/S 020-044621.

W dniu 19 lipca 2019r. wykonawca Balcke Dürr Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynności Zamawiającego polegające na:

- 1) zaniechaniu odtajnienia oferty wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia: GE Power Sp. z o. o oraz Stal-Systems S.A. (dalej: „Przystępujący” lub „Konsorcjum”) w zakresie dotyczącym wypełnionego załącznika nr 5 do oferty Konsorcjum - Oferta techniczna, pomimo tego, że Przystępujący nie wykazał w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, że zastrzeżone informacje stanowią faktycznie tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1010, dalej: „u.z.n.k.”)
- 2) zaniechaniu badania rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego pomimo tego, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”);
- 5) dokonaniu wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, pomimo tego, że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) i 3) Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. oraz art. 96 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odtajnienia oferty Przystępującego, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, w zakresie dotyczącym wypełnionego załącznika nr 5 do oferty Konsorcjum Oferta techniczna, pomimo tego, że Wykonawca ten nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;

## Sygn. akt KIO 1394/19

- 2) art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, mimo że w postępowaniu zaistniały okoliczności obligujące Zamawiającego do dokonania czynności wezwania oraz art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez wybór oferty Przystępującego, mimo istnienia domniemania prawnego, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3) Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 u.z.n.k., poprzez nieodrzućenie oferty Przystępującego, której cena oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, jak też stanowi manipulację składnikami ceny, poprzez zaniżenie niektórych pozycji kosztowych w taki sposób, który gwarantował obniżenie całości ceny oferty poniżej kosztów gwarantujących realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Przystępującego, pomimo tego, że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ;
- 5) art. 91 ust. 1 i art. 2 pkt 5 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty podlegającej odrzućeniu;
- 6) art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez zaniechanie obligatoryjnych działań przez Zamawiającego, który to zarzut jest konsekwencją powyższych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. odtajnienie oferty Przystępującego w zakresie Załącznika nr 5 - Oferta techniczna;
4. nakazanie Zamawiającemu odrzućenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp;

ewentualnie, w wypadku braku uwzględnienia zarzutu nr 4 Odwołujący wniósł o:

5. nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny;
6. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że w toku postępowania oferty złożyli:

1. Odwołujący na kwotę 233.540.100,00 zł,
2. Przystępujący na kwotę 323.490.000,00 zł,

Po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej wartość ofert przedstawiała się następująco:

## Sygn. akt KIO 1394/19

1. Odwołujący - 208.129.200,00 zł,
2. Przystępujący - 210.141.500,00 zł.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku odtajnienia oferty Przystępującego Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 4 lipca 2019 r. zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przekazanie części jawnej oferty Przystępującego. Odpowiedź uzyskał niezwłocznie, bo już tego samego dnia. Część jawna oferty Konsorcjum obejmowała: Formularz „Oferta”, Pełnomocnictwa, Gwarancję Bankową Nr G/ 10010330748-19, Gwarancję Ubezpieczeniową Przetargową nr 1000000006443 oraz Załącznik nr 4 Zastrzeżenie nieudostępniania informacji stanowiących tajemnicę Wykonawcy. Ponadto, w ślad za pismem z dnia 4 lipca 2019 r. Zamawiający w dniu 9 lipca przekazał część jawną oferty Konsorcjum, która wcześniej stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający dokonał odtajnienia części Załącznika nr 5 do Oferty Konsorcjum - Oferta techniczna, umożliwiając Odwołującemu zapoznanie się z następującymi punktami ww. załącznika:

1. Prawo własności;
2. Istniejący Elektrofiltr;
3. Gwarancje.

W dniu 17 lipca 2019 r. Odwołujący ponownie zwrócił się o odtajnienie całości oferty Konsorcjum, a w odpowiedzi Zamawiający odmówił w piśmie z dnia 19 lipca 2019 r. dokonania tej czynności powołując się na brak zgody ze strony Przystępującego. W konsekwencji pozostała część Załącznika nr 5 - Oferta techniczna pozostała niejawną jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Według Odwołującego brak odtajnienia przez Zamawiającego Załącznika nr 5 w pozostałym zakresie stanowi działanie uchybiające zasadzie jawności postępowania, a wobec braku wykazania przez Przystępującego, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, naruszenie także przepisu art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Odwołujący wskazał, że w art. 8 ust. 3 Pzp, ustawodawca nałożył na wykonawcę obowiązek w postaci wykazania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Brak wykazania skuteczności zastrzeżenia, poprzez złożenie wyjaśnień ogólnikowych, równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, powinno być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie utajnionych informacji. Podkreślił, że 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, sprowadzające się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy

przedsiębiorstwa. Aby wykazać zatem skuteczność zastrzeżenia danych informacji, wykonawca zobowiązany jest wykazać łącznie wystąpienie przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Przystępujący dokonując więc zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa Załącznika nr 5 - Oferty technicznej, winien był wykazać spełnienie przesłanek z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Ustawodawca w art. 11 ust. 2 u.z.n.k., przesądził, że zastrzegana informacja ma mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą.

W opinii Odwołującego w analizowanej sprawie Przystępujący nie sprostął ciężarowi łącznego udowodnienia przesłanek definicji legalnej pojęcia "tajemnicy przedsiębiorstwa", bowiem okoliczności zawarte w uzasadnieniu zastrzeżenia nie zostały poparte żadnymi dowodami. Przystępujący nie wykazał także, by zaproponowana przez nie metoda realizacji przedmiotu zamówienia była odmienna od standardowych, typowych rozwiązań stosowanych na rynku. Nie wykazał, by np. stosowane przez niego rozwiązania bądź produkty były unikatowe, dedykowane i niepowtarzalne, a zatem których wytworzenie stanowi tajemnicę np. producenta ani też, by przedstawiony sposób realizacji zamówienia stanowił pracę koncepcyjną i twórczą. Wręcz przeciwnie w uzasadnieniu wskazał, że zaproponowane rozwiązanie jest wynikiem wieloletniej praktyki na rynku, co wprost przeczy unikatowości zaproponowanych rozwiązań. Odwołujący zauważył, że Przystępujący powołując się na wyrok SO w Warszawie wskazał, że także takie informacje, jak listy klientów czy zawarte umowy mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wykazał przy tym, że również podmioty, których dane zostały ewentualnie w ten sposób wskazane w Załączniku nr 5 podejmują jakiegokolwiek działania celem zachowania tych danych w poufności. Na tę okoliczność nie przedstawiono Zamawiającemu żadnego dowodu, a wręcz przeciwnie uzasadnienie sporządzone przez Przystępującego prowadziło do wniosku, że jest to wyłącznie tajemnica jego przedsiębiorstwa, a nie jego kontrahentów. Ponadto Przystępujący omówił jedynie własne działania podejmowane celem zachowania własnej tajemnicy przedsiębiorstwa w poufności, Wobec powyższego Odwołujący stwierdził, że Przystępujący nie może traktować jako tajemnicy przedsiębiorstwa danych jego kontrahentów, których ci nie traktują jako swej tajemnicy.

Wykonawca zastrzegając określone informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa musi wykazać indywidualne cechy tych informacji, które warunkują, iż w jego przedsiębiorstwie objęte są one poufnością. Tymczasem lakoniczne uzasadnienie Przystępującego powyższego nie zawiera.

Zdaniem Odwołującego działanie Przystępującego ma na celu ograniczenie innym wykonawcom dostępu do danych zawartych w tym dokumencie, a nie chęć zachowania i zapewnienia poufności tych informacji.

Podsumowując powyższy zarzut Odwołujący stwierdził, że Zamawiający poprzez zaniechanie odtajnienia informacji, które nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu. Naruszeniem tych zasad jest bowiem wybiórcze udostępnianie niektórym wykonawcom dokumentów, które powinny być jawne.

Uzasadniając zarzut rażąco niskiej ceny Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał, aby modernizacja Elektrofiltra w celu zwiększenia skuteczności odpylania do gwarantującego uzyskanie oczekiwanego przez Zamawiającego poziomu zapylenia spalin wylotowych wykonana została poprzez: a) rozbudowę tj. dobudowanie czwartej strefy wraz z odprowadzeniem popiołu do zbiorników oraz zastosowanie Zespołów Prostowniczych wysokiej częstotliwości na wszystkich komorach części istniejącej i dobudowywanej lub b) budowę nowego elektrofiltra z zastosowaniem Zespołów Prostowniczych wysokiej częstotliwości na wszystkich komorach. W przypadku wariantu modernizacji polegającej na dobudowaniu do każdego z elektrofiltrów dodatkowej, czwartej strefy odpylania, w zakresie obowiązków wykonawcy znajduje się kompleksowy remont oraz niezbędna modernizacja ponownie wykorzystywanych elementów istniejących elektrofiltrów, w tym między innymi: a) komory elektrofiltru, b) elektrod zbiorczych wraz ze strzepywaczami elektrod zbiorczych oraz napędami strzepywaczy, c) elektrod ulotowych/ wraz z układem zawieszenia (w tym izolatorami zawieszeniowymi oraz przynależnymi obwodami ogrzewania) oraz strzepywaczami elektrod ulotowych (w tym napędami strzepywaczy izolatorami obrotowymi oraz przynależnymi obwodami ogrzewania izolatorów), d) określonych elementów układów zasilaczy wysokiego napięcia.

Odwołujący wskazał, że niezależnie od wariantu modernizacji Zamawiający w SIWZ precyzyjnie określił wymagania w zakresie minimalnego zakresu modernizacji instalacji odprowadzania popiołów lotnych z lejów elektrofiltra danego bloku oraz lejów instalacji katalitycznej redukcji azotu (SCR) tegoż bloku. Zamawiający w SIWZ opisał stan istniejącej instalacji, w której odprowadzenie popiołów z lejów układu SCR zostało już zintegrowane z układem odprowadzania popiołów lotnych z lejów elektrofiltru (tworząc jedną całość), a następnie opisuje swoje minimalne wymagania co do modernizacji tego, istniejącego układu (np. rozdzielenie transportu popiołów lotnych na popiół odbierany z lejów SCR oraz pierwszej strefy elektrofiltru oraz na popiół odbierany z kolejnych stref elektrofiltru). Jednocześnie, Zamawiający podkreślił, że ponowne wykorzystywane przez Wykonawcę elementy istniejących instalacji w żaden sposób nie mogą ograniczać zobowiązań gwarancyjnych wykonawcy, a Zamawiający wymaga, aby udzielana przez wykonawcę gwarancja obejmowała cały zakres modernizacji, bez wyłączenia gwarancji dla elementów powtórnie wykorzystanych (wyremontowanych). Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie narzucił zakresu remontu czy

modernizacji części istniejącej elektrofiltru. Ta wynika z technologii modernizacji danego Wykonawcy i w skrajnym przypadku może polegać na wymianie całego wyposażenia wewnętrznego istniejących elektrofiltrów na nowe (elektrody zbiorcze wraz ze strzepywaczami oraz elektrody ulotowe wraz ze strzepywaczami).

Odwołujący wskazał, że analizując cenę ofertową Przystępującego sprzed aukcji, przyjął, że Przystępujący dla elektrofiltrów wszystkich bloków zaoferowało zakres prac polegający na całkowitej wymianie istniejącego wyposażenia wewnętrznego (elektrod zbiorczych oraz elektrod ulotowych wraz z systemem zawieszenia i strzepywania). O zasadności takiego stanowiska zdaniem Odwołującego świadczy, to że elektrofiltry bloków 2, 3 i 7 są starsze, mają mniej korzystną konstrukcję oraz mają wadę techniczną, która wymusza wymianę całego tzw. wyposażenia wewnętrznego. Z istniejących elektrofiltrów zostają do wykorzystania wówczas tylko określone elementy obudowy (część obudowy, taka jak dachy, których demontaż jest niezbędny w celu wymiany wyposażenia wewnętrznego, wymaga wymiany na nowe). Z tych też względów początkowo (tj. przed aukcją elektroniczną) wycena modernizacji przedstawiała się w sposób następujący:

- Elektrofiltr bloku nr 7 - Odwołujący 54 758 153, 52 zł / Przystępujący 58 056 000,00 zł
- Elektrofiltr bloku nr 2 - Odwołujący 47 114 282,85 zł / Przystępujący 56 641 500,00 zł
- Elektrofiltr bloku nr 3 Odwołujący 47 080 686,86 zł / Przystępujący 56 641 500,00 zł

Powyższe, zdaniem Odwołującego, pokazuje, że ceny ofert są bardzo zbliżone i wskazują na podobny zakres prac założony przez każdego z wykonawców.

Elektrofiltry bloków nr 4, 5 i 6 są zupełnie inne. Konstrukcja elektrofiltrów jest bardzo zbliżona do technologii, wykorzystywanej przez Odwołującego (konstrukcja istniejących elektrofiltrów została zaprojektowana i wybudowana przez firmę, która projektowała elektrofiltry na licencji technologii Walther, której właścicielem jest firma Balcke Durr GmbH, będąca właścicielem spółki Odwołującego). To powoduje, że Odwołujący nie jest zmuszony wymieniać całości (czy też znacznej części istniejącego wyposażenia wewnętrznego elektrofiltrów), a może dokonać ich remontu. Przystępujący według oceny Odwołującego nie ma takich możliwości i nie może tak mocno ograniczyć zakresu podejmowanych wymian (kosztem remontów), ponieważ jego technologia opiera się na zupełnie innych elementach w szczególności elektrodach ulotowych wraz z przynależnymi układami zawieszenia i strzepywania. Przystępujący według oceny Odwołującego nie będzie wykorzystywał istniejących zasilaczy WN i będzie bazowało na swoich zasilaczach WN. Z tych też względów, zdaniem Odwołującego Przystępujący musiał przyjąć podobny zakres prac, jak przy elektrofiltrach bloków 2, 3 i 7. Powyższe potwierdzają ceny zaoferowane przez Konsorcjum przed aukcją elektroniczną:

Elektrofiltr bloku nr 4 Odwołujący - 48 954 000 zł / Przystępujący 26 632 461, 83 zł

Elektrofiltr bloku nr 6 Odwołujący - 52 521 000,00 zł / Przystępujący 25 842 243,42 zł

Elektrofiltr bloku nr 5 Odwołujący 32 112 270,51 zł / Przystępujący 50 676 000,00 zł

Ceny zaoferowane przez Przystępującego są więc bardzo zbliżone w ramach modernizacji elektrofiltrów we wszystkich blokach od 2 do 7 podczas gdy ceny zaoferowane przez Odwołującego dla elektrofiltrów bloków 4, 5, 6 były już znacząco niższe od cen dla elektrofiltrów bloków 2, 3 i 7 przed aukcją i takie pozostały po aukcji.

Odwołujący wskazał, że w trakcie aukcji Przystępujący obniżył ceny dla elektrofiltrów bloków 4, 5, 6 w jednym z przypadków nawet o 59,16% zrównując je do cen Odwołującego. W takiej sytuacji Zamawiający powinien bez wątpienia zbadać, czy ofertowana przez Przystępującego cena dla modernizacji elektrofiltrów bloków 4, 5 i 6 nie jest rażąco niska, bowiem cena za modernizację każdego z tych elektrofiltrów jest o ponad 50% niższa od ceny modernizacji każdego z elektrofiltrów bloków 2, 3 i 7. Z tych też względów Zamawiający powinien być wezwać Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, gdyż cena na skutek przeprowadzenia aukcji elektronicznej obiektywnie wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Cena ta obiektywnie budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przez Przystępującego przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ. W ocenie Odwołującego, jeżeli Przystępujący założył pierwotnie próg rentowności zamówienia na poziomie 323.490.000,00 - nawet przy uwzględnieniu pewnej nadwyżki na potrzeby aukcji elektronicznej to obniżenie w czasie aukcji ceny aż do 210.141.500,00 złotych, powoduje, że zachodzi konieczność złożenia przez ten podmiot wyjaśnień w zakresie chociażby okoliczności, jakie uzasadniają tak znaczne obniżenie poziomu ceny.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający w toku postępowania wezwał go do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie ceny za modernizację elektrofiltrów bloku nr 6, która opiewała na kwotę 25.842.243,42 złotych, zaś cena za realizację modernizacji tych elektrofiltrów wskazana początkowo przez Przystępującego wynosiła 52.521.000,00 złotych. Skoro zatem Zamawiający uznał, że zachodzą obiektywne okoliczności uzasadniające wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny przy cenie części oferty o 49,2 % niższej od ceny drugiej oferty, to trudno zgodzić się z twierdzeniem, że obniżenie ceny części oferty przez Przystępującego nie stanowi okoliczności, które mogłyby budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Odwołujący ponownie wskazał, że ceny zaoferowane przez Przystępującego przybliżone są do cen Odwołującego, niemniej jednak z uwagi na fakt, iż zdaniem Odwołującego Przystępujący nie może wykonać przedmiotu zamówienia w ten sam sposób,



jak Odwołujący tj. modernizując, a nie dokonując budowy nowego elektrofiltra, powyższa obniżka ceny tym bardziej zdaje się niemożliwa.

Kolejno Odwołujący wskazał, że obniżenie ceny przez Przystępującego na poziomie o 35% stanowi przykład manipulacji kosztami w celu wyeliminowania z rynku konkurencyjnych przedsiębiorców, co jest działaniem niedozwolonym. Powyższe potwierdza KIO w wyroku z dnia 21 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 267/13. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zaniżenie kosztów za realizację modernizacji elektrofiltrów bloków 4, 5 i 6, jak i zaniżenie ceny oferty przez Przystępującego już samo i tak stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Na powyższe wskazuje również opinia Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240).

Uzasadniając zarzut dotyczący niezgodności treści oferty z SIWZ Odwołujący wskazał, że jeśli z analizy Załącznika nr 5 Oferta techniczna wynika, że Przystępujący przyjął identyczny zakres prac, jak Odwołujący (tj. porównywalne zakresy modernizacji elementów istniejących elektrofiltrów, a nie wymianę tych elementów na nowe czy też wymiany na nowe całych elektrofiltrów), to szczególnego znaczenia nabiera prawidłowe, z dochowaniem należytej staranności zinventaryzowanie istniejących i przewidzianych do modernizacji instalacji.

Wskazał, że opierając się na dokumentach udostępnionych Odwołującemu przez Zamawiającego, zauważył, że Przystępujący błędnie rozpoznał konstrukcję i konfigurację istniejących elektrofiltrów oraz nie dochował należytej staranności, aby w trakcie wizji lokalnych zorganizowanych przez Zamawiającego, zweryfikować informacje przedstawione w SIWZ przez Zamawiającego. Powyższe stanowi, że złożona przez Konsorcjum oferta nie odpowiada treści specyfikacji i jako taka powinna być odrzucona, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący dla elektrofiltra wszystkich bloków błędnie rozpoznał konstrukcję oraz konfigurację istniejącego i przewidzianych do modernizacji elektrofiltrów, jak również przynależnych do tych elektrofiltrów instalacji odbioru i transportu popiołu. Do swojej Oferty technicznej wprowadziło dodatkowe informacje dotyczące istniejących i przewidzianych do ponownego wykorzystania instalacji. Opis taki nie był

wymagany przez Zamawiającego, przy czym opis ten, zdaniem Odwołującego, potwierdza przyjęcie przez Przystępującego niezgodnych z SIWZ i stanem faktycznym założeń dla realizacji przedmiotu umowy. W przygotowanym przez Przystępującego opisie stanu istniejącego znajdują się następujące informacje niezgodne z SIWZ i ze stanem faktycznym, dotyczące wszystkich bloków:

a) błędna ilość napędów przy opisie strzepywaczy elektrod zbiorczych. Napędów jest 12 a nie 24 jak w opisie stanu istniejącego przygotowanym przez Przystępującego. Poprawna ilość napędów wynikała np. ze schematów elektrycznych stanowiących załącznik nr 7 do SIWZ, a dodatkowo mogła być przez Wykonawcę sprawdzona w trakcie dwóch wizji lokalnych zapewnionych przez Zamawiającego. Przystępujący prawdopodobnie błędnie zinterpretował informacje przedstawione w Załączniku 4 Części II SIWZ. Dokument ten jednak nie definiował ilości napędów strzepywaczy,

b) błędna ilość napędów przy opisie strzepywaczy elektrod ulotowych. Napędów jest 12 a nie 24 jak w opisie stanu istniejącego przygotowanym przez Przystępującego. Poprawna ilość napędów wynikała np. ze schematów elektrycznych stanowiących załącznik nr 7 do SIWZ, a dodatkowo mogła być przez Wykonawcę sprawdzona w trakcie dwóch wizji lokalnych zapewnionych przez Zamawiającego. Przystępujący prawdopodobnie błędnie zinterpretował informacje przedstawione w Załączniku 4 Części II SIWZ. Dokument ten jednak nie definiował ilości napędów strzepywaczy.

c) błędna wartość mocy pozornej przypadającej na ogrzewanie izolatorów obrotowych Przystępującego w przygotowanym samodzielnie opisie stanu istniejącego podało błędne wartości, dla każdego z elektrofiltrów. Dla niektórych z nich błąd wynosił nawet 19,6 kW (odpowiadające 19,6 kVA), dla innych 18 kW (odpowiadające 18 kVA) jeszcze dla innych 6kW (odpowiadające 6 kVA). Stan faktyczny jest inny od opisanego w Ofercie technicznej Przystępującego oraz jest on potwierdzony w SIWZ przez Zamawiającego (np. dla elektrofiltrów bloków nr 2, i 3 gdzie Konsorcjum w opisie stanu istniejącego elektrofiltru przewidzianego do modernizacji podało moc elektryczną przypadającą na ogrzewanie izolatorów obrotowych jako 6 kW (odpowiednik 6 kVA), potwierdzona w SIWZ moc przypadająca na ogrzewanie izolatorów obrotowych wynosi  $2 \times 6 \times 0,5 \text{ kVA} + 2 \times 6 \times 1,6 \text{ kVA} = 6 \text{ kVA} + 19,2 \text{ kVA} = 25,2 \text{ kVA}$  (co odpowiada 25,2 kW). Różnica wynosi 19,6 kVA, a w przypadku elektrofiltrów bloków nr 2 i 3, gwarantowana przez Przystępującego wartość maksymalnego poboru mocy pozornej po modernizacji Elektrofiltru była o 19 kVA mniejsza od wartości gwarantowanej przez Odwołującego.

d) błędna ilość izolatorów obrotowych. Izolatorów jest 12 a nie 24 jak w opisie stanu istniejącego przygotowanym przez Przystępującego. SIWZ nie definiuje wprost w żadnym z przynależnych dokumentów liczby izolatorów obrotowych, Zamawiający jednak zapewнили

oferentom dwie niezależne wizje lokalne w trakcie których można było prawidłowo rozpoznać i zinventaryzować konstrukcje i konfiguracje istniejących elektrofiltrów.

e) Przystępujący w opisie stanu istniejącego, całkowicie pomija istniejącą instalację do odbioru pyłów z lejów reaktora SCR (układy katalitycznej redukcji tlenków azotu). Instalacja ta jest zintegrowana z systemem usuwania pyłów gromadzonych w lejach zsypanych elektrofiltru, tak więc system odpopielania istniejącego elektrofiltru wygląda zdecydowanie inaczej niż ten przedstawiony w opisie stanu istniejącego przygotowanym przez Przystępującego. Opis ten jest niezgodny z SIWZ, a ponieważ jednym z podstawowych wymagań stawianych przez Zamawiającego jest zapewnienie odbioru pyłu z lejów SCR, brak uwzględnienia tego aspektu w przygotowanym przez Przystępującego opisie stanu istniejącego, budzi wątpliwość co do prawidłowego rozpoznania istniejącej instalacji, którą Przystępującego przewiduje do ponownego wykorzystania (remontu oraz modernizacji), Powyższe jednoznacznie stanowi o niezgodności treści oferty z SIWZ.

Odwołujący wskazał, że w przypadku elektrofiltru bloków 2-7 Przystępujący błędnie rozpoznał zarówno konstrukcję i konfigurację samego elektrofiltru, jak również konstrukcję i konfigurację przynależnej do tego elektrofiltru instalacji odbioru i transportu popiołu. Do opisu stanu istniejącego wprowadził informacje niezgodne ani z stanem faktycznym, ani nawet z samymi zapisami SIWZ. Stan istniejący przedstawiony w SIWZ stanowi założenia projektowe dla Wykonawcy. Na przykład, mniejsza w rzeczywistości niż założona przez Przystępującego ilość napędów strzepywaczy wpływa na to, że skuteczność odpylania instalacji istniejącej jest zdecydowanie mniejsza, że istniejąca instalacja odpylania charakteryzuje się znacznie mniejszą elastycznością oraz zdecydowanie mniejszą dyspozycyjnością. Przystępujący błędnie założył, że każde z niezależnie zasilanych pól elektrycznych, wyposażone jest w dwa osobne napędy strzepywaczy elektrod zbiorczych i dwa osobne napędy strzepywaczy elektrod ulotowych. Stan faktyczny jest jednak inny, a każde pole elektryczne wyposażone jest w pojedynczy napęd strzepywaczy elektrod zbiorczych oraz ulotowych. Powyższe powoduje znacznie gorsze warunki, dla których projektowana powinna być dodatkowa, czwarta strefa odpylania elektrofiltru. Projekt oraz koszt dodatkowej czwartej strefy odpylania jak również wartość mocy pozornej zużywanej w procesie odpylania spalin przez tą dodatkową, czwartą strefę odpylania, zależy wprost od skuteczności odpylania spalin w ponownie wykorzystywanej części istniejącego elektrofiltru. Im większa jest skuteczność odpylania w części istniejącej, tym mniejsza musi być ta skuteczność w części dobudowywanej. Błędne założenia - niezgodne ze stanem faktycznym i z SIWZ — dotyczące przewidzianej do remontu i modernizacji ponownie wykorzystywanej części każdego z elektrofiltrów, prowadzić może do niedoszacowania kosztów budowy dodatkowej czwartej strefy odpylania (zaniżenia kosztów), ale przede wszystkim prowadzi do przyjęcia mniejszej wartości energii elektrycznej zużywanej

w procesie odpylania spalin (mocy pozornej) niż wystąpi w rzeczywistości. Odwołujący wskazał, że w przypadku modernizacji elektrofiltru polegającej na dobudowie do istniejącej części dodatkowej, nowej czwartej strefy odpylania, zasadnicze znaczenie ma prawidłowe oraz zgodne ze stanem faktycznym zinventaryzowanie części istniejącej. Spaliny przepływając przez elektrofiltr są kolejno oczyszczane w pierwszej strefie odpylania (istniejąca), drugiej strefie odpylania (istniejąca), trzeciej strefie odpylania (istniejąca) oraz w czwartej strefie odpylania (dodatkowa, dobudowywana zgodnie z wymaganiami SIWZ). Proces odpylania w każdej ze stref wiąże się z określonym zużyciem mocy pozornej. Zużycie to zależy od stopnia zanieczyszczenia spalin wpływających do strefy jak i konfiguracji samego pola (np. elastyczności systemu strzepywania wynikającego z ilości zastosowanych, niezależnie działających napędów strzepywaczy). Im spaliny będą skuteczniej oczyszczane z popiołów lotnych w strefach istniejących (a ta skuteczność rośnie wraz z elastycznością systemu strzepywaczy, tj. ilością niezależnie zasilanych i sterowanych napędów strzepywaczy przypadających na jedno pole elektryczne czy jedną strefę odpylania), tym mniej popiołów lotnych będzie wprowadzanych ze spalinami do dodatkowej, czwartej strefy odpylania i tym mniejsze będzie zużycie mocy pozornej niezbędnej do oczyszczenia tych spalin w pozostałych popiołów lotnych. W przypadku strzepywaczy elektrod ulotowych Przystępujący założył również to, że izolatorów obrotowych jest dwa razy więcej od stanu faktycznego. Ponieważ izolatory obrotowe stanowią jeden z bardziej narażonych na uszkodzenia węzła technologicznego elektrofiltru, założenie większej ilości izolatorów zwiększa dyspozycyjność całego elektrofiltru. Uszkodzenie jednego izolatora, nie eliminuje tego pola z pracy i zwiększa dyspozycyjność elektrofiltru. Stan faktyczny jest jednak inny, a każde niezależnie zasilanie pole elektryczne elektrofiltru wyposażone jest tylko w jeden izolator obrotowy.

Dyspozycyjność na poziomie 99% jest jednym z parametrów gwarantowanych przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, a niedotrzymanie tego poziomu jest obciążone bardzo wysokimi karami umownymi. Przyjęcie błędnych założeń zarówno co do ilości napędów jak i izolatorów obrotowych, mogło prowadzić także do przyjęcia błędnych założeń dla wyliczenia i oszacowania określonych ryzyk i w rezultacie dla obniżenia oferowanej ceny. Przyjmując warunki łatwiejsze (wynikające z błędnego założenia większej niż w rzeczywistości ilości napędów strzepywaczy), zmniejsza się również pobór mocy pozornej pobieranej przez układ zasilania wysokim napięciem przez dodatkową strefę odpylania (dobudowywaną strefę IV). Taka sytuacja ma bezpośrednie przełożenie na parametr mocy pozornej pobieranej przez cały zmodernizowany elektrofiltr. Był to parametr uwzględniany przy ocenie ofert, a dla np. bloku nr 2 oraz bloku nr 3 Konsorcjum zadeklarowało wartość wyższą o 1,73% od wartości wskazanej przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, że w przypadku każdego elektrofiltru bloków 2-7 pojawia się jednak dodatkowy aspekt związany ze zużyciem mocy pozornej przez

elektrofiltr. Przystępujący do opisu stanu istniejącego wprowadziło nieprawdziwą informację dotyczącą zużycia mocy przez system ogrzewania izolatorów obrotowych istniejącego elektrofiltru (przewidzianego do ponownego wykorzystania po remoncie i modernizacji). Błędne, niezgodne z SIWZ i zaniżone wartości Przystępujący podał dla każdego z elektrofiltrów, przy czym w przypadku elektrofiltrów bloków nr 2 i nr 3 zamiast prawidłowej wartości, czyli 25,2 kVA, wpisało niezgodną z SIWZ wartość 6 kVA. Różnica to 19,6 kVA. W przypadku instalacji ogrzewania izolatorów obrotowych należy dodatkowo wspomnieć, że zgodnie z SIWZ praca obwodów ogrzewania jest pracą ciągłą i nie podlega regulacji. Wspomniane wyżej i przeoczone przez Przystępującego 19,6 kVA będzie występowało w sposób ciągły i będzie w sposób ciągły wpływało na zwiększenie poboru mocy pozornej przez elektrofiltr.

Odwołujący wskazał ponadto, że oferta Przystępującego dla elektrofiltru bloku np. nr 2 (oraz nr 3) gwarantowała wartość 1081 kVA (maksymalny pobór mocy pozornej po modernizacji Elektrofiltru dla bloku nr 2 oraz tak samo dla elektrofiltru bloku nr 3) co było wartością o 19 kVA niższą od gwarancji udzielanej przez Odwołującego (1100 kVA). Różnica stanowi 1,73% ale miała istotne znaczenie dla procesu oceny ofert i przyznania większej ilości punktów ofercie Przystępującego. Przeoczone przez Przystępującego 19,6 kVA mogło przeważać o wyniku oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że kolejnym niegodnym z SIWZ elementem jest pominięcie w opisie technicznym stanu istniejącego instalacji odbioru i odprowadzania pyłów z lejów instalacji katalitycznej redukcji tlenków azotu. Jednym z podstawowych wymagań Zamawiającego przedstawionych w SIWZ jest modernizacja istniejącego systemu zmieniająca w sposób zasadniczy istniejący sposób odbioru pyłów z lejów układu SCR oraz odprowadzania tego pyłu do wybranych zbiorników retencyjnych (na sucho) lub kanałów spłucznych (na mokro). Wymóg ten stanowi tak naprawdę jedno z najważniejszych założeń dla prawidłowego zaprojektowania modernizacji istniejącego systemu odpopielania. Pominięcie tego aspektu w opisie stanu istniejącego stwarza podejrzenie pominięcia tego układu w ofercie.

Odwołujący stwierdził, że Przystępujący modernizację elektrofiltru bloku nr 4 wycenił na wartość nie przekraczającą 50% ceny zaproponowanej zarówno dla modernizacji elektrofiltru bloku nr 2, jak i bloku nr 3. Dodatkowym błędnie przyjętym przez Przystępującego założeniem (tych błędów Konsorcjum nie popełniło w opisie stanu istniejącego elektrofiltrów bloku nr 2 ani elektrofiltrów bloku nr 3), była zdefiniowana przez niego w przygotowanym przez siebie opisie stanu technicznego szerokość pola elektrycznego. Parametru takiego nie definiował Zamawiający ani w SIWZ, ani żadnej korespondencji. Powyższe według Odwołującego, rodzi poważne wątpliwości czy jest to jedynie wynikiem błędu. Przy opisie elektrofiltrów bloku nr 2 i bloku nr 3, Przystępujący podał szerokości pól prawidłowe, liczone

zgodnie z konstrukcjami tych elektrofiltrów. Tak zdefiniowana szerokość pola elektrycznego (w ramach bloku nr 4), przy jednoczesnej zdefiniowanej przez Przystępującego długości poszczególnych pól elektrycznych, może prowadzić do interpretacji występowania pól o wymiarach 15,2 m x 4,77 m, a to nie jest zgodne ze stanem faktycznym. Definicja pól elektrycznych o wielkości dwa razy większej od stanu faktycznego, może prowadzić do zastosowania rozwiązania niezgodnego z oczekiwaniami Zamawiającego przedstawionym w pkt. 4.2.6.2 Części II SIWZ „Przy doborze zespołów zasilających należy przyjąć zasadę, że 1 zespół powinien zasilać jeden wyizolowany segment w komorze (nie należy łączyć segmentów w celu minimalizacji ilości zespołów zasilających)” i zastosowaniu mniejszej ilości zespołów zasilających co ma zasadnicze znaczenie na obniżenie kosztów modernizacji przedmiotowego elektrofiltru. Przystępujący w wyniku aukcji elektronicznej wyrównał cenę swojej oferty dla elektrofiltru bloku nr 4 z ofertą Odwołującego, przy czym oferta Konsorcjum otrzymała większą ilość punktów z tytułu mniejszej wartości maksymalnego poboru mocy pozornej po modernizacji elektrofiltru dla bloku nr 4. Poza błędnym i niezgodnym z SIWZ oraz ze stanem faktycznym zdefiniowaniem powierzchni poszczególnych pól elektrycznych (w szczególności szerokości), Konsorcjum popełniło w zasadzie takie same błędy w identyfikacji istniejącej konstrukcji zarówno elektrofiltru bloku nr 4 oraz przynależnego odpopielania. Konsorcjum w wyniku aukcji elektronicznej dla elektrofiltru bloku nr 4 obniżyło cenę swojej oferty o blisko 55%, dorównując tym samym do ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Aktualna wycena Konsorcjum dotycząca modernizacji elektrofiltru bloku nr 4 stanowi przy tym około połowę zaproponowanej ceny modernizacji zarówno elektrofiltru bloku nr 2 jak i elektrofiltru bloku nr 3, przez co zdaniem Odwołującego zakres zaplanowanej przez Przystępującego modernizacji istniejącej części elektrofiltru bloku nr 4 jest zdecydowanie mniejszy, przez co błędy w prawidłowym rozpoznaniu istniejącej części mają jeszcze większe znaczenie niż w przypadku elektrofiltrów bloków nr 2 i 3. W przypadku bowiem elektrofiltru bloku nr 4 przyjęcie błędnych i niezgodnych z SIWZ założeń dotyczących konstrukcji i konfiguracji ponownie wykorzystanej części elektrofiltru ma w ocenie Odwołującego bezpośredni i wyraźny wpływ zarówno na niedoszacowanie kosztów niezbędnej modernizacji (więc cenę oferowaną) jak i oczekiwaną wartość zużycia mocy pozornej (więc jedyny poza ceną parametr oceny oferty). Także w przypadku elektrofiltru bloku nr 5, występuje dodatkowa niezgodność opisanego przez Konsorcjum stanu istniejącego instalacji odpopielania zarówno z SIWZ jak i ze stanem faktycznym. Konsorcjum opisując w swojej Ofercie technicznej stan istniejącego systemu odpopielania (przewidzianego do modernizacji), niezgodnie z prawdą podaje informację o zamontowanych pod lejami elektrofiltrów dozowników celkowych oraz informację o tym, że popiół jest poprzez te dozowniki celkowe transportowany. Jest to sprzeczne ze stanem faktycznym oraz SIWZ (pkt. 3.3 Części II SIWZ, gdzie wyraźnie wskazano, że dozowniki

celkowe występują tylko na elektrofiltrach bloków 2, 3, 4, 6 i 7) a na elektrofiltrze bloku nr 5 występują klapy migawkowe. To całkowicie inny typ urządzeń, więc opis techniczny stanu istniejącego odpopielania elektrofiltru bloku nr 5, dokonany przez Konsorcjum, nie tylko nie obejmuje przynależnej instalacji odprowadzania pyłów z lejów SCR, ale również opisuje inną instalację odbioru popiołu z lejów elektrofiltru niż występuje w stanie faktycznym. Podobnie jak w przypadku elektrofiltrów wcześniej opisanych, a w szczególności elektrofiltru bloku nr 4, przyjęcie błędnych i niezgodnych z SIWZ założeń dotyczących konstrukcji i konfiguracji ponownie wykorzystanej części elektrofiltru ma w ocenie Odwołującego bezpośredni i wyraźny wpływ zarówno na niedoszacowanie kosztów niezbędnej modernizacji (więc cenę oferowaną) jak i oczekiwaną wartość zużycia mocy pozornej (więc jedyny poza ceną parametr oceny oferty).

Przypadek elektrofiltru bloku nr 6 jest bardzo podobny do opisanych wcześniej:

- a) analogiczne błędy w rozpoznaniu konstrukcji istniejących elektrofiltrów przewidzianych do modernizacji oraz wpisanie informacji niezgodnych z SIWZ oraz ze stanem faktycznym do Oferty Technicznej;
- b) błędy w podaniu mocy elektrycznej zużywanej przez instalację ogrzewania izolatorów obrotowych oraz wpisanie informacji niezgodnych z SIWZ oraz ze stanem faktycznym do Oferty Technicznej;
- c) błędne rozpoznanie konstrukcji i konfiguracji przewidzianej do modernizacji instalacji odpopielania oraz wpisanie informacji niezgodnych z SIWZ oraz ze stanem faktycznym do Oferty Technicznej.

Podobnie jak w przypadku elektrofiltrów bloków nr 4 oraz 5, Konsorcjum w wyniku aukcji elektronicznej wyrównało cenę modernizacji elektrofiltru bloku nr 6 z ceną Odwołującego, obniżając swoją pierwotną cenę o ok 60% oraz oferując tym samym ten zakres na poziomie ok 50% ceny oferowanej dla każdego z elektrofiltrów bloków nr 2, 3 oraz 7.

Według Odwołującego zaoferowany przez Konsorcjum zakres modernizacji jest zdecydowanie mniejszy od tego przewidzianego dla każdego z elektrofiltrów bloku nr 2, 3 i 7, czyli obejmuje zakres polegający nie na wymianie, ale na remoncie i modernizacji istniejącej części instalacji. W takim przypadku przyjęcie błędnych założeń, uniemożliwia prawidłowe wykonanie przedmiotowej modernizacji. Podobnie jak w przypadku elektrofiltrów wcześniej opisanych, a w szczególności elektrofiltru bloku nr 4 oraz 5, przyjęcie błędnych i niezgodnych z SIWZ założeń dotyczących konstrukcji i konfiguracji ponownie wykorzystanej części elektrofiltru ma w ocenie Odwołującego bezpośredni i wyraźny wpływ zarówno na niedoszacowanie kosztów niezbędnej modernizacji (więc cenę oferowaną) jak i oczekiwaną wartość zużycia mocy pozornej (więc jedyny poza ceną parametr oceny oferty). Wszystkie w/w niezgodności mają taki sam wpływ na cenę modernizacji elektrofiltru bloku nr 6 oraz na

gwarantowaną wartość maksymalnego pobór mocy pozornej po modernizacji Elektrofiltru dla bloku nr 6, jak opisywane przy okazji elektrofiltrów bloków nr 2, 3, 4 i 5. Przypadek elektrofiltru bloku nr 7 jest taki sam jak wszystkich elektrofiltrów opisanych wcześniej. Konsorcjum w opisie stanu istniejącego elektrofiltru bloku nr 7 popełnił wszystkie te same błędy co w opisach filtrów bloków nr 2, 3, 4, 5, 6 przy czym w tym przypadku założył (wprowadzając taką definicję do Oferty technicznej) szerokość elektryczną w sposób całkowicie zły. Mimo, że elektrofiltr bloku nr 7 ma taką samą konstrukcję jak elektrofiltry bloków nr 2 i 3 (w opisie elektrofiltrów bloku nr 2 oraz bloku nr 3 Konsorcjum podało prawidłową wartość szerokości pola, czyli 7.37 metra co wynika z iloczynu 22 ścieżek elektrod oraz podziałki międzyelektrodowej wynoszącej 335 mm) w opisie stanu istniejącego elektrofiltru bloku nr 7 Konsorcjum podaje szerokość pola jako 15.2 m. Jest to wartość nie tyle wynikająca z próby wprowadzenia przez Konsorcjum do umowy innej definicji szerokości pola niż jest w rzeczywistości, ale jest wartością wprost złą. Stosując taką samą interpretację jaką Konsorcjum postanowiło zastosować do opisu elektrofiltrów bloków nr 4, 5 i 6, szerokość pola elektrofiltru bloku nr 7 wynosi 14,74 m (2 x 22 ścieżki x 335 mm podziałki międzyelektrodowej). Odwołujący zauważył, że Przystępujący przyjął więc prawdopodobnie w sposób niezgodny z prawdą, że istniejący elektrofiltr bloku nr 7 ma objętość o 3% większą niż ma w rzeczywistości (3% większą od elektrofiltrów bloków nr 2 i nr 3). Przyjęcie większej niż jest w rzeczywistości objętości aktywnej istniejącej części elektrofiltru, oznacza przyjęcie większej skuteczności odpylania tej części, a to prowadzi do mniejszego zapylenia spalin wprowadzanych do dodatkowej, czwartej strefy odpylania. Mniejsze zapylenia spalin wpływających do dodatkowej, czwartej strefy odpylania oznacza, że odpylanie w tej strefie spalin wymaga mniejszego zużycia mocy pozornej przez tą strefę (a w rezultacie przez cały elektrofiltr). Potwierdza to zresztą fakt, że mimo identycznej konstrukcji elektrofiltrów bloków nr 2, 3 i 7, Konsorcjum dla elektrofiltru bloku nr 7 zadeklarowało mniejsze zużycie mocy pozornej niż dla elektrofiltrów bloku nr 2 oraz bloku nr 3. Konsorcjum dla elektrofiltrów bloku nr 7 zagwarantowało maksymalny pobór mocy pozornej po modernizacji elektrofiltru na poziomie ok 4% mniejszym od zagwarantowanego, dla identycznych elektrofiltrów bloków nr 2 i 3.

Odwołujący wskazał także, że Zamawiający w SIWZ w sposób jednoznaczny sprecyzował zakres informacji które wykonawca powinien przedstawić wraz z ofertą. Informacje te miały się składać na ofertę techniczną i ostatecznie miały stanowić jeden z załączników do kontraktu (załącznik nr 4). Zamawiający nie wymagał przedstawienia w ofercie dodatkowych zapisów dotyczących zobowiązań gwarancyjnych. Wykonawcy, te były jednoznacznie definiowane zarówno w samej umowie (szczególnie paragraf 9) oraz Załączniku nr 1 do umowy (zwłaszcza paragraf 5). W Załączniku nr 5 Konsorcjum definiuje dodatkowe (nie definiowane w żadnym innym miejscu kontraktu ani przynależnych załącznikach) pojęcie Gwarancji Materiałowej. Zdaniem Odwołującego powyższe ma na celu



zawężenie odpowiedzialności gwarancyjnej Wykonawcy wynikającej wprost z kontraktu. To na co należy zwrócić szczególną uwagę, to deklaracja Konsorcjum, że całość urządzeń, które są przedmiotem kontraktu będzie nowa, kompletna, bez ukrytych wad, wszystkie urządzenia będą odpowiadać europejskim normom technicznym oraz będą zgodne z rysunkami i gwarancjami technologicznymi kontraktu. Konsorcjum w załączniku nr 5 do oferty oświadczyło, że „wszystkie urządzenia będą odpowiadać europejskim normom technicznym oraz będą zgodne z rysunkami i gwarancjami technologicznymi kontraktu”. Powyższe sformułowanie jest wprost sprzeczne z jednoznacznymi wymaganiami umowy, tj., że Przedmiot Umowy ma być wykonany zgodnie z postanowieniami Polskich Norm. Powyższe oświadczenie Konsorcjum nie oznacza, że dostarczone przez nie urządzenia będą posiadały Deklaracje Zgodności z obowiązującymi normami.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 lipca 2019r. wniósł o jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu odnosząc się do zarzutu nr 1 wskazał, że obaj wykonawcy zastrzegli tajemnicę ich ofert w części technicznej. Przedstawione w ofertach w załącznikach nr 4 uzasadnienie było w podobnym stopniu ogólne. Niemniej argumentacja obu wykonawców była dla Zamawiającego w równym stopniu zrozumiała i logiczna. Zamawiający po przeanalizowaniu treści tych części ofert wystąpił z sugestią, aby obaj wykonawcy wyrazili zgody na odtajnienie określonych elementów oferty technicznej. Odwołujący wyraził zgodę na odtajnienie 3 załączników. Natomiast w pozostałej części nie wyraził zgody powołując się na wcześniejsze uzasadnienie. Przystępujący również przychylił się do stanowiska Zamawiającego wyrażając zgodę na odtajnienie części 1, 3 i 8 oferty technicznej (załącznika nr 5). W pozostałe części nie wyraził zgody odtajnienie powtarzając również wcześniejsze uzasadnienie. Zamawiający dokonał przedmiotowego odtajnienia, a jednocześnie uznał racje obu wykonawców w pozostałych elementach oferty technicznej. Natomiast w wyniku kategoriycznych żądań Odwołującego o odtajnienie całej oferty technicznej Przystępującego zgłoszonych przed wniesieniem odwołania Zamawiający z ostrożności poinformował Przystępującego i zwrócił się o ewentualne stanowisko. Przystępujący jednoznacznie negując żądania Odwołującego uszczegółowił argumentację uzasadniającą bezzasadność takiego żądania.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu nr 2 wskazał na wstępie, że nie zachodzi ustawowa przesłanka obligująca Zamawiającego do zwrócenia się do Przystępującego o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażącej ceny jego oferty. Cena oferty Przystępującego po przeprowadzonej aukcji nie była niższa o ponad 30 % od średniej arytmetycznej ceny obu ofert ani od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek

VAT. W tym ostatnim przypadku cena oferty Przystępującego jest wręcz wyższa. Zauważył, że także w zakresie kluczowych części zamówienia wskaźnik procentowy również nie został przekroczony. Ponadto w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, aby cena oferty jako całość lub ceny jej kluczowych elementów nosiły cechy rażąco niskich. Ponieważ ustawowa przesłanka określona w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp nie została spełniona to wyłącznie na Odwołującym spoczywa obowiązek wykazania słuszności swoich zarzutów w zakresie istnienia w ofercie rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie ma wątpliwości co do realności ceny oferty Przystępującego. Zamawiający wskazał także, że wskazywanie przez Odwołującego na niewłaściwe - jego zdaniem skalkulowanie kosztów wykonania niektórych robót nie ma znaczenia, dla uznania ceny ofertowej Przystępującego za rażąco niską. Odwołujący w odwołaniu nie wskazał (nie podniósł zarzutu), iż cena oferty Przystępującego jako całość jest rażąco niska, ale wskazał na wycenę niektórych składników jednostkowych podając, iż zawierają niską cenę. Tym samym przy wynagrodzeniu ryczałtowym nawet wykazanie zbyt niskiej ceny za wykonanie jakiegoś elementu przedmiotu zamówienia nie może skutkować co do zasady uznaniem całej ceny za rażąco niską i w konsekwencji powodować odrzucenie takiej oferty w oparciu o przepis art. 90 ust.3 Pzp.

Zamawiający za bezprzedmiotowy uznał zarzut dotyczący nieodrzuconie oferty Przystępującego, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na okoliczność, że złożona oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a Odwołujący tych okoliczności nie wykazał.

W ocenie Zamawiającego w postępowaniu nie zaszły również okoliczności obligujące go do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wyjaśnił, że postępowanie jest prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego. Zamawiający przy aktywnym udziale wykonawców określił swoje wymagania i oczekiwania co do przedmiotu zamówienia. Obaj wykonawcy w swoich ofertach zadeklarowali i potwierdzili wykonanie usługi, której oczekuje Zamawiający. Potwierdzili również osiągnięcie bezwzględnie wymaganych parametrów i funkcjonalności a nadto przedstawili parametry podlegające ocenie w ramach istniejących kryteriów. Oczywistym jest, że każdy z wykonawców zaproponował swoje własne i unikatowe rozwiązania techniczne i technologiczne. Niezależnie od oferowanych rozwiązań przedmiot zamówienia będzie musiał spełnić ściśle skatalogowane wymagania i parametry. Osiągnięcie wymaganych i oferowanych przez wykonawców parametrów i funkcjonalności gwarantują postanowienia wzoru umowy, a w szczególności warunki realizacji zamówienia i jego odbiory, w tym kary umowne i możliwości odstąpienia od umowy w przypadku określonych naruszeń. Jednocześnie podkreślił, że nie stawiał żadnych szczególnych wymagań w przedmiocie prezentacji ofert w części technicznej, w tym zwłaszcza w przedmiocie opisu istniejącej instalacji. Zamawiający jednoznacznie

określił w cz. I i II SIWZ wymagania dotyczące oferty technicznej. Zgodnie z formularzem ofertowym oferta techniczna miała stanowić załącznik do niego i być opracowana zgodnie z wymogami cz. II SIWZ. Z kolei w pkt 7.5.2. cz. II SIWZ w zakresie zawartości oferty technicznej Zamawiający wymagał dołączenia do oferty jedynie:

„7.5.2. Wstępna informacja (z Ofertą).

- Ogólny opis technologiczny proponowanego rozwiązania z podaniem danych dotyczących granicy i zakresu dostawy.
- Interfejsy z pozostałymi układami.
- Rysunek proponowanego ogólnego planu wraz z kanałami, głównymi rurociągami, konstrukcją.”.

Zamawiający stwierdził, że zakres merytoryczny oferty technicznej Przystępującego spełniał przedmiotowe wymagania. Dodatkowe kwestie w niej zawarte nie podlegały merytorycznej ocenie.

Reasumując Zamawiający wskazał, że Odwołujący stawiając zarzut nie wskazał z jakimi postanowieniami SIWZ oferta Przystępującego jest rzekomo sprzeczna. Treści obu ofert są zgodne z wymaganiami SIWZ. Zatem twierdzenia Odwołującego o niezgodności treści oferty w tym zakresie są gołosłowne.

Odnosząc się do niezgodności użytego sformułowaniem (pkt 8.2 odtajnionego fragmentu załącznika nr 5 do oferty Przystępującego): „wszystkie urządzenia będą odpowiadać europejskim normom technicznym oraz będą zgodne z rysunkami i gwarancjami technologicznymi kontraktu”. W uzasadnieniu Odwołujący jako kontrargument podaje zapis zawarty w pkt 9.3 Załącznika nr 1 do umowy: „Wykonawca zobowiązany jest do wykonania Przedmiotu Umowy zgodnie z postanowieniami Umowy, Polskimi Normami, warunkami technicznego wykonania robót, wskazaniem Zamawiającego oraz najnowszej wiedzy technicznej, przy zastosowaniu ogólnie obowiązujących przepisów, zwłaszcza przepisów BHP i przeciwpożarowych w tym przepisów BHP i przeciwpożarowych, obowiązujących u Zamawiającego”. W ocenie Zamawiającego te rzekoma niezgodność jest pozorna. Z jednej strony Przystępujący w formularzu oferty jednoznacznie potwierdza akceptację określonych przez Zamawiającego warunków realizacji zamówienia (pkt 7 formularza ofertowego). Z drugiej strony postanowienia pkt 9.3 wzoru umowy (SIWZ cz. III) rozstrzygają o zakresie gwarancji odnoszących się do przedmiotu zamówienia: „9.3. Wykonawca gwarantuje, że Przedmiot Umowy wykonany jest zgodnie z obowiązującymi normami technicznymi, jak również odpowiednimi przepisami”. Zdaniem Zamawiającego nadrzędność tak opisanych wymogów gwarancyjnych przesądza zasada wyrażona w pkt 16.12 Umowy: „W razie jakichkolwiek rozbieżności, dwuznaczności pomiędzy Umową a Dokumentami Składowymi

Umowy, pierwszeństwo mają zapisy Umowy.”. Przystępujący bezwzględnie zaakceptował treść wzoru umowy składając stosowne oświadczenie w formularzu oferty.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 30 lipca 2019r. wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego zaniechania odtajnienia oferty Przystępującego oraz o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1 Przystępujący wskazał, że Odwołujący przyznał, że w dniu 4 lipca 2019 r. zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie oferty Przystępującego. Tego samego dnia Zamawiający udostępnił mu ofertę Konsorcjum. Zamawiający nie przekazał Odwołującemu jedynie tych elementów oferty, które zostały przez Przystępującego zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Co istotne, Odwołujący otrzymał między innymi załącznik nr 4 do oferty Przystępującego, tj. Zastrzeżenie nieudostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie Przystępującego, Odwołujący próbuje kwestionować samą treść załącznika nr 4. Odwołujący nie stara się nawet przedstawić jakichkolwiek argumentów zmierzających do wykazania, że załącznik nr 5 nie jest tajemnicą przedsiębiorstwa. Podkreślił, że Odwołujący poznał zatem treść kwestionowanego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Przystępującego już w dniu 4 lipca 2019 r. Tym samym już od tego dnia rozpoczyna bieg termin na kwestionowania decyzji Zamawiającego dotyczącej zaniechania odtajnienia. Nieudostępnienie bowiem przez Zamawiającego załącznika nr 5 do oferty Konsorcjum w dniu 4 lipca 2019 r. powinno być traktowane jako decyzja Zamawiającego co do oceny prawidłowości zastrzeżenia tej części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym Odwołujący myli się twierdząc, że termin na złożenie odwołania odnoszący się do zaniechania odtajnienia oferty Przystępującego powinien być liczony od dnia 9 lipca 2019 r. Termin na złożenie odwołania od zaniechania odtajnienia części oferty Przystępującego rozpoczął bieg w dniu 4 lipca 2019 r. W konsekwencji powyższego termin na złożenie odwołania upłynął w dniu 15 lipca 2019 r. w związku z czym odwołanie w zakresie zarzutu odnoszącego się do zaniechania odtajnienia załącznika nr 5 oferty Konsorcjum zostało wniesione po terminie, a zatem na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, podlega odrzuceniu.

W przypadku nieuwzględnienia powyższego wniosku przez Izbę, Przystępujący wskazał, że prawidłowo zastrzegł tajemnicę swego przedsiębiorstwa w terminie wynikającym z art. 8 ust. 3 Pzp a w uzasadnieniu zastrzeżenia — załącznik nr 4 do oferty, Konsorcjum wykazało, że informacje znajdujące się w załączniku nr 5 stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa.

Przystępujący odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp wskazał, że stosownie do art. 190 ust. 1a pkt 1) Pzp

Odwołujący zobowiązany jest wskazać okoliczności faktyczne, w tym przedstawić dowody na poparcie przytoczonych twierdzeń o rzekomo rażąco niskiej cenie. Wskazał, że ostateczna cena oferty Konsorcjum (ustalona po aukcji elektronicznej) wynosi 210 141 500,00 zł brutto, a cena oferty Odwołującego 208 129 200,00 zł. Tym samym, cena oferty Odwołującego jest nadal niższa niż cena Przystępującego. Jednocześnie, cena oferty Konsorcjum przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 166 050 000,00 zł brutto. W związku z powyższym, już proste porównanie cen ofert oraz kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia daje odpowiedź, że cena oferty Konsorcjum jest rynkowa. Przystępujący wskazał ponadto, że Odwołujący błędnie porównuje pierwotną cenę oferty Przystępującego z ceną oferty po aukcji elektronicznej. Sam fakt natomiast, że Przystępujący zdecydował się na obniżenie ceny oferty w trakcie aukcji elektronicznej do poziomu oferowanego przez Odwołującego nie może świadczyć o rażąco niskiej cenie oferty. Konsorcjum wiele razy uczestniczyło w postępowaniach, w których ostateczna cena oferty była ustalana na etapie aukcji elektronicznej. Przystępujący przyjmuje zatem odpowiednią strategię biznesową i przy składaniu ofert proponuje cenę zakładającą wyższe zyski, brak optymalizacji kosztów podwykonawców, zwiększone koszty związane z ryzykiem wynikającym z realizacji zamówienia. Na etapie jednak aukcji elektronicznej Konsorcjum dokonało odpowiedniej weryfikacji ceny ofert w taki sposób, aby z jednej strony cena umożliwiała prawidłowe wykonanie zamówienia, zakładała zysk na rynkowym poziomie, a z drugiej strony dawała możliwość uzyskania zamówienia. Przystępujący podkreślił, że obniżenie ceny oferty na etapie aukcji elektronicznej jest naturalnym i powszechnym działaniem. Sam Odwołujący w innych postępowaniach wielokrotnie obniżał cenę swojej oferty w ramach aukcji elektronicznej o około 30%, stąd też niezrozumiałe są zarzuty stawiane Przystępującemu w tym kontekście. Cena pierwotnej oferty nie ma żadnego znaczenia dla ostatecznej ceny oferty zaproponowanej przez wykonawcę po aukcji elektronicznej. Nie obowiązują przepisy, które zabraniałyby obniżenia cen ofert poniżej pewnego poziomu pierwotnej ceny. Stąd też, Konsorcjum mogło swobodnie określić pierwotną cenę oferty i dopiero na etapie aukcji elektronicznej obniżyć ją do poziomu umożliwiającego uzyskanie zamówienia.

Przystępujący podkreślił, że Odwołujący nie przywołał żadnych argumentów, które mogłyby świadczyć, że cena oferty Przystępującego jest rażąco niska, nie zakwestionował żadnego elementu ceny oferty, który mógłby świadczyć o jej nierealności, nie przedstawił jakie koszty wykonania umowy miałyby być rzekomo zaniżone. W związku z tym stwierdził, że Odwołujący nie sprostął ciężarowi chociażby uprawdopodobnienia stawianego zarzutu.

Przystępujący zauważył ponadto, że Odwołujący nie przedstawił także żadnych dowodów na to, że rzekomo zaniżył koszty realizacji modernizacji elektrofiltrów bloków 4, 5 i

6. Stanowisko Odwołującego jest natomiast wynikiem błędnych założeń przyjętych przy formułowaniu zarzutu rażąco niskiej ceny. Biorąc zatem pod uwagę, że cena oferty Konsorcjum jest rynkowa ze względu na przyjęty sposób realizacji zamówienia wskazany w załączniku nr 5 do oferty, to zarzut popełnienia przez Przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji jest błędny.

W ocenie Przystępującego niezasadny jest również zarzut Odwołującego dotyczący niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Podkreślił, że Odwołujący nie wskazał żadnego postanowienia SIWZ, z którym oferta Przystępującego byłaby niezgodna.

Przystępujący odnosząc się kolejno, do zarzutów dotyczących niezgodności jego oferty z treścią SIWZ wskazał, że Odwołujący przyjął mylne założenie odnoszące się do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, bowiem wbrew wywodom Odwołującego nie przyjął identycznego zakresu prac do wykonania co Odwołujący. Zgodnie z załącznikiem nr 5 do oferty Konsorcjum przyjęło autorskie rozwiązanie wykonania poszczególnych elementów i systemów, co zostało opisane w punkcie 2 i 5 wspomnianego załącznika. Funkcjonujący na rynku wykonawcy wiedzą, że dysponuje on własną technologią odpylania spalin w elektrofiltrach, która znacząco różni się od tych oferowanych przez innych wykonawców. Ponadto lider Konsorcjum jest producentem najnowszej generacji wysokoczęstotliwościowych zespołów zasilających (znanych pod nazwą „SIR”), które gwarantują wysoką skuteczność odpylania. Te elementy są produkowane jedynie na potrzeby realizacji zadań wykonywanych przez spółkę GE Power i nie są dostępne dla innych uczestników rynku. Omawiane zespoły zasilające pozwalają na bardziej energooszczędne prowadzenie procesu odpylania, co pozwala na zagwarantowanie zmniejszonego zużycia energii elektrycznej w stosunku do tradycyjnych, oferowanych na rynku elektrofiltrów. GE Power ciągle prowadzi prace badawczo-rozwojowe, co pozwala na stałe podnoszenie jakości i niezawodności oferowanych produktów. Ponadto, dzięki unikalnemu systemowi sterowania Konsorcjum mogło zaoferować mniejsze, w porównaniu do oferowanych na rynku, elektrofiltry, przy zachowaniu wymaganej skuteczności odpylania poniżej 10 mg/Nm<sup>3</sup>. W konsekwencji zakres przyjętych do wykonania prac w ofercie Przystępującego i Odwołującego jest różny. Wskazał, że błędne założenie Odwołującego stanowi podstawę jego wyводу dotyczącego rzekomej niezgodności oferty z treścią SIWZ, stąd też wszystkie twierdzenia opierające się o nie są nieprawidłowe.

Przystępujący podkreślił, że Odwołujący niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ upatruje w ujawnionej części załącznika nr 5 — „Istniejący elektrofiltr”. Jednak opis istniejącego rozwiązania nie był wymagany przez Zamawiającego. Został on dołączony do oferty jedynie ze względu na wypracowane, wysokie standardy swoich ofert. Wyjaśnił, że rozdział „Istniejący elektrofiltr” nie jest tym co oferuje Konsorcjum w swojej ofercie. Opis ten jest dodatkowy, natomiast wszystkie elementy oferowanego świadczenia, w tym przede

wszystkim sposobów wykonania zamówienia znajdują się w utajnionych częściach załącznika nr 5. Zauważył, że nie można utożsamiać opisu istniejącego stanu faktycznego z oferowanym rozwiązaniem. Dopiero bowiem niezgodny z SIWZ zakres oferowanego świadczenia wynikający z oferty mógłby stanowić podstawę do stawiania zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ. Odwołujący jednak skupia się jedynie na rzekomych nieprawidłowościach w opisie „Istniejącego Elektrofiltru”, co zatem w żadnym wypadku nie może stanowić podstawy dla uznania, że oferta jest niezgodna z treścią SIWZ. Przystępujący stwierdził ponadto, że wbrew stanowisku Odwołującego wszystkie elementy wynikające z pkt. „Istniejący elektrofiltr” są zgodne z informacjami wynikającymi z SIWZ.

Przystępujący wyjaśnił ponadto, że zaoferowana gwarancja jest zgodna z oczekiwaniami Zamawiającego wynikającymi z projektu umowy. Wbrew jednak twierdzeniom Odwołującego, w pkt 8 tego załącznika Konsorcjum nie dokonało żadnej modyfikacji swojej odpowiedzialności z tytułu gwarancji. Informacja, że „wszystkie urządzenia będą odpowiadać europejskim normom technicznym” nie powoduje niezgodności z przywołanymi postanowieniami umowy i załącznikami do niej. Przede wszystkim bowiem Przystępujący jest związany oświadczeniem wynikającym z formularza oferty (pkt 7) o wykonaniu zamówienia zgodnie z SIWZ (w tym także zgodnie ze wzorem umowy). Nadto, normy europejskie posiadają swoje odpowiednie normy polskie, a zatem wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z normami europejskimi powoduje, że będzie on zgodny z normami polskimi. Jest to oczywiste ze względu na przynależność Polski do Unii Europejskiej. Obowiązkiem Przystępującego będzie uzyskanie deklaracji zgodności, jeśli takowe będą potrzebne. Przystępujący oświadczył także, że wbrew stanowisku Odwołującego nie wprowadził nowego pojęcia „Gwarancje materiałowe”. W związku z tym, używanie niezdefiniowanych pojęć przez Odwołującego ma jedynie na celu wprowadzenie Izby w błąd co do oferowanego przez Konsorcjum świadczenia.

W pismach procesowych z dnia 1 sierpnia 2019r. Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący zaprezentowali dalsze stanowiska w sprawie.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, dowody i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: GE Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Stal-Systems S.A. z siedzibą w Wólce Pełkińskiej, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Izba zważyła:**

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała wyłącznie w granicach zarzutów w nim zawartych. Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 u.z.n.k. oraz art. 96 ust. 3 Pzp w pierwszej kolejności obowiązkiem Izby było ustalenie, czy – jak wskazywał Przystępujący – zarzut ten jest zarzutem spóźnionym.

Wskazać należy, że Odwołujący pismem z dnia 4 lipca 2019r., zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przekazanie części jawnej oferty Przystępującego. W tym samym dniu Zamawiający przekazał Odwołującemu część jawną oferty, która obejmowała: Formularz „Oferta”, Pełnomocnictwa, Gwarancję Bankową i Gwarancję Ubezpieczeniową oraz Załącznik nr 4 – Zastrzeżenie niedostępności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum. W dniu 9 lipca 2019r. Zamawiający przekazał Odwołującemu kolejną część oferty Przystępującego, która wcześniej stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający dokonał odtajnienia części załącznika nr 5 do oferty Konsorcjum – oferta techniczna, tj. rozdziału 1, 2 i 3. Odwołujący wskazał, że w dniu 17 lipca 2019r. zwrócił się o odtajnienie całości oferty Przystępującego. W tym samym dniu, tj. 17 lipca 2019r. jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający poinformował Przystępującego o powyższym wniosku Odwołującego i zwrócił się o odtajnienie oferty. Natomiast w dniu 19 lipca 2019r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odmowie dokonania tej czynności powołując się na brak zgody Przystępującego.



Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, co do tego, że termin na wniesienie odwołania na czynność Zamawiającego w myśl art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp rozpoczynał bieg od chwili udostępnienia Odwołującemu jawnej części oferty Przystępującego tj. od dnia 4 lipca 2019 r. Izba bowiem ustaliła, że brak jest dowodu na to, że Odwołujący w tej dacie powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Nie przedstawiono dowodu na to, że Zamawiający w dniu 4 lipca 2019 r. zakończył weryfikację skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Przystępującego. Natomiast jak wynika z dokumentacji Zamawiający jeszcze po 4 lipca 2019 r., w związku z pismem Odwołującego badał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Przystępującego, czego efektem było przesłanie Odwołującemu w dniu 9 lipca 2019r. części załącznika nr 5, który wcześniej został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba w tym stanie faktycznym wzięła pod uwagę, że ustawodawca nie określił konkretnego momentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do którego Zamawiający powinien zakończyć tę weryfikację. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp ostatecznym momentem, od którego wszystkie dokumenty postępowania podlegają udostępnieniu jest moment wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienie postępowania. Tym samym zasadą jest, że o zaniechaniu Zamawiającego w dokonaniu weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa można w sposób pewny mówić od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. Wprawdzie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przewidziane są wyjątki od tej zasady, to jednak są one ujmowane w wyjątkowych sytuacjach i dopuszczalne w określonych stanach faktycznych. W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie można było ustalić, że Odwołujący przed datą wyboru oferty najkorzystniejszej powziął wiadomość o tym, że Zamawiający zakończył badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający o wyniku swojej czynności i fakcie jej zakończenia nie informował przed datą wyboru oferty najkorzystniejszej, a sam fakt udostępnienia części jawnej oferty nie przesądza jeszcze o tym, że Odwołujący miał wiedzę, że zakończono badanie skuteczności zastrzeżenia. W ocenie Izby z faktu udostępnienia części jawnej oferty Przystępującego można logicznie wyciągnąć jedynie taki wniosek, że jakąś część swojej oferty Przystępujący objął zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, ale nie jest już wnioskiem bezpośrednio wynikającym z udostępnienia części jawnej oferty wniosek, że zakończono badanie skuteczności zastrzeżenia. W ocenie Izby musiałyby istnieć dowód na to, że oświadczenie o zakończeniu badania dotarło do Odwołującego. W tym stanie faktycznym taka okoliczność nie miała miejsca i na podstawie powyższego Izba wywiodła, że nie ma podstaw do przyjęcia, że dopuszczalne jest zastosowanie wyjątku od zasady, że Zamawiający ma

prawo badać skuteczność zastrzeżenia, aż do wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji Izba oceniła, że zarzut nie jest spóźniony i zasługuje na rozpoznanie.

Przechodząc więc do merytorycznego rozpoznania powyższego zarzutu Izba stwierdziła, że zarzut ten jest bezzasadny.

Wskazać należy, że stosownie do art. 8 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zgodnie natomiast z art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa znajduje się w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Informacje techniczne to informacje odnoszące się do technicznego sposobu wykonywania prac, tj. opisują metody ich wykonania, informacje technologiczne, opisują sposoby i metody działania oraz proces technologiczny wykonania zamówienia; informacje handlowe dotyczą komercyjnej strony działalności przedsiębiorstwa (informacje o marżach, kosztach zakupu materiałów i urządzeń, kosztach pracy, prowizjach, zyskach, rabatach cenowych, upustach, kooperantach), natomiast informacje organizacyjne odnoszą się do zasad funkcjonowania przedsiębiorstwa, jako wewnętrznej struktury i organizacji pracy.

Aby wykazać skuteczność zastrzeżenia informacji wykonawca ma obowiązek wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k.:

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,

2. informacja w całości lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie jest powszechnie znana osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

3. uprawniony podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Skład orzekający analizując treść uzasadnienia zasadności objęcia informacji zawartych w załączniku nr 5 – Oferta techniczna tajemnicą przedsiębiorstwa uznał, że

Przystępujący wskazał na wszystkie elementy wymagane dla stwierdzenia, że zastrzeżone informacje posiadają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, jakie określa art. 11 ust. 2 u.z.n.k.

Przystępujący podał, że są to informacje techniczne, technologiczne, komercyjne które stanowią wynik wieloletnich doświadczeń, jego know-how zdobyte w związku z prowadzoną działalnością. Podkreślił, że zastrzeżone informacje przedstawiają autorskie rozwiązanie przez niego opracowane, a także koncepcje techniczne i organizacyjne. Informacje te posiadają dla Konsorcjum wysoką wartość gospodarczą, która pozwala mu konkurować na rynku z innymi podmiotami o podobnym profilu działalności. Ponadto wskazał, że informacje te nie były w całości wcześniej wykorzystane ani ujawnione do publicznej wiadomości. Informacje te są znane określonej grupie osób, tj. pracownikom bezpośrednio zaangażowanym w przygotowywanie dokumentów do postępowania, zobowiązanych do przestrzegania poufności. W ocenie składu orzekającego Przystępujący podjął działania w celu zachowania poufności informacji zawartych w załączniku nr 5 – Oferta techniczna. Co więcej zdaniem Izby, okoliczność, że Odwołujący jako podmiot konkurencyjny w dalszym ciągu nie ma wiedzy odnośnie parametrów technicznych stosowanej przez Przystępującego technologii i autorskich rozwiązań potwierdza, iż podmiot ten skutecznie chroni te informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa. Należy zatem uznać, iż skoro zastrzeżone informacje świadczą o zastosowanych technologiach, przyjętych rozwiązaniach oraz organizacji przedsiębiorstwa, które stanowią know-how przedsiębiorcy, to mają one wymierną wartość gospodarczą bowiem wpływają na wartość jego przedsiębiorstwa oraz jego pozycję rynkową.

Odwołujący zarzucał, że Przystępujący na okoliczność, że objęte tajemnicą przedsiębiorstwa informacje stanowią jego know-how i przedstawiają autorskie rozwiązanie nie przedłożył żadnego dowodu. W ocenie Izby takie stanowisko Odwołującego jest niezasadne. Złożenie dowodu wymagałoby od Przystępującego przedłożenia dowodów ujawniających stosowaną przez niego technologię, jego know-how z jednoczesnym wykazaniem, że te informacje powinny korzystać z ochrony. Ponadto skład orzekający podziela pogląd wyrażony w wyroku KIO 496/18, że „wykonawca dokonujący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest zobowiązany do przedkładania dowodów dla wykazania okoliczności posiadania charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa przez informacje, którym walor ten przypisuje. Wbrew twierdzeniom odwołującego nie sposób uznać, że wykonawca ma obowiązek przedłożenia dowodów, na co wskazuje literalne brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który nie stanowi o udowodnieniu, a jedynie wykazaniu i nie można nakładać na wykonawcę dalej idących obowiązków niż to wynika z treści przepisu (por. np. wyrok z dnia 12 czerwca 2017 r., KIO 1015/17).”.

Na ocenę zasadności zastrzeżenia nie wpływa również okoliczność, że uzasadnienie zastrzeżenia jest zwięzłe. Wskazać należy bowiem, że chociaż nie było rozbudowane, to, jak

ustalono powyżej, zawierało wymagane elementy i wbrew stanowisku Odwołującego nie można go uznać za lakoniczne. Należy zauważyć, że praktyka pokazuje, że rzeczywiście uzasadnienia zastrzeżenia zazwyczaj są dużo obszerniejsze - jednak w większości ich treść to przytoczenie przepisów i orzecznictwa Izby, sądów powszechnych i Sądu Najwyższego. Przystępujący sprowadził uzasadnienie do kluczowych elementów, nie sposób zatem uznać by było ono lakonicznie i blankietowe. Jak już wskazano powyżej, dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest niezbędne, jak wywodził Odwołujący, poparcie jej dowodami, a wystarczające jest odpowiednie jej wykazanie.

Powyższe okoliczności pozwalają na przyjęcie, że Przystępujący prawidłowo wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zaś Zamawiający nie miał podstaw, by zastrzeżenie uznać za nieskuteczne i udostępnić rzeczne informacje Odwołującemu.

Odnosząc się natomiast do stanowiska Odwołującego, że w podczas rozprawy Przystępujący ujawnił część tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie nazwy stosowanej technologii oraz planowanego zakresu modernizacji, to wskazać należy, że pomimo, iż Odwołujący posiada wiedzę o nazwie technologii będącej własnością Przystępującego, *nota bene* stosowanej przez Przystępującego od wielu lat, to nie mam on jednak informacji odnośnie jej parametrów technicznych umożliwiających np. zmniejszenie zużycia energii elektrycznej w procesie odpylania, których zastosowanie umożliwia Przystępującemu skuteczne konkutowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym Izba uznała zarzut Odwołującego dotyczący zaniechania odtajnienia załącznika nr 5 do oferty za niezasadny.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Wskazać należy, że zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki

godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Odnosząc się do powyższego zarzutu na wstępie przypomnieć należy, że na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izba stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Izba ustaliła, że Zamawiający na sfinansowanie przedmiotu zamówienia przeznaczył kwotę 166 050 000,00 zł, oferta Odwołującego po aukcji opiewała na kwotę 208 129 200,00 zł, natomiast Przystępującego na kwotę 210 141 500,00 zł.

Odwołujący wywodził, że w związku z:

- obniżeniem przez Przystępującego w czasie aukcji elektronicznej ceny oferty o 113 348 500 zł,

- obniżeniem ceny oferty za modernizację elektrofiltru bloku 4, 5 i 6 o ok. 50% - u Zamawiającego powinny powstać wątpliwości co do realności zaoferowanej ceny. Odwołujący wskazywał ponadto, że za zaoferowaną cenę nie da się dokonać modernizacji elektrofiltru poprzez wybudowanie nowego elektrofiltru.

Odnosząc się do powyższego, wskazać należy, że jak wskazywał Przystępujący, Odwołujący poczynił błędne założenie odnośnie sposobu modernizacji elektrofiltru, bowiem Przystępujący zaoferował modernizację poprzez rozbudowę elektrofiltru o dobudowanie czwartej strefy, a nie budowę nowego elektrofiltra. W konsekwencji wszelkie rozważania i związane z tym szacunki cenowe Odwołującego kwestionujące możliwość budowy nowego elektrofiltra za zaoferowaną cenę w niniejszym stanie faktycznym są bezprzedmiotowe i nie mogą stanowić potwierdzenia o nierealności zaoferowanej ceny.

Izba nie podzieliła ponadto tezy Odwołującego, że obowiązek wezwania do wyjaśnień wynikał również z faktu, że cena zaoferowana przez Przystępującego w toku aukcji elektronicznej w zakresie elektrofiltrow bloku 4, 5 i 6 były niższe o ok. 50% od sumy pierwotnie zaoferowanej. W ocenie Izby okoliczność, że wykonawca oferuje wyższą cenę a następnie obniża ją w czasie aukcji wynika ze strategii biznesowej każdego wykonawcy i nie może stanowić sama w sobie podstawy do wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Niezależnie jednak od tego, wskazać należy, że z przedłożonego przez Zamawiającego dowodu będącego potwierdzeniem dokonania przez Komisję Przetargową dwóch analiz zaoferowanych cen (przed aukcją i po aukcji) wynika, że Zamawiający badał w postępowaniu czy zachodzi podejrzenie realności ceny mają wiedzę odnośnie granicy i zakresu dostaw, a także technologii, w której ma się odbyć modernizacja.

Reasumując, Izba uznała, że Odwołujący nie był w stanie wykazać, że oferta Przystępującego budzi na tyle istotne wątpliwości, że Zamawiający powinien wezwać go do złożenia odpowiednich wyjaśnień. Odwołujący nie przedstawił bowiem żadnego dowodu, że za zaoferowaną przez Przystępującego cenę nie da się zrealizować zamówienia. Dowodem takim nie są bowiem ceny oferowane przez Przystępującego w innych postępowaniach, bowiem zakresy i oczekiwania Zamawiającego w każdym postępowaniu są inne, różne jest także kalkulacja ceny oferty. W tej sytuacji Izba uznała, że odwołanie w tej części nie zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji stwierdzenia, że Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący zaniżył koszty realizacji modernizacji elektrofiltrow 4, 5 i 6 oraz uznania, że obniżenie cen podczas aukcji stanowi efekt prowadzonej przez wykonawców strategii biznesowej i doświadczenie pokazuje, że wykonawcy – na co zwracał uwagę Zamawiający – obniżają ceny ofert o znacznie wyższe kwoty, skład orzekający uznał, że oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, bowiem postępowania Przystępującego nie można zakwalifikować jako naruszającego zasady uczciwej konkurencji. W konsekwencji Izba orzekła o oddaleniu powyższego zarzutu.

Przechodząc kolejno do rozpoznania zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp na ponownie przypomnieć należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter skargowy - wyrazem zakresu skargowości jest generalny zakaz, o charakterze absolutnym, orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą co do zarzutów nie zawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp).

Ponadto podkreślić należy, że dla uznania oferty za niezgodną z SIWZ i odrzucenia jej na podstawie powyższego przepisu konieczne jest wykazanie ponad wszelką wątpliwość, że oferowany przedmiot nie odpowiada treści SIWZ. Nie jest w takim wypadku wystarczające

zasianie wątpliwości co do cech przedmiotu, czy też jego zgodności z SIWZ. Konieczne jest także podstawienie treści oferty, jej merytorycznej zawartości z odpowiednim wymaganiem postawionym w SIWZ.

Nie sposób bowiem tracić z pola widzenia kwestii, czym jest oferta składana w postępowaniu o zamówienie publiczne. Oferta stanowi oświadczenie woli spełnienia określonego świadczenia w przyszłości. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść SIWZ to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom Zamawiającego. Ich porównanie (opisu wymagań Zamawiającego stawianych wobec przedmiotu zamówienia do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz wymagania Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Podkreślić należy także uwzględniając sposób sformułowania zarzutów odwołania, że Izba na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie rozstrzyga czy oferowane przez wykonawcę rozwiązanie jest zgodne ze „stanem faktycznym”, jak zarzucał Odwołujący, tylko czy treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ.

W analizowanym postępowaniu Zamawiający w punkcie 7.5.2. SIWZ Część II wskazał, że wykonawcy wraz z ofertą zobowiązani są przedłożyć ogólny opis technologiczny proponowanego rozwiązania z podaniem danych dotyczących granicy i zakresu dostawy, interfejsy z pozostałymi układami, rysunek proponowanego ogólnego planu wraz z kanałami, głównymi rurociągami, konstrukcją, wstępny harmonogram realizacji prac oraz wypełniony kwestionariusz bezpieczeństwa. Zamawiający tylko na podstawie tych dokumentów oceniał czy zaproponowane przez wykonawców rozwiązania technologiczne zapewniają realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z założeniami specyfikacji.

Odwołujący natomiast zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty z SIWZ opierał na złożonym przez Odwołującego Opisie stanu istniejącego, który nie był przez Zamawiającego wymagany, a został przez Przystępującego sporządzony w oparciu o załącznik nr 4 do II części SIWZ. Dane zawarte w tym opisie nie mogły więc podlegać badaniu przez Zamawiającego w zakresie oferowanego przez Przystępującego świadczenia, a tym bardziej Zamawiający na

podstawie informacji zawartych w tym dokumencie nie mógł dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wszelkie informacje tam zawarte, a kwestionowane przez Odwołującego jako niezgodne z SIWZ nie były potwierdzeniem tego, że powyższe znalazło się w ofercie technicznej Przystępującego. Jak już wyżej wskazano opis ten był opisem dodatkowym, a wszelkie elementy oferowanego świadczenia znajdowały się w objętym tajemnicą przedsiębiorstwa częściach załącznika nr 5.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że Odwołujący w odwołaniu nie wskazał żadnego postanowienia specyfikacji, z którym oferta jest niezgodna, nie przywołał również żadnego postanowienia treści oferty które niezgodne byłoby z treścią Specyfikacji. Odwołujący nie przedstawił także żadnego dowodu podważającego stanowisko Zamawiającego i Przystępującego o zgodności oferty Konsorcjum z SIWZ. Nie zdołał wykazać, że parametry techniczne zastosowane przez Odwołującego są nieprawidłowe, uniemożliwiające Przystępującemu osiągnięcie wymaganego przez Zamawiającego poziomu emisji spalin.

Skład orzekający nie stwierdził ponadto, aby posłużenie się przez Przystępującego pojęciem gwarancji materiałowej oznaczało dążenie do ograniczenia jego odpowiedzialności gwarancyjnej, a Odwołujący poza gołosłownym sformułowaniem zarzutu, na powyższą okoliczność nie przedstawił żadnego dowodu. Izba za przekonywujące uznała oświadczenie Przystępującego, że wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z normami europejskimi powoduje, że będzie on zgodny z polskimi normami. Odwołujący natomiast, pomimo ciężącego na nim obowiązku nie wykazał, że stanowisko Przystępującego w tym zakresie jest nieprawidłowe i że dostarczone przez niego urządzenia nie będą posiadały Deklaracji Zgodności z obowiązującymi normami.

Odnosząc się natomiast do podnoszonych przez Odwołującego w piśmie procesowym z dnia 1 sierpnia 2019r. dodatkowych argumentów dotyczących realności ceny oraz zgodności treści oferty z SIWZ w tym z punktem 3.9.6. Części II SIWZ to Izba uznała je spóźnione i w konsekwencji nie podlegające rozpoznaniu.

Z uwagi na niezasadność zarzutów wskazanych w punktach 1-4 odwołania, na uwzględnienie nie zasługiwały także zarzuty dotyczące naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 2 pkt 5 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 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 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.



Przewodniczący: .....