

Sygn. akt: KIO 859/16  
KIO 864/16

**WYROK**  
**z dnia 13 czerwca 2015 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**  
**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 7 czerwca 2015 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 20 maja 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Polimex Energetyka sp. z o.o., Doosan Lentjes GmbH, Al. Jana Pawła II 12, 00 – 124 Warszawa**
- B. w dniu 20 maja 2016 r. przez wykonawcę **GE Power sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00 – 124 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97 – 400 Bełchatów**

przy udziale:

- A. wykonawcy **RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 859/16 oraz KIO 864/16 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Polimex Energetyka sp. z o.o., Doosan Lentjes GmbH, ul. Jana Pawła II 12, 00 – 124 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 864/16 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1.

- A) **Uwzględnia odwołanie** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Polimex Energetyka sp. z o.o., Doosan Lentjes GmbH, Al. Jana Pawła II 12, 00 – 124 Warszawa (sygn. akt KIO 859/16)** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty Rafako S.A.

**B) Uwzględnia odwołanie wykonawcy GE Power sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00 – 124 Warszawa (sygn. akt KIO 864/16) i nakazuje zamawiającemu dokonanie czynności ujawnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie przystępującego Polimex Energetyka sp. z o.o., Doosan Lentjes GmbH załączników nr 2;3;4 i 8.**

2. kosztami postępowania obciąża **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97 – 400 Bełchatów** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Polimex Energetyka sp. z o.o., Doosan Lentjes GmbH, Al. Jana Pawła II 12, 00 – 124 Warszawa oraz wykonawcy GE Power sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00 – 124 Warszawa (sygn. akt KIO 864/16)**, tytułem wpisów od odwołań,

2.3. zasądza od **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97 – 400 Bełchatów** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Polimex Energetyka sp. z o.o., Doosan Lentjes GmbH, Al. Jana Pawła II 12, 00 – 124 Warszawa ( sygn. akt KIO 859/16)** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

2.4. zasądza od **PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97 – 400 Bełchatów** na rzecz wykonawcy **GE Power sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00 – 124 Warszawa (sygn. akt KIO 864/16)**, kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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 (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Piotrkowie Trybunalskim.

**Przewodniczący:** .....

Sygn. akt KIO 859/16

Sygn. akt KIO 864/16

## UZASADNIENIE

PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A., ul. Węglowa 5, 97 – 400 Bełchatów, dalej zwany także „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa instalacji odsiarczania spalin metodą pól suchą wraz z instalacją dystrybucji popiołu suchego dla dwóch kotłów Benson OP-206” (nr ref. GEK/PMR-ELD/07286/2015/PMR7/0561). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. U UE pod nr 2015/S 100-183293 z dnia 27.05.2015.

Obecnie postępowanie znajduje się na etapie przeprowadzania aukcji elektronicznej. Zamawiający po ocenie i badaniu ofert pismem z dnia 10 maja 2016 r. zaprosił do udziału w aukcji wykonawców GE Power Sp z o.o., Rafako oraz Konsorcjum: Polimex Energetyka sp. z o.o., Doosan Lentjes GmbH. Powyższa czynność Zamawiającego oznacza iż oferty co najmniej trzech wykonawców zostały ocenione jako niepodlegające odrzuceniu. W Postępowaniu zostały złożone cztery oferty, tj. oferta Konsorcjum: Polimex Energetyka sp. z o.o., Doosan Lentjes GmbH, GE Power Sp z o.o., Rafako oraz Konsorcjum Mostostal Zabrze SA, STX Heavy Industry oraz Deawoo International Corporation (dalej: „Konsorcjum Mostostal”). Jednakże oferta Konsorcjum Mostostal została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a wykonawcy ten nie odwołał się od takiej czynności Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe czynności Zamawiającego dwaj z wykonawców tj. Konsorcjum: Polimex Energetyka sp. z o.o., Doosan Lentjes GmbH oraz GE Power Sp z o.o., dalej zwani także „Odwołującym” w dniu 20 maja 2016 roku wnieśli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołanie wykonawców **Konsorcjum: Polimex Energetyka sp. z o.o., Doosan Lentjes GmbH, Al. Jana Pawła II 12, 00 – 124 Warszawa sygn. akt KIO 859/16**

We wniesionym odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Rafako, pomimo iż jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp), w szczególności z uwagi na błędne obliczenie i zaoferowanie Gwarantowanych Parametrów Technicznych grupy B (zużycia sorbentu, energii elektrycznej i wody technologicznej) niezgodnie z SIWZ,

2. zaniechanie odrzucenia oferty Rafako, pomimo iż jest niezgodna z SIWZ, przepisami Pzp i prawa unijnego z uwagi na zaoferowanie rażąco niskich kosztów eksploatacji i rażąco zaniżonych poziomów zużycia sorbentu, energii elektrycznej oraz wody technologicznej (art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp), a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp);
3. zaniechanie wykluczenia Rafako z Postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, mimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik Postępowania, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i art. 24 ust. 4 Pzp;
4. zaakceptowanie wyjaśnień Rafako i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo iż zaoferowane przez niego poziomy zużycia sorbentu, energii elektrycznej oraz wody technologicznej przy założeniu zgodności z założeniami projektowymi IOS wymaganymi w SIWZ, są sprzeczne z podstawowymi zasadami chemii i fizyki, a przez to obiektywnie niemożliwe do dotrzymania, co spowodowałoby zawarcie z Rafako umowy o świadczenie niemożliwe i nieważność takiej umowy (art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego (dalej: „KC”) i art. 58 § 1-2 KC oraz art. 354 § 1 KC);
5. naruszenie zasad procedury wyjaśnienia treści oferty Rafako S.A. (dalej: „Rafako”), w szczególności poprzez nie wzięcie pod uwagę przy ocenie oferty Rafako istotnej części merytorycznej oferty tego wykonawcy, co stanowi niedopuszczalną zmianę treści oferty Rafako po otwarciu ofert (art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 Pzp), zaproszenie trzech wykonawców (w tym Rafako) do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo iż oferta Rafako podlega odrzuceniu, przez co w Postępowaniu nie złożono co najmniej trzech ofert niepodlegających odrzuceniu co stanowi naruszenie art. 91 a ust. 1 Pzp i art. 91 b ust. 1 Pzp w zw. z art. 134 ust. 4 Pzp;
6. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom oraz zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie art 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, art. 24 ust. 4 Pzp, art. 82 ust. 1 i 3 Pzp, art. 83 ust. 1 Pzp, art. 87 ust. 1 i 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, art. 91 ust. 1 Pzp, art. 91 a ust. 1 Pzp, art. 91 b ust. 1 Pzp, art. 134 ust. 4 Pzp, art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pz w zw. z art. 387 § 1 KC i art. 58 § 1-2 KC oraz art. 354 § 1 KC, art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a także art. 84 dyrektywy 2014/25/UE oraz art. 57 dyrektywy 2004/17/WE.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej,
- dokonania ponownego badania i oceny oferty Rafako i jej odrzucenie a także wykluczenie tego wykonawcy z Postępowania.

W zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego bezprawnego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Rafako mimo jej niezgodności z treścią SIWZ, Odwołujący podniósł, że w Postępowaniu, jako jedno z kryteriów oceny ofert Zamawiający przewidział koszty eksploatacji (waga kryterium - 27 %) - Rozdział X Kryteria Oceny Ofert pkt 1 SIWZ.

Koszty eksploatacji (gwarantowane przez wykonawców w jednostce zł/h w pkt 4 formularza ofertowego), to - zgodnie z rozdziałem X SIWZ - suma kosztów eksploatacji IOS oraz kosztów eksploatacji Instalacji dystrybucji popiołu ( $KE=K_{IOS}+K_{dp}$ ). Ponadto Zamawiający przewidział w SIWZ do oceny ofert stały koszt jednostkowy sorbentu (430 zł/Mg), stały koszt jednostkowy energii elektrycznej (180 zł/MWh) oraz stały koszt jednostkowy wody technologicznej (1,50 zł/m<sup>3</sup>) - (rozd. X, str. 9 SIWZ oraz pkt 4 formularza ofertowego).

W ramach przedmiotowego kryterium oceny ofert w powyższym zakresie wykonawcy konkurowali zatem deklarowanym poziomem gwarantowanego zużycia energii elektrycznej, gwarantowanego zużycia sorbentu oraz gwarantowanego zużycia wody (dla IOS).

Zamawiający opisał w SIWZ parametry i założenia projektowe mające znaczenie i bezpośredni wpływ na sposób ustalania i zakres Gwarantowanych Parametrów Technicznych grupy B. Te parametry i założenia projektowe dotyczą przede wszystkim ilości spalin surowych na wlocie do instalacji, które należy odsiarczyć, ich rodzaju i poziomu obecnych w nich zanieczyszczeń. Celem IOS jest bowiem odsiarczanie spalin, zatem ilość i stopień zanieczyszczenia spalin, która ma być odsiarczona, ma bezpośredni wpływ na zużycie sorbentu i mediów, które stanowią Gwarantowane Parametry Techniczne grupy B.

Parametry i założenia projektowe stanowiące bazę dla określenia przez wykonawców poziomów zużycia mediów i sorbentu mają kluczowe znaczenie dla prawidłowości przeprowadzenia Postępowania, gdyż decydują o porównywalności ofert. Założenia projektowe powinny być pewne i jednolite dla wszystkich oferentów. Przyjęcie różnych danych dla oszacowania poziomów zużycia, którymi wykonawcy konkurują i które mają bezpośredni wpływ na zaoferowane kryteria oceny ofert, oznaczałoby brak możliwości porównania ofert ze sobą.

Przykładowo, przyjęcie zbyt małej ilości spalin (mniejszej niż przewidziana w SIWZ - jak to zrobił wykonawca Rafako) doprowadzi w efekcie do zaoferowania niższego zużycia energii elektrycznej i wody, a przede wszystkim sorbentu (materiał wykorzystywany do odsiarczania spalin - w tym Postępowaniu sorbentem jest wapno). To z kolei - przy stałym

koszcie jednostkowym mediów i sorbentu wskazanym w SIWZ - doprowadzi do przyjęcia zaniżonych kosztów eksploatacji IOS. Taka sytuacja jest niedopuszczalna na gruncie Pzp. Stwierdził, że wykonawca Rafako w sposób rażący naruszył postanowienia SIWZ w powyższym zakresie, czyniąc swoją ofertę tym samym niezgodną z SIWZ, nieporównywalną oraz nieważną. Do przygotowania Załącznika nr 2 do oferty Rafako i jednocześnie obliczeń kosztów i parametrów gwarantowanych przyjęto bowiem inne założenia niż wymagane przez Zamawiającego, co bezpośrednio wynika z tabeli dodanej na końcu Załącznika nr 2 do oferty Rafako pt. "Parametry spalin do IOS" wraz z UWAGA „Zużycia podano dla następującego punktu pracy IOS”.

Porównanie wymaganych przez Zamawiającego założeń/parametrów spalin dla IOS oraz parametrów przyjętych przez Rafako odzwierciedla poniższa tabelka:

Parametry spalin na wlocie do IOS	Założenia projektowe przyjęte przez Rafako	Założenia projektowe wymagane przez SIWZ do gwarancji i kosztów
Przepływ objętościowy* <sup>1)</sup>	220 000 Nm <sup>3</sup> /h	270 000 Nm <sup>3</sup> /h
H <sub>2</sub> O * <sup>2)</sup>	6,5% obj.	5-10% obj.
O <sub>2</sub> * <sup>3)</sup>	7,0% obj., spaliny suche	6,0% obj., spaliny suche
SO <sub>2</sub> * <sup>4)</sup>	2350 mg/Nm <sup>3</sup> , spaliny suche dla 6% O <sub>2</sub>	3200 mg/Nm <sup>3</sup> , spaliny suche dla 6% O <sub>2</sub>
HCl * <sup>5)</sup>	370 mg/Nm <sup>3</sup> , spaliny suche dla 6% O <sub>2</sub>	550 mg/Nm <sup>3</sup> , spaliny suche dla 6% O <sub>2</sub>

Odnosząc się do zestawienia danych w powyższej tabeli stwierdził, że wykonawca Rafako przyjął całkowicie inne parametry spalin niż wymagane w SIWZ - jak wynika z ostatniej kolumny w tabeli „Parametry spalin do IOS” w ofercie Rafako, nieprawidłowe założenia przyjęto zarówno do obliczania „kosztów” jak i do „gwarancji”.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego nieprawidłowego postępowania wyjaśniającego wobec oferty Rafako podał iż wadliwość oferty Rafako sporządzonej według danych z ww. tabeli dostrzegł także Zamawiający, który w dniu 1 kwietnia 2016 r., zwrócił się do Rafako „o potwierdzenie, że Wykonawca uwzględnił wyżej wymienione warunki określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 2 do Projektu Umowy, w wielkościach gwarantowanych parametrów technicznych zużycia sorbentu, wody i energii elektrycznej a w szczególności, że podane wielkości Gwarantowanych Parametrów Technicznych grupy B w zakresie zużycia sorbentu, energii elektrycznej i wody technologicznej będą dotrzymane w całym zakresie obciążeń kotłów i współpracujących z IOS i dla wszystkich przewidzianych do spalania paliw o parametrach mieszczących się w zakresach wartości określonych w załączniku nr IB do PFU”.

Wykonawca Rafako pismem z dnia 11 kwietnia 2016 r. odpowiadając na pismo Zamawiającego podał iż tabelka umieszczona w Załączniku nr 2 do oferty Wykonawcy *„znalazła się tam wskutek niedopatrzenia osoby sporządzającej naszą ofertę i nie powinna być brana pod uwagę w trakcie jej analizy przez Zamawiającego”*

Przyjęcie i akceptacja „wyjaśnień” Rafako jest niedopuszczalna na gruncie Pzp. Nie można bowiem zlekceważyć i uznać za nieistniejącą istotnej części oferty tego wykonawcy w postaci tabeli z 15 różnymi parametrami spalin, z której wyraźnie wynika, iż stanowiły podstawę do obliczenia Gwarantowanych Parametrów Technicznych grupy B oraz kosztów. Tak istotna zmiana oferty Rafako jest niedopuszczalna i wykracza nie tylko poza dyspozycje art. 87 ust. 1 Pzp lecz także art. 87 ust. 2 Pzp (ten drugi przepis nie został zastosowany w Postępowaniu). Modyfikacja w tym zakresie jest sprzeczna z wyraźnym oświadczeniem woli wykonawcy, który działa jako profesjonalista (art. 355 § 2 KC), odpowiedzialny za konsekwencję swoich działań. Przyjęcie innej interpretacji oznaczałoby, że w ten sposób można by poprawić wszelkie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, w tym tak istotne jak kryteria oceny ofert i założenia do ich obliczenia.

W kolejnym zarzucie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieodrzućenie oferty Rafako w sytuacji kiedy nastąpiło rażące zaniżenie kosztów eksploatacji oraz rażące zaniżenie poziomu zużycia mediów i sorbentu. W tym zakresie stwierdził iż wady oferty Rafako w zakresie Gwarantowanych Paramentów Technicznych grupy B miały bezpośrednie przełożenie na zaoferowane koszty eksploatacji, czyniąc je nieprawdziwymi, rażąco niskimi, za które wykonawca bezpodstawnie uzyskał określoną - zawyżoną - ilość punktów, doprowadzając do naruszenia uczciwej konkurencji. Przyjęcie mniejszej od wymaganej ilości spalin do przetworzenia (oczyszczenia) a także innej zawartości zanieczyszczeń w spalinach, w konsekwencji spowoduje sztuczne zaniżenie zużycia mediów i sorbentu, a dalej zaniżenie kosztów eksploatacji.

Stwierdził także iż twierdzenie Rafako, że dotrzyma zaoferowane Parametry Techniczne grupy B w całym zakresie obciążeń kotłów współpracujących z IOS i dla wszystkich parametrów z SIWZ (wyjaśnienie Rafako z 11.4.2016 r.) jest nieprawdziwe i potwierdza zaoferowanie rażąco niskich zużycia i kosztów eksploatacji IOS (które nie będą mogły być dotrzymane), skutkując obowiązkiem odrzucenia tej oferty. Wbrew twierdzeniom Rafako, literalna treść oferty Rafako potwierdza, że do obliczenia zużycia mediów i sorbentu przyjęto parametry spalin podane w dodatkowej tabeli. Niemożliwym jest aby wykonawca Rafako oparł wartości zaoferowane w Tabeli nr 2 na rzeczywistych założeniach projektowych wymaganych w SIWZ a nie na własnych - nieprawidłowych - założeniach wskazanych w dodatkowej tabeli w Załączniku nr 2 do oferty. Taka kalkulacja jest obiektywnie nieosiągalna i musiałaby być oparta na reakcjach chemicznych nie występujących w naturze. W związku z tym, zdaniem Odwołującego należy uznać, iż wykonawca Rafako złożył nieprawdzie

informacje w Tabeli nr 2 oraz co do kosztów eksploatacji, a ponadto wskazując w wyjaśnieniach, iż *"przedstawione w naszej ofercie Gwarantowane Parametry Techniczne grupy B w zakresie zużycia sorbentu, energii elektrycznej oraz wody technologicznej, będą dotrzymane w całym zakresie obciążeń kotłów współpracujących z IOS i dla wszystkich przewidzianych do spalania paliw o parametrach mieszczących się w zakresie wskazanym w dokumentacji przetargowej, w związku z czym Rafako S.A. uwzględniło wszelkie warunki określone w SIWZ dla obliczenia wartości tych parametrów.* Tym samym Rafako wprowadziło Zamawiającego w błąd zarówno co do poziomów zużycia (tj. w zakresie pozycji określonych w Tabeli nr 2), jak i w konsekwencji w zakresie kosztów eksploatacji. Informacje te miały decydujący wpływ na zaproszenie Rafako do aukcji elektronicznej i nieodrzuconie jego oferty, a zatem mogą mieć wpływ także na wynik Postępowania.

Odwołujący również zarzucił Zamawiającemu, że niezasadnie zaakceptował wyjaśnienia Rafako w których wykonawca ten próbuje przekonać, iż poziomy zużycia wskazane w Tabeli nr 2 uwzględniają wszelkie warunki SIWZ. Nawet gdyby przyjąć tę argumentację to oznaczałoby to, że Rafako zaoferowało świadczenie niemożliwe i z tego powodu jego oferta jest nieważna na podstawie art. 14 Pzp i art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 387 § 1 KC i art. 58 § 1-2 KC oraz art. 354 § 1 KC. Niemożliwość świadczenia to tzw. niemożliwość obiektywna - świadczenie jest niewykonalne jeżeli nie jest w stanie spełnić go ani dłużnik, ani nikt inny, a taka ocena uzasadniona jest ograniczeniami wynikającymi z praw natury oraz stanu wiedzy i techniki (tak też Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 27 maja 1992 r., I ACr 162/92, OSA 1992, Nr 12, poz. 90, a także wyroku KIO z dnia 19 marca 2014 r. KIO 444/14). Sytuacja taka ma miejsce w analizowanej sprawie, ponieważ osiągnięcie zaoferowanych przez Rafako w Tabeli nr 2 poziomów zużycia sorbentu przy założeniach projektowych wynikających z SIWZ (a wskazanych powyżej), jest obiektywnie niemożliwe jako sprzeczne z podstawowymi zasadami chemii i fizyki.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołanie i stwierdził, że w postępowaniu nie zachodziły podstawy do odrzucenia oferty Rafako S.A., ani też wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu, dlatego też obowiązkiem Zamawiającego było zaproszenie Rafako S.A. (obok dwóch pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu) do udziału w aukcji elektronicznej. Nadto Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, jakoby oferta Rafako S.A była niezgodna z SIWZ, z uwagi na przyjęcie w ofercie Rafako rzekomo innych niż wymagane w SIWZ założeń do obliczeń kosztów i parametrów gwarantowanych.

Jak wskazuje w odwołaniu sam Odwołujący, w punkcie 1.2. Załącznika nr 2 do Umowy (Gwarantowane Parametry Techniczne), Zamawiający wskazał, iż „Wartości Gwarantowanych Parametrów Technicznych będą dotrzymane w całym zakresie obciążeń kotłów współpracujących z IOS i Instalacjami dystrybucji popiołu.”



Nadto na stronie 35 oferty Rafako S.A., Wykonawca ten oświadczył, że „Instalacja zapewni dotrzymanie limitów emisji i pozostałych parametrów technicznych określonych w Załączniku nr 2 do Umowy, zgodnie z wymaganiami od 53% WMT do WMT. Instalacja będzie współpracowała z kotłem w różnych stanach ruchowych”. Załącznik nr 2 do Umowy zawiera oferowane przez Wykonawcę Gwarantowane Parametry Techniczne, jak również wymagane przez Zamawiającego warunki dotrzymania tychże Gwarantowanych Parametrów Technicznych.

Wykonawca oświadczał zatem w treści oferty, że Gwarantowane Parametry Techniczne wskazane przez niego w ofercie (w tym w Załączniku nr 2 do oferty) będą spełnione dla warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Wykonawca potwierdzał to również na stronie 35 swojej oferty, gdzie oświadczył, że wszystkie rozwiązania techniczne przedstawione w jego ofercie są zgodne z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Z tego też względu nie można zasadnie twierdzić, jakoby Wykonawca Rafako S.A., w złożonej przez siebie ofercie nie oświadczał, iż oferowana przez niego Instalacja, jest Instalacją spełniającą wymogi określone przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający odnotował, że w załączniku nr 2 do oferty znajdowała się dodatkowa, niewymagana przez SIWZ tabelka, której cel zamieszczenia i sens nie był jasny. Zamawiający nie mógł uznać za podlegającą odrzuceniu jako nieodpowiadającą treści SIWZ ofertę tylko z tego powodu, że Wykonawca zawarł w niej dodatkowe informacje, niewymagane przez zapisy SIWZ.

Celem wyjaśnienia tej kwestii, Zamawiający - zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy PZP - wystąpił zatem do Wykonawcy Rafako S.A. z pytaniem, czy przedstawione w jego ofercie Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy B w zakresie zużycia sorbentu, energii elektrycznej i wody technologicznej będą dotrzymane w całym zakresie obciążeń kotłów współpracujących z IOS i dla wszystkich przewidzianych do spalania paliw o parametrach mieszczących się w zakresach wartości określonych w załączniku 1 B do PFU.

W odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, Wykonawca Rafako w piśmie z dnia 11 kwietnia 2016r. jednoznacznie oświadczył, że przedstawione w jego ofercie „Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy B w zakresie zużycia sorbentu energii elektrycznej oraz wody technologicznej będą dotrzymane w całym zakresie obciążeń kotłów współpracujących z IOS i dla wszystkich przewidzianych do spalania paliw o parametrach mieszczących się w zakresie wskazanym w dokumentacji przetargowej, w związku z czym Rafako S.A. uwzględniło wszelkie warunki określone w SIWZ dla obliczenia wartości tych parametrów”.

Odnosząc się do kwestii tabelki zamieszczonej w załączniku nr 2 do oferty, Wykonawca Rafako wskazał, że znalazła się ona „na skutek niedopatrzenia” osoby sporządzającej ofertę i nie powinna być brana pod uwagę w trakcie jej analizy przez

Zamawiającego, a nadto że wszelkie kwestie odnośnie parametrów technicznych wskazane w ofercie Rafako pozostają niezmiennie i wiążące. Z powyższego wynika, że Wykonawca potwierdził, że dla obliczenia Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy uwzględnił wszelkie warunki określone w SIWZ. Odnośnie zaś informacji z tabelki w załączniku nr 2 do ofert, to brak było podstaw do uznania, iż jej treść pozostawała w sprzeczności z wyjaśnieniami tego Wykonawcy lub też z całością złożonej przez niego oferty. Z analizy przeprowadzonej przez Zamawiającego wynika przy tym, że podawane przez Wykonawcę Rafako parametry są możliwe do uzyskania w warunkach pracy IOS i w zakresach określonych w SIWZ.

Stwierdził, że w świetle powyższego brak jest podstaw do twierdzenia, że na skutek udzielenia wyjaśnień przez Rafako Zamawiającemu, doszło do zmiany treści oferty tego Wykonawcy. Jednocześnie wobec uznania, iż zamieszczona adnotacja, nie powodowała niezgodności oferty z SIWZ, jej zamieszczenie nie mogło być kwalifikowane jako omyłka prowadząca do niezgodności oferty z SIWZ w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP i tym samym nie dawało podstaw do zastosowania normy tego przepisu. Poprawność oferty Rafako w zakresie Gwarantowanych Parametrów Technicznych grupy B czyni niezasadnymi twierdzenia Odwołującego kwestionujące prawidłowość wyliczenia kosztów eksploatacji i uznające je za zaniżone. Koszty te były wyliczane na podstawie wzorów podanych w SIWZ, do których należało podstawić wartości podanych gwarantowanych parametrów oraz koszty jednostkowe podane w SIWZ przez Zamawiającego (Rozdział X SIWZ). Prawidłowość wyliczeń kosztów eksploatacji podanych w ofercie Rafako została zresztą przez Zamawiającego zweryfikowana, w związku z czym brak jest podstaw do kwestionowania ich wyliczenia.

Stwierdził także iż brak jest także podstaw do przyjęcia, że w ofercie RAFAKO S.A. zaoferowano rażąco niskie koszty eksploatacji i rażąco zaniżone poziomy zużycia sorbentu, energii elektrycznej oraz wody technologicznej. Wskazane różnice w kosztach eksploatacji nie są wysokie, a pewne dysproporcje są naturalne i mogą wynikać z zastosowania przez wykonawców różnych rozwiązań technologicznych oraz np. różnych kalkulacji ryzyka. Należy zresztą wskazać, że koszty eksploatacji wskazane w ofercie GE Power sp. z o.o. są wyższe od kosztów eksploatacji podanych przez RAFAKO S.A. o 9,9 %, a zarazem niższe o 28 % od kosztów eksploatacji podanych w ofercie Odwołującego i bynajmniej Odwołujący wartości kosztów z oferty GE Power sp. z o.o. nie kwestionuje.

Za nieuzasadnione uznać należało także uznać zarzut zaniechania wykluczenia Rafako z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą z uwagi na złożenie przez Rafako S.A. rzekomo nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, co miałyby stanowić naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i art. 24 ust. 4 Pzp.

Uzasadniając powyższy zarzut, Odwołujący podnosił, że Wykonawca Rafako twierdząc, iż dotrzyma zaoferowane Parametry Techniczne grupy B w całym zakresie obciążeń kotłów współpracujących z IOS i dla wszystkich parametrów z SIWZ (wyjaśnienie Rafako z 11.4.2016 r.) złożyło nieprawdziwe oświadczenie, czym wprowadził Zamawiającego w błąd zarówno co do poziomów zużycia w zakresie pozycji określonych w tabeli nr 2 załącznika nr 2 Oferty jak i w konsekwencji w zakresie kosztów eksploatacji.

Odnosząc się do zarzutu jakoby wykonawca Rafako nie oparł wartości zaoferowanych w Tabeli nr 2 na rzeczywistych założeniach projektowych wymaganych w SIWZ, stwierdził, że Odwołujący nie wskazuje z jakimi prawami chemii i fizyki miałyby być sprzeczne twierdzenie Rafako o możliwości osiągnięcia zaoferowanych przez tę firmę poziomów zużycia sorbentu przy założeniach projektowych wynikających z SIWZ. Nadto, w toku badania ofert złożonych w niniejszym postępowaniu Zamawiający analizował realność osiągnięcia gwarantowanych parametrów technicznych podawanych przez wykonawców w ofertach, czego dowodnym potwierdzeniem było odrzucenie na tej podstawie oferty Konsorcjum Mostostal Zabrze S.A., STX Heavy Industries Co. Ltd, Daewoo International Corporation.

W świetle powyższych okoliczności nie sposób było również zdaniem Zamawiającego zgodzić się z zarzutem Odwołującego, jakoby złożenie oferty Rafako wiązało się z zaoferowaniem przez ten podmiot świadczenia niemożliwego czy też by stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp). Także wobec niepotwierdzenia się zarzutów o rzekomo niezgodnym z prawem zaniechaniu odrzucenia oferty Rafako, za niezasadny uznać należało również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91a ust. 1 i 91b ust. 1 w zw. z art. 134 ust. 4 ustawy PZP. Zamawiający nie mając podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum (czy też jego wykluczenia), w związku ze złożeniem w niniejszym postępowaniu trzech ofert nie podlegających odrzuceniu, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oraz stosownie do art. 91b ust. 1 ustawy PZP miał obowiązek zaprosić wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu do aukcji elektronicznej

Do obu postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz, przy czym w zakresie tego odwołania złożył pismo procesowe, w którym wnosząc o oddalenie odwołania podniósł iż podnoszone przez Odwołującego zarzuty wobec jego oferty są związane z domniemaniami Odwołującego w żaden sposób nie udowodnionym, opartymi na wrywkowej analizie jego oferty. Na podstawie tej wrywkowej analizy oraz w oparciu się o zapisy tabeli omyłkowo umieszczonej w treści formularza ofertowego przez RAFAKO Odwołujący przyjął założenia, że dane w niej zawarte zostały użyte do obliczenia zużycia poszczególnych mediów wymaganych do

wskazania jako Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy B. Argumentacja ta nie ma żadnego oparcia w dowodach przedstawionych przez Odwołującego, poza gołosłownym wskazaniem, iż zużycie mediów przez RAFAKO jest „rażąco zaniżone” oraz zarzutami odnoszącymi się do stosowania w kalkulacji RAFAKO wykonanej na potrzeby oferty „reakcji chemicznych nie występujących w naturze”, co Odwołujący w sposób płynny powiązał, z zaferowaniem świadczenia niemożliwego oraz rzekomym podaniem nieprawdziwych informacji skutkujących koniecznością odrzucenia oferty Przystępującego.

Nawiązując do rzekomej niezgodności oferty RAFAKO z SIWZ, która ma wynikać z omyłkowego umieszczenia tabeli w treści formularza ofertowego Zamawiający w żadnym punkcie Specyfikacji nie wymagał przedstawienia wyliczeń na podstawie których Wykonawcy wykażą sposób obliczenia Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy B, co więcej nie wymagał wprost wpisania w treści oferty konkretnych wartości, dla których Parametry te będą osiągnięte. Sposób obliczenia tych wartości oraz dane w oparciu o które ma zostać dokonane wyliczenie zostały wskazane w różnych częściach SIWZ i to do Wykonawców należało przeprowadzenie odpowiednich kalkulacji i podanie jedynie ich wyniku w formularzu ofertowym. Mając powyższe na uwadze nie można czynić Przystępującemu zarzutu dokonania błędnych obliczeń w oparciu o nieprawidłowe założenia w sytuacji, w której Odwołujący nie dysponuje informacjami jakie wartości danych zostały do tych obliczeń przyjęte, a jedynie je domniemywa je, bez faktycznego wykazania podstawy tych domniemań. Stwierdził iż z tabeli omyłkowo umieszczonej w treści formularza ofertowego RAFAKO S.A. w żaden sposób nie wynika, że podane w niej parametry stanowiły podstawę do obliczenia wartości Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy B, a co za tym idzie, że oferta RAFAKO jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący kierując się niepodpartą dowodami argumentacją wskazuje, że Zamawiający nie miał podstaw do zwracania się do Przystępującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień (gdyż stanowiły one jak wynika z treści odwołania negocjacje co do treści oferty), a konsekwencją udzielenia tych wyjaśnień była zmiana treści oferty.

**Odwołanie GE Power sp. z o.o., Al. Jana Pawła II 12, 00 – 124 Warszawa, sygn. akt KIO 694/16.**

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu

1. zaniechanie ujawnienia treści załączników nr 2, 3, 4 i 8 stanowiących część oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Polimex Energetyka sp. z o.o. oraz Doosan Lentjes GmbH (dalej jako „Konsorcjum Polimex/Doosan”);

2. zaniechanie ujawnienia treści załączników nr 3 i 4 stanowiących część oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Mostostal Zabrze S.A., STX Heavy industries Co. Ltd. i Daewoo International Corporation (dalej jako „Konsorcjum Mostostal”).
3. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Polimex/Doosan.
4. zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej Odwołującego, Konsorcjum Polimex/Doosan oraz Rafako S.A.

Takie działanie i zaniechanie Zamawiającego narusza zdaniem Odwołującego przepis:

1. art. 8 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk”) poprzez zaniechanie ujawnienia treści załączników nr 2, 3, 4 i 8 stanowiących część oferty złożonej przez Konsorcjum Polimex/Doosan oraz treści załączników nr 3 i 4 stanowiących część oferty złożonej przez Konsorcjum Mostostal oraz nieprawidłową ocenę uzasadnienia dla zastrzeżenia tych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa podczas gdy informacje zawarte w tych załącznikach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i nie powinny podlegać utajnieniu w świetle przepisów ustawy Pzp;
2. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez podejmowanie czynności w postępowaniu w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania przedsiębiorców.
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej Konsorcjum Polimex/Doosan podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona jako nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej Konsorcjum Polimex/Doosan podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
5. art. 91 a ust. 1 w zw. z art. 91 b ust. 1 Pzp poprzez zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej Odwołującego, Konsorcjum Polimex/Doosan oraz Rafako S.A. podczas gdy w postępowaniu nie złożono co najmniej trzech ofert niepodlegających odrzuceniu, wobec czego przeprowadzenie aukcji elektronicznej jest niedopuszczalne;

W związku z powyższym, wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt.1 Pzp:

- ujawnienie treści załączników nr 2, 3, 4 i 8 stanowiących część oferty złożonej Konsorcjum Polimex/Doosan;
- ujawnienie treści załączników nr 3 i 4 stanowiących część oferty złożonej przez Konsorcjum Mostostal;
- unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do aukcji elektronicznej;
- unieważnienie czynności badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu;

- odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Polimex/Doosan;

W zakresie zarzutu niezasadnego zaniechanie ujawnienia treści załączników nr 2, 3, 4 i 8 stanowiących część oferty podał iż Odwołujący występował do Zamawiającego z wnioskami o udostępnienie mu zastrzeżonej jako tajemnicy przedsiębiorstwa ofert Konsorcjum Polimex/Doosan oraz Konsorcjum Mostostal.

W tym miejscu zasadne jest zdaniem Izby wskazanie iż oferta wykonawcy Konsorcjum Mostostal została odrzucona i wykonawca ten nie wniósł odwołania do KIO od tej czynności Zamawiającego i tym samym czynność Zamawiającego stała się niezaskarżalna i podmiot ten utracił status wykonawcy. Wobec tego faktu odwołujący cofnął zarzuty i żądania kierowane wobec oferty tego wykonawcy. Dlatego też Izba uznała za niezasadne prezentowanie zarzutów kierowanych wobec Konsorcjum Mostostal

W zakresie utajnienia załącznika nr 2 oferty podniósł, że za nieprawidłowe należy uznać zastrzeżenie załącznika nr 2 do oferty pn. „Gwarantowane Parametry Techniczne” (załącznik nr 5 do SIWZ). Dane wskazywane przez wykonawców w tym dokumencie stanowią parametry, które Zamawiający bierze pod uwagę przy obliczaniu punktacji ofert w ramach poza cenowego kryterium „Koszty eksploatacji”. Już sam fakt, iż są to parametry, które służą porównaniu ofert złożonych w postępowaniu, wiąże się z koniecznością ich ujawnienia zainteresowanym wykonawcom. W konsekwencji nie jest dopuszczalne zastrzeżenie przez wykonawcę jako informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa tych elementów, które podlegają ocenie przez Zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert. Powyższy zakaz rozciąga się nie tylko na cenę oferty, lecz również wszystkie inne elementy, które mają wpływ na wybór oferty w myśl art. 91 Pzp.

Podkreślił, że oferta w zakresie, jaki będzie badana w ramach kryteriów oceny ofert powinna być jawna dla wszystkich wykonawców. Wskazał także iż parametry gwarantowane zostaną wskazane w treści samej umowy, jaką Zamawiający zamierza zawrzeć z wykonawcą, którego oferta zostanie wybrana. Informacje powinny być ujawnione w art. 13 p. 1.4 umowy, lecz również w załączniku nr 2 do umowy - „Parametry Gwarantowane”. Zważywszy że umowy w sprawie zamówienia publicznego w myśl art. 139 ust. 3 Pzp są jawne i udostępnianie każdemu zainteresowanemu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej, to próbę uznania jakiegokolwiek elementu tej umowy za mający charakter niejasny należy uznać za bezcelową. W przypadku zawarcia z Zamawiającym umowy przez Konsorcjum Polimex/Doosan wszystkie „parametry gwarantowane” staną się informacją publicznie dostępną, a zatem złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez konsorcjum jednocześnie przeczy tezie, że jego członkowie przedsięwzięli skuteczne środki mające na celu zachowanie tych

danych w tajemnicy i oznacza brak kumulatywnego spełnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 uznk.

Podkreślił także, że informacje zawarte w Załączniku nr 2 do oferty Konsorcjum Polimex/Doosan były już wielokrotnie ujawniane w toku innych postępowań o udzielenie zamówienia na budowę instalacji odsiarczania spalin. Tytułem przykładu wskazał postępowanie prowadzone przez zamawiającego ENEA Wytwarzanie sp. z o.o. na „*Budowę instalacji odsiarczania spalin dla kotłów K7 i K8 w elektrociepłowni Białystok*”, w którym tożsame informacje ten zamawiający uznał za niespełniające przesłanek określonych w art. 11 ust. 8 uznk, wobec czego powinny być udostępnione innym wykonawcom. Ponadto informacje te zostały udostępnione także w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na instalację odsiarczania w Lasi w Rumunii, gdzie podwykonawcą konsorcjum biorącym udział w postępowaniu był Doosan Lentjes GmbH, a informacje o tożsamym charakterze, co wskazane w Załączniku nr 2 do oferty zostały udostępnione jako jawne.

Odnosnie zastrzeżenia załącznika nr 3 i 4 do oferty podał iż również niezasadne jest zastrzeżenie treści tych załączników gdyż w przypadku Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego wykonawca zobowiązany był wskazać samodzielnie dla poszczególnych etapów realizacji (1) termin zakończenia etapu oraz (2) wartość płatności, natomiast kolejne dwie pozycje (wartość zaliczki i wartość netto po odjęciu zaliczki) stanowiły wynik odpowiednich operacji arytmetycznych. Nadto wykonawcy mieli wyjątkowo ograniczoną swobodę w uzupełnieniu harmonogramu, bowiem w przypadku każdego z etapów Zamawiający jednoznacznie określił parametry graniczne dla wskazanych terminów bądź kwot. Nie można mieć więc wątpliwości, że harmonogram zawarty w załączniku nr 3 stanowi oświadczenie wykonawcy co do planowanych terminów realizacji poszczególnych etapów oraz wynagrodzenia za ich wykonanie, natomiast nie zawarto w nim żadnych informacji - szczególnie o technicznym charakterze - które mogłyby uzasadniać objęcie go tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie sposób zaś uznać, że wskazania w danym etapie terminu, w jakim będzie zrealizowany, jak i odpowiedniego wynagrodzenia może *ipso se* mieć Szczególną wartość gospodarczą której! ochrona wymagałaby odstąpienia od kluczowej w postępowaniu o udzielenie zamówienie publiczne zasady jawności.

Podobnie zdaniem Odwołującego było w przypadku Harmonogramu Realizacji, który należało wypełnić w myśl precyzyjnej instrukcji zamawiającego. Oczekiwana treść tego dokumentu była wyznaczona nie tylko przez treść samej instrukcji, ale również postanowienia projektu umowy (pkt 5.6 Załącznika nr 1 do umowy), zgodnie z którymi „*Wykonawca przedstawi Harmonogram Realizacji w postaci wydruku do Umowy oraz w wersji edytowalnej w formacie Microsoft Project, zawierający główne terminy ukończenia/przekazania Dostaw, Usług, i Robót Budowlanych, odniesione do poszczególnych świadczeń wchodzących w skład Przedmiotu Umowy, uwzględniający*

komisyjne odbiory (częściowe i końcowy). Harmonogram Realizacji opracowany przez Wykonawcę dla potrzeb oferty będzie uwzględniał ww. terminy, zdarzenia określone w Załączniku 3 do Umowy Harmonogram Rzeczowo-Finansowy. Załącznik zawierał więc informacje odnoszące się do wyłącznie do terminów realizacji, które jako takie nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, nawet jeżeli stanowią rezultat autorskich koncepcji wykonawcy.

W zakresie niezasadnego utajnienia załącznika nr 8 podał, że załącznik ten zawiera wyłącznie uzasadnienie dla utajnienia części oferty. Utajnienie wyjaśnień wykonawcy stanowi nadużywanie prawa wykonawcy do ochrony tajemnicy swojego przedsiębiorstwa. Podkreślił, że z założenia samo uzasadnienie nie podlega utajnieniu - służy bowiem nie tylko samemu zamawiającemu do przeprowadzenia prawidłowej oceny charakteru informacji zawartych w zastrzeżonych dokumentach, ale też innym wykonawcom, którzy mają niekwestionowany interes w przeprowadzeniu weryfikacji konkurencyjnych ofert i ewentualnemu podjęciu kroków zmierzających do wyeliminowania ofert podlegających odrzuceniu. Z tych względów Konsorcjum Polimex/Doosan nie było uprawnione do zastrzeżenia treści załącznika nr 8 jako zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa. Jakkolwiek jest to mało prawdopodobne, to jeżeli rzeczywiście znajdowały się w tym dokumencie pewne informacje podlegające takiej ochronie, to Konsorcjum powinno było umieścić je w osobnym załączniku - z adnotacją że zawartość zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa. Z całą zaś pewnością nie sposób uznać, aby cała treść tego pisma powinna być niejawną.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego nieodrzućenia oferty Konsorcjum Polimex/Doosan z powodu iż oferta ta nie odpowiada wszystkim wymaganiom SIWZ i na tej podstawie powinna zostać odrzućona, podał, że wskazać chociażby należy na przyjęte w tej ofercie koszty eksploatacji, które znacznie odbiegają od oferowanych przez pozostałych wykonawców, bowiem są o niemal 1/3 wyższe od średniej parametru wszystkich złożonych ofert, co przedstawia poniższa tabela:

Wykonawca:	GE	Polimex/Doosan	Rafako	Mostostal	Średnia artretyczna ofert
Koszt eksploatacji	1410,5	1773,57	1282,94	1322,36	1366,43
Stosunek do średniej	103%	130%	94%	97%	><



Istotnym także zdaniem Odwołującego jest, że parametr oferowany przez wszystkich pozostałych wykonawców przedstawia się na zbliżonym pułapie (1,3 - 1,4 tys. zł/h) i o ile pewne dysproporcje w tym zakresie są naturalne i wynikają z zastosowania przez wykonawców różnych rozwiązań, to tak duża rozbieżność w przypadku oferty Konsorcjum Polimex/Doosan oznaczać może wyłącznie, że nie uwzględniono w niej w prawidłowy sposób wszystkich wymaganych parametrów i oferuje rozwiązania nie odpowiadające oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w SIWZ. W szczególności prawdopodobne jest, że Konsorcjum nie wzięło pod uwagę wyjaśnień Zamawiającego z dnia 22 grudnia 2015 r., gdzie w odpowiedzi na pytanie nr 25 wskazano punkt pracy IOS, który powinien stanowić podstawę obliczenia kosztów eksploatacji. W takim przypadku konieczne jest uważne przeanalizowanie oferty Konsorcjum - a szczególnie niezasadnie utajnionego Załącznika nr 2 - Gwarantowane parametry techniczne - co pozwoliłoby na czym polega błąd w założeniach poczynionych przez Konsorcjum.

W ostatnim z podniesionych zarzutów Odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy Konsorcjum Polimex/Doosan może zawierać rażąco niską cenę. W przypadku porównania ceny tej oferty do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu (bez uwzględniania ocenianej pod kątem rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum), okazuje się że Konsorcjum Polimex/Doosan oferuje cenę niemal 20% niższą od średniej cen pozostałych ofert. Tak duża różnica ceny oferty Konsorcjum w stosunku do pozostałych ofert pozwala założyć, że w jej przypadku nie uwzględniono wszystkich czynników cenotwórczych. Przy ocenie adekwatności ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia z pewnością należałoby się ustosunkować do treści Załącznika nr 3 i 4, w którym Konsorcjum precyzyjnie wskazało koszty realizacji poszczególnych etapów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie podał, że niezasadne są zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej ustawa znk) poprzez zaniechanie ujawnienia treści załączników nr 2, 3, 4 stanowiących część oferty złożonej przez Konsorcjum Polimex/Doosan oraz nieprawidłową ocenę uzasadnienia dla zastrzeżenia tych informacji- zał nr 8, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosząc się do poszczególnych twierdzeń Odwołującego przytoczonych na poparcie zarzutu zaniechania ujawnienia treści poszczególnych załączników stanowiących odpowiednio część oferty Konsorcjum Polimex/Doosan wskazał, że wykonawca ten dopełnił formalnych warunków skuteczności zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. wraz ze złożeniem oferty dokonał zastrzeżenia tych informacji oraz we właściwym terminie złożył wyczerpujące uzasadnienia, wskazujące, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy znk.

Zamawiający dokonał oceny zawartych w tych dokumentach informacji, jak również podanych uzasadnień ich zastrzeżenia, uznając, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy znk.

Odnosząc się do zarzutu niezgodności treści oferty Konsorcjum Polimex/Doosan) podał, że przesłanką skutkującą odrzuceniem oferty jako niezgodnej z SIWZ mogłoby być wyłącznie podanie zbyt niskich kosztów eksploatacji, co wskazywałoby na zbyt niskie poziomy parametrów gwarantowanych grupy B. W toku oceny ofert Zamawiający ocenił parametry oferowane przez każdego z oferentów uczestniczących w postępowaniu i w przypadku 3 ofert (w tym Konsorcjum Polimex/Doosan) uznał, że są one prawidłowe, i że osiągnięcie ich przez instalację oferowaną przez tych wykonawców jest obiektywnie możliwe w warunkach określonych przez Zamawiającego w SIWZ. W przypadku Konsorcjum Mostostal Zamawiający doszedł do odmiennych wniosków i z tego powodu ofertę odrzucił. W SIWZ nie wskazano żadnego maksymalnego dopuszczalnego poziomu kosztów eksploatacji, zatem Wykonawcy nie byli w tym zakresie ograniczeni. Całkowicie gołosłowne są twierdzenia Odwołującego jakoby rozbieżność w zakresie kosztów eksploatacji w przypadku oferty Konsorcjum Polimex/Doosan oznaczała, że nie uwzględniono w niej w prawidłowy sposób wszystkich parametrów i że wykonawca oferuje rozwiązania niezgodne z SIWZ.

Nie można również zgodzić się z zarzutem Odwołującego, jakoby złożona w przedmiotowym postępowaniu oferta Konsorcjum Polimex /Doosan była ofertą zawierającą rażąco niską cenę. Zawarta w ofercie Konsorcjum cena ryczałtowa wynosiła 97.000.000 zł netto (tj. 119.310.000 zł brutto), podczas gdy ustalona przez Zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 102.000.000 zł netto (125.460.000 zł brutto). Z powyższego porównania wynika zatem, że zaoferowana przez Konsorcjum Polimex/Doosan cena była ceną zaledwie o nieco ponad 5% niższą aniżeli przyjęta przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania jako szacunkowa wartość zamówienia, i ok. 14,5% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, a nie jak twierdzi Odwołujący o ok. 20%. Nadmieniał, że ww. szacunkowa kwota zamówienia 102.000.000 zł netto ustalona została przez Zamawiającego, na etapie przygotowania inwestycji, w ramach którego zostało opracowane zostało studium wykonalności, po przeprowadzeniu analizy rynku oraz na podstawie zebranych ofert budżetowych.

Okoliczność, iż oferta Odwołującego była wyższa nie może stanowić podstawy do przyjęcia, iż oferta Konsorcjum Polimex/Doosan była ofertą zawierającą rażąco niską cenę.

Do tego postępowania Odwoławczego poza wykonawcą Rafako przystąpił także wykonawca Konsorcjum: Polimex Energetyka sp. z o.o./ Doosan Lentjes GmbH, Al. Jana Pawła II 12, 00 – 124 Warszawa, który na wstępie rozpatrywania wnosił o nierozpatrywanie zarzutów dotyczących niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części jego oferty

ponieważ stał na stanowisku iż nie został zachowany termin na wniesienie odwołania w tym zakresie. Nadto w prezentowanym na rozprawie stanowisku wnosił o oddalenie zarzutów odwołania kierowanych wobec jego oferty, uznając je za całkowicie niezasadne.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania oraz stanowiska stron postępowania i uczestników, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.**

**Oba odwołania zasługują na uwzględnienie, chociaż w każdym z nich tylko część zarzutów okazała się zasadna.**

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

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołania w dostateczny sposób wykazali interes w złożeniu środka ochrony prawnej – odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na wstępie rozpatrywania przedmiotowych odwołań wskazać należy iż odnośnie odwołania wykonawcy GE, Przystępujący do tego postępowania wykonawca Konsorcjum Polimex/Doosan złożył wniosek o odrzucenie tego odwołania z powodu niedoręczenia Zamawiającemu, a w konsekwencji i Przystępującemu wraz z kopią odwołania, przywołanych w nim niektórych załączników. Powyższy wniosek po części poparł także Zamawiający chociaż jednocześnie oświadczył iż *wszystkie pisma wymienione w odwołaniu GE były znane zamawiającemu, gdyż były elementem korespondencji pomiędzy odwołującym, a zamawiającym dot. tajemnicy przedsiębiorstwa*. Izba postanowiła nie uwzględnić wniosku w tym zakresie, gdyż z analizy treści odwołania w kontekście przywołanych załączników można jednoznacznie wywieść czego przedmiotowe załączniki dotyczyły, a także w żaden sposób nie zostało wykazane iż niezałączenie ich miało lub mogło mieć wpływ na treść prezentowanego w tej sprawie stanowiska strony i Przystępującego. Ponadto w świetle brzmienia przepisu art. 189 ust.2 pkt 7 wątpliwym wydaje się uprawnienie Przystępującego do zgłoszenia takiego wniosku w sytuacji, kiedy ww. przepis stanowi o możliwości odrzucenia odwołania tylko w sytuacji nieprzesłania zamawiającemu kopii odwołania. Wskazane w art. 189 ust 2 Pzp podstawy do odrzucenia odwołania winny być interpretowane w sposób ścisły i mogą być stosowane *per analogiam* do podobnych stanów faktycznych.

Ponadto tenże Przystępujący złożył także wniosek o nierozpatrywanie zarzutów odwołania podniesionych w Odwołaniu GE dotyczących zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w jego ofercie z tego powodu iż zdaniem Przystępującego zostały one w wniesione z uchybieniem ustawowego terminu. Izba po dokładnej analizie chronologii wniosków w tym zakresie, składanych przez Odwołującego, a także oświadczenia samego Zamawiającego, który jednoznacznie stwierdził iż zakończył badanie zasadności zastrzeżenia załączników nr 2;3;4 i 8 dopiero wraz z zakończeniem badania ofert, przedmiotowy wniosek oddaliła.

### **Odwołanie o sygn. akt KIO 859/16**

Spośród wielu zarzutów podniesionych w tym odwołaniu zdaniem Izby na uwzględnienie zasługiwał zarzut pierwszy i drugi dotyczący w szczególności niewłaściwego obliczenia i zaferowania Gwarantowanych Parametrów Technicznych grupy B dotyczących zakładanego zużycia sorbentu, energii elektrycznej i wody technologicznej niezgodnie z wymogami SIWZ. Te zarzuty były też osiłą sporu w przedmiotowej sprawie, gdyż sam Odwołujący oświadczył iż swoje zarzuty wobec oferty Rafako wywodzi z treści zał. nr 2 dot. po pierwsze przyjęcia niewłaściwych parametrów, a więc innych niż te które wskazał Zamawiający w SIWZ mających wpływ na zużycie sorbentu, energii elektrycznej i wody technologicznej, a ponadto związanych z niezasadnym uznaniem, iż treść zał. nr 2 w zakresie tabeli wskazującej na wielkość przyjętych do obliczeń parametrów była elementem błędnie zawartym w ofercie Rafako, a tym samym nie istotnym, co zdaniem odwołującego doprowadzało do zmiany treści tejże oferty. Pozostałe zarzuty zdaniem Odwołującego są zarzutami wynikowymi zależnymi od rozstrzygnięcia ww. zarzutów.

Odnosząc się do tabeli zamieszczonej w załączniku nr 2 to zdaniem Odwołującego zawarta w załączniku przedmiotowa tabela zawierała kluczowe parametry techniczne ustalające poziomy zużycia sorbentu, energii elektrycznej i wody, a to miało bezpośredni wpływ na zaferowaną cenę za realizację zamówienia. Podkreślił nadto iż Zamawiający ustalił stały koszt zużycia ww. elementów i tym samym każdy z wykonawców do obliczeń winien przyjąć te dane. Tylko tak ustalone parametry i założenia projektowe winny były stanowić bazę dla określenia przez wykonawców poziomów zużycia mediów i sorbentu. Zdaniem Odwołującego do przygotowania Załącznika nr 2 do oferty Rafako i jednocześnie obliczeń kosztów i parametrów gwarantowanych, przyjęto inne założenia niż wymagane przez Zamawiającego, co bezpośrednio wynika z tabeli dodanej na końcu Załącznika nr 2 do oferty.

Odnosząc się do kwestii związanej z zamieszczeniem w załączniku nr 2 dodatkowej tabeli, podkreślić należy, że Odwołujący w wyjaśnieniach przesłanych Zamawiającemu podał iż że tabela ta znalazła się w tym załączniku „na skutek niedopatrzenia” osoby

sporządzającej ofertę i nie powinna być brana pod uwagę w trakcie jej analizy przez Zamawiającego. Zwrócenia w tym zakresie wymaga także kwestia iż niewątpliwym jest, że wykonawca Rafako zarówno w złożonym piśmie procesowym jak i prezentowanym na rozprawie stanowisku twierdził, że dane z tej tabeli nie były podstawą jego obliczeń, stwierdzając iż „z tabeli omyłkowo umieszczonej w treści formularza ofertowego RAFAKO S.A. w żaden sposób nie wynika, że podane w niej parametry stanowiły podstawę do obliczenia wartości Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy B, a co za tym idzie, że oferta RAFAKO jest niezgodna z treścią SIWZ”. Również Zamawiający przyjął taką samą optykę oceny tej Tabeli stwierdzając, że jeśli nie była ona wymagana przez SIWZ to nie może być podstawą jakichkolwiek ustaleń czy ocen w tym zakresie.

Izba odnosząc się do powyższej kwestii nie podziela stanowiska zarówno Przystępującego jaki Zamawiającego, uznając iż jeśli jakiś dokument zamieszczony w ofercie, nawet niewymagany, to mimo tego nie może być pominięty dopóki nie zostanie ustalone jego znaczenie dla oceny oferty. Poza sporem jest fakt iż Tabela ta została zamieszczona w treści załącznika pod Tabelą Gwarantowane Parametry Techniczne, a także po adnotacji, że dane zawarte w tabeli mają odniesienie do zużycia dla „następującego punktu pracy IOS” (Instalacji Odsiarczania Spalin), a strona na której się znajduje się ta Tabela została podpisana przez pełnomocnika wykonawcy. Zaznaczyć także należy iż Zamawiający w SIWZ nie zakazał wykazywania wykonawcom w jaki sposób i przy przyjęciu jakich założeń dokonali obliczeń danych do określenia ceny ofertowej. Dlatego też znajdująca się w załączniku nr 2 przedmiotowa Tabela, czynnością samego wykonawcy stała się treścią oferty i nie może być przez Zamawiającego pominięta przed przeprowadzeniem jej analizy w powyższym zakresie. Analizując dane z tej Tabeli z wymaganymi dla przyjęcia do obliczeń wielkości zużycia sorbentu i mediów jednoznacznie stwierdzić należy iż zawierają one w kilku pozycjach inne wielkości niż wymagane w SIWZ przez Zamawiającego, co zostało zobrazowane w Tabeli podanej w odwołaniu i zamieszczonej powyżej w przedmiotowym uzasadnieniu. Tytułem przykładu podać należy iż w założeniach SIWZ (choćby Rozdział II pkt 1) podano iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie kompletnej instalacji suchego odpopielania dla dwóch kotłów, *każdy o nominalnym przepływie spalin wynoszącym około 270 tys Nm<sup>3</sup>/h*. Zostało to także potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie 21 zawarte w piśmie z dnia 22.12.2015 roku. Ponadto wycenienie należało poddać wielkości, cyt. w całym zakresie obciążeń kotłów i współpracujących z IOS i dla wszystkich przewidzianych do spalania paliw o parametrach mieszczących się w zakresach wartości określonych w załączniku nr IB do PFU. Natomiast przykładowo można wskazać iż z załączonej w załączniku nr 2 przedmiotowej Tabeli wynika, iż wykonawca Rafako przyjął strumień spalin o wielkości 220 tys. Nm<sup>3</sup>/h.

Niewątpliwym w sprawie jest również fakt, że w ofercie Rafako podane zostały znacznie mniejsze ilości zużycia zarówno sorbentu jak i pozostałych mediów, niż to ma miejsce w innych ofertach, co mogło być wynikiem przyjęcia przez tego wykonawcę innych założeń niż określonych w SIWZ, a np. podanych w ww. Tabeli załącznika nr 2. Niewątpliwym jest iż powyższe wyliczenia Rafako wskazują na cały szereg wątpliwości, które winny były zostać wyjaśnione przez Zamawiającego na etapie oceny ofert. Zamawiający dopytywany na rozprawie, na okoliczność w jaki sposób zbadał i ustalił wielkości podane przez Rafako za prawidłowe wskazywał, że wystarczającym przy ocenie oferty były oświadczenia złożone przez wykonawcę Rafako, iż *przedstawione w ofercie Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy B w zakresie zużycia sorbentu, energii elektrycznej oraz wody technologicznej, będą dotrzymane w całym zakresie obciążeń kotłów współpracujących z IOS.(...)* „wykonawca Rafako potwierdził, że dla obliczenia Gwarantowanych Parametrów Technicznych Grupy uwzględnił wszelkie warunki określone w SIWZ”. Odnośnie zaś informacji z tabelki w załączniku nr 2 w kontekście powyższych stwierdzeń podał, że *brak było podstaw do uznania, iż jej treść pozostawała w sprzeczności z wyjaśnieniami tego Wykonawcy lub też z całością złożonej przez niego oferty*. Dopytywany również w tej kwestii pełnomocnik zamawiającego na rozprawie podał, iż *nie jest w stanie jednoznacznie stwierdzić, że wykonawcy Rafako nie dokonał obliczeń w oparciu o przyjęcie wielkości wskazanych w Tabeli w załączniku 2*. Nadto stwierdził iż Zamawiający nie był w stanie udowodnić przystępującemu Rafako, że „*dokonał nieprawidłowych wyliczeń zużycia sorbentu i mediów i tym samym nie mógł dokonać odrzucenia jego oferty*”.

Oceniając powyższe czynności Zamawiającego Izba uznała, że w tej sytuacji brak jest możliwości uznania dokonania przez Zamawiającego pełnej oceny oferty Rafako. Ocenę wymagań ofertowych określonych w SIWZ dokonuje się na zasadzie spełnia/niespełnia. To wymaga kategoriycznych stwierdzeń co do spełniania bądź nie postawionych w SIWZ wymagań. Zamawiający winien prowadzić badanie ofert aż do uzyskania pewności w jaki sposób ocenić daną ofertę.

Tym samym niezbędne zdaniem Izby jest uwzględnienie zarzutów odwołania w tym zakresie i nakazania Zamawiającemu ponownego badania i oceny oferty Rafako. Zamawiający nie może opierać oceny na domniemaniach iż oferta może spełniać postawione wymagania.

Natomiast odnosząc się do żądań odrzucenia oferty wykonawcy Rafako Izba stwierdza, że w przedmiotowej sytuacji kiedy brak jest pełnej i jednoznacznej oceny oferty tego wykonawcy to wywodzenie takich żądań należy uznać za przedwczesne. Również za przedwczesną należy uznać możliwość oceny oferty w zakresie zarzutu niezgodności z treścią SIWZ. Izba stwierdza, że nie znalazł potwierdzenia w przedłożonych przez Odwołującego dowodach zarzut o złożeniu przez Rafako nieprawdziwych informacji. Jeśli w

wyniku ponownego badania i oceny ofert potwierdzenie znalazłby zarzut dotyczący błędnego obliczenia i zaferowania Gwarantowanych Parametrów Technicznych grupy B, to można by rozważyć wskazany stan faktyczny w zakresie niezgodności złożonej oferty z SIWZ. Nie wykazano celowego działania wykonawcy zmierzającego do wprowadzenia Zamawiającego w błąd skutkujący wpływem na wynik postępowania.

Należy podkreślić ponownie, że sam Odwołujący stwierdził iż podstawowym zarzutem odwołania jest zarzut niewłaściwej oceny oferty w zakresie załącznika nr 2, natomiast pozostałe zarzuty są wynikowymi dotyczącej rozstrzygnięcia tej kwestii.

### **Odwołanie KIO 864/16**

W tym odwołaniu podstawowym zarzutem - co podniósł na rozprawie Odwołujący jest zarzut niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załączników 2;3;4 i 8.

Na wstępie oceny tej grupy zarzutów wskazać należy iż tajemnica przedsiębiorstwa zdefiniowana została w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 u.z.n.k. „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”. Ważne jest by informacje te posiadały wartość gospodarczą i zostały podjęte działania zapewniające poufność, chroniące informację przed dostępem osób trzecich, w tym przede wszystkim konkurentów. Stwierdzić należy, że ocena prawidłowości podjęcia odpowiednich działań przez wykonawcę w tym zakresie, winna odnosić się do konkretnego postępowania, gdyż ocenie Zamawiającego jak i organów rozstrzygających ewentualne spory w tym zakresie podlega kwestia, czy dana informacja w tym postępowaniu może być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, a nie tajemnicą w ogóle, co nie wchodzi w zakres zainteresowania Pzp. Dla wykazania zachowania informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w danym postępowaniu nie jest wystarczające wykazanie zobowiązania pracowników w umowach o pracę do poufności danych uzyskanych w trakcie wykonywania swoich obowiązków. Tak potrzeba winna zostać zmaterializowana do danego postępowania, w szczególności np. poprzez odpowiednie zarządzenie podmiotu zarządzającego u wykonawcy. Stosowanie ochrony informacji dotyczącej zakazu udostępniania informacji w danym postępowaniu staje się skuteczne dla danego podmiotu, gdy zostanie przesądzone, że informacje które mają znaleźć się w ofercie mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stwierdzić należy, że każda tajemnica firmy stanowi informację poufną, ale nie każda informacja traktowana przez przedsiębiorcę jako poufna stanowi jego tajemnicę. Chodzi o to, aby w sposób niebudzący wątpliwości można było stwierdzić, że konkretny dokument w

danym postępowaniu przeprowadzonym w konkretnym okresie czasu zawiera informację o szczególnym znaczeniu dla przedsiębiorcy. Tajemnicę przedsiębiorstwa należy także odróżniać od specjalistycznej wiedzy, chociaż granica między tą wiedzą dostępną określonej grupie osób, a tajemnicą jest nieostra. Aby daną informację zakwalifikować jako tajemnicę firmy, musi ona zawierać treści o szczególnym znaczeniu dla przedsiębiorcy.

Podkreślenia wymaga także fakt iż podstawową zasadą prawa zamówień publicznych jest jawność postępowania. Możliwość zastrzegania części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa zarówno przez doktrynę jak i orzecznictwa jest traktowane jako wyjątek od tej zasady. Dlatego też wykonawca składając ofertę w postępowaniu winien brać pod uwagę fakt iż nie każdą informację z jego punktu widzenia istotną dla działalności jego firmy będzie mógł objąć tajemnicą, a po drugie jeśli zdecyduje się na takie rozwiązanie to będzie zobowiązany wykazać Zamawiającemu iż zastrzeżona tajemnicą część oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Tajemnica przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, o której mowa w art. 8 ust. 1 Pzp, winna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślenia wymaga przy tym, że ciężar dowodu, iż dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje (wyrok KIO z 9 marca 2012 r., KIO 392/12). Nowelizacją ustawy Pzp która weszła w życie 19 października 2014 r. wprowadzono warunek iż, aby było możliwe skorzystanie z utajnienia informacji przedsiębiorstwa w ofercie, niezbędne jest wykazanie Zamawiającemu złożone wraz z tymi zastrzeżonymi informacjami, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy przyjąć, że wykazanie to powinno nastąpić wraz z dokonaniem zastrzeżenia. W tym zakresie wskazać należy, że dokument tego rodzaju nie może być traktowany jako podlegający pod art. 25 ust. 1 i dlatego nie może być więc przedmiotem uzupełnienia.

Instytucja udzielania wyjaśnień Zamawiającemu na pewnym etapie postępowania – tj. wraz ze złożeniem zastrzeżonych elementów oferty, bądź też dalszych dokumentów jest podobna do sytuacji wyjaśniania rażąco niskiej ceny, gdzie wykonawca może tylko do upływu okresu określonego w wezwaniu, udzielać wyjaśnień Zamawiającemu. Dlatego też tylko wyjaśnienia złożone Zamawiającemu wraz z zastrzeżoną częścią oferty mogą być podstawą oceny, czy dokonane zastrzeżenie przez wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie jest prawidłowe. Wyjaśnienia składane przez wykonawcę na rozprawie nie mogą stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej wskazanej w przepisie art. 8 ust.3 zd.1, skoro postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą stanowi ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność prawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (podobnie wyrok KIO 2604/10 i 1515/11, wyrok SO w Warszawie sygn. akt IV Ca 1299/09).



Głównym motywem wprowadzenia nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r. w zakresie art. 8 ust.3 Pzp i, było wyraźne wskazanie, że ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, jako na podmiocie, który z danego faktu wywodzi skutki prawne. Wobec powyższego należy podkreślić iż ocena Zamawiającego w powyższym przedmiocie odbywa się w oparciu o dowody, jakie wykonawca przedłożył do upływu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli jednak wykonawca poprzestanie na zastrzeżeniu w ofercie danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania skuteczności ich utajnienia, to w świetle przepisów u.z.n.k. Zamawiający nie jest związany zakazem ujawniania tych informacji, wynikającym z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp i takie informacje winien odtajnić.

Izba oceniając wymóg „wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa” wskazuje, że nie składając wyjaśnień lub nie wykazując zasadności zastrzeżenia wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z chronienia informacji (wyrok z dnia 3 kwietnia 2015r. sygn. akt KIO 561/15 wyrok z dnia 28 sierpnia 2015r. sygn. akt KIO 1730/15). Taki akt traktowany jest przez Izbę także jako niewykazanie przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. wykazania, że przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji. W orzecznictwie podkreśla się, że na gruncie ustawy Pzp - wyjaśnienia i to złożone w terminie, są dodatkowym, ustawowo wymaganym działaniem koniecznym dla zachowania poufności informacji ( wyrok z 5 maja 2015r. sygn. akt KIO 761/15, KIO 764/15). Podkreśla się również to, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa i wykazanie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. (tak np. wyrok z 2 marca 2015r. sygn. akt KIO 279/15).

Przechodząc do oceny merytorycznej podniesionych zarzutów w tym w szczególności zarzutu dotyczącego niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załączników 2;3;4 oraz 8, Izba na wstępie poddała ocenie załącznik nr 8 dotyczący podania przez wykonawcę Zamawiającemu, powodów uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa załącznika nr 8, którego prawidłowość determinuje spełnienie wymogu formalnego z art. 8 ust. 3 Pzp. Zaznaczyć należy iż przepis art. 8 ust 3 stanowi nie o obowiązku złożenia informacji Zamawiającemu w tym zakresie w ogóle, ale o obowiązku wykazania że zastrzeżone dokumenty zawierają tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić, a więc nie jakiegokolwiek wyjaśnienia poczynione przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia (por wyrok z dnia 19 maja 2015r. sygn. akt KIO 932/15)

Z analizy załącznika nr 8 wynika, że wykonawca dlatego objął tajemnicą przedsiębiorstwa załącznik nr 2; 3 i 4 gdyż ujawnienie ich treści może stanowić źródło informacji dla konkurencji. Zaznaczył, że informacje zastrzeżone mają wartość gospodarczą polegającą na tym, że ich ujawnienie może doprowadzić do naruszenia interesów członków konsorcjum. Podobną argumentację zawiera uzasadnienie utajnienia załączników 3 i 4 przy czym odnośnie Harmonogramu rzeczowo finansowego w uzasadnieniu dodatkowo podniósł, że tego *typu informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa w każdej firmie*.

Natomiast w końcowym uzasadnieniu wielokrotnie powtórzono iż zawarte w załącznikach informacje mają charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny, a także posiadają wartość gospodarczą. Odnosząc się do tej treści Izba stwierdza iż uszło uwadze Przystępującemu Polimex/Doosan, że te okoliczności trzeba nie tylko przywołać ale je wykazać. Wykazanie winno nastąpić poprzez sprecyzowanie i szczegółowe opisanie konkretnych faktów czy okoliczności uzasadniających w tym postępowaniu objęcie wskazanych załączników tajemnicą przedsiębiorstwa.

Podobnie nie zostało wykazane, że wykonawca podjął dla potrzeb tego postępowania jakiegokolwiek czynności, aby, po pierwsze, ustanowić objęcie części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, a po drugie wykazać jakie czynności dla tego postępowania zostały w ramach wykonawcy podjęte. Wskazywanie na to iż osoby mające dostęp do informacji w zakresie oferty mają w umowach o pracę zobowiązanie do przestrzegania tajemnicy nie wskazuje na podjęcie jakichkolwiek czynności dla potrzeb tego postępowania ponadto nawet tej kwestii nie wykazano. Nieprzekonującym dla Izby jest argumentacja odnośnie utajnienia załącznika nr 8 iż załącznik ten ze swojej istoty, dotyczy okoliczności objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Reasumując powyższe Izba stwierdza, że z treści informacji zwartych w załączniku nr 8 nie wynika iż wykonawca wykazał Zamawiającemu zaistnienie przesłanek z art. 11 ust.4 uznk , a nadto nie wykazał zasadności objęcia tajemnicą samych wyjaśnień zawartych w załączniku nr 8.

Ponadto Izba stwierdza, że uzasadnienie utajnienia załączników 2;3 4 nie zostało w żaden sposób wykazane. Uzasadnienie do każdego z załączników zawiera kilku zdaniową treść na którą składają się ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone i nie wykazane okoliczności iż dane tam zawarte mogą być w myśl przepisów uznk objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Izba ponownie, także w zakresie ww. załączników stwierdza, że nie wystarczy przywołanie samych przesłanek ustawowych, uzasadniających potrzebę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa danych informacji, lecz zaistnienie tych przesłanek należy w sposób jednoznaczny wykazać.

Podkreślić należy iż w powyższych wyjaśnieniach wykonawca wielokrotnie podnosi twierdzenie, że udostępnienie tych informacji zmniejszyłoby jego konkurencyjność na rynku. Jednakże na czym miałyby to polegać nie wykazuje. W tym zakresie Izba zwraca uwagę na

kwestię, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem konkurencyjnym, a konkurencyjność w tych postępowaniach jest podstawową zasadą prawa zamówień publicznych. Dlatego też to nie konkurencyjność oferty może stanowić podstawę do objęcia jej tajemnicą, ale jak wyżej Izba wskazywała pewne wypracowane przez podmiot rozwiązania które nie mogą być inaczej chronione niż poprzez nieujawnienie ich innym wykonawcom, np. nieopatentowane jeszcze wynalazki, czy nowatorskie rozwiązania techniczne. Nie mogą być nią obejmowane pewne rozwiązania organizacyjne, które każdy wykonawca z lepszym lub gorszym skutkiem może samodzielnie opracować, np. jak to miało miejsce w sprawie o sygn. akt KIO 59/12 gdzie wykonawca za tajemnicę wynikającą z opracowanego *know-how* uznał instrukcje mycia lodówki, czy sprzątanania sali szpitalnej. Tak więc tajemnicą można objąć szczególnie istotne dla danego podmiotu rozwiązania, które nie mogą być inaczej chronione i które niewątpliwie mają dla niego niekwestionowaną wartość gospodarczą. To wszystko winno być w sposób pełny i jednoznaczny wykazane w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach.

Biorąc pod uwagę analizę treści załączników 2;3 i 4 a także wyjaśnień zawartych w załączniku nr 8 Izba uznaje, że nie zostało wykazane iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było zasadne, a ponadto sama treść zastrzeżonych załączników nie uzasadniała uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Kolejnymi zarzutami podniesionymi w odwołaniu są zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego. Mimo tego że wskazany został zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ to jednakże z literalnej analizy jego treści wynika, że odnosi się on także do ceny oferty. Ta niezgodność z treścią SIWZ ma wynikać z niewłaściwego przyjęcia kwoty kosztów eksploatacji. Izba zarzut ten jako nieudowodniony i niedookreślony poprzez wskazanie z którym konkretnie postanowieniem SIWZ oferta Przystępującego jest niezgodna, uznaje za niezasadny

Odnosnie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty wskazać należy iż Zamawiający nie wzywał wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp i tym samym powoduje to sytuację, że zarzut jest merytorycznie niezasadny gdyż nie został poprzedzony procedurą wyjaśniania ceny oferty. Podjęcie decyzji przez Zamawiającego o odrzuceniu oferty z powodu rażąco niskiej ceny musi zostać poprzedzone procedurą wyjaśnień, a ofertę można odrzucić jedynie w przypadku uprzedniego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Odwołujący w tej sytuacji winien był podnieść zarzut braku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do okoliczności i podstaw takiego skalkulowania ceny ofertowej. Wobec braku takiego zarzutu odwołania w sytuacji kiedy Zamawiający samodzielnie nie wzywał wykonawcy do wyjaśnień, powoduje oddalenie takiego zarzutu. Na pewne usprawiedliwienie Odwołującego w zakresie - nie postawienia wprawdzie zarzutu nieprzeprowadzenia procedury wyjaśniającej co do ceny oferty, może mieć wpływ fakt, iż

postępowanie jest na etapie przed wyborem najkorzystniejszej oferty i sama informacja o zaproszeniu do aukcji Odwołującego nie dawała mu wystarczającej wiedzy pozwalającej na postawienie takiego zarzutu. Odwołujący bowiem dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty zgodnie z 96 ust. 3 ustawy Pzp, otrzymuje dostęp do załączników do protokołu i tym samym dopiero wtedy mógłby uzyskać pełną wiedzę czy Zamawiający wzywał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w kwestii rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego. W tym postępowaniu o fakcie niewzywania Przystępującego o złożenie wyjaśnień, zostało podane Odwołującemu dopiero na etapie rozprawie.

Kolejną kwestią wymagającą rozstrzygnięcia jest sytuacja, kiedy Odwołujący podnosi w odwołaniu zarzut rażąco niskiej ceny i równocześnie zarzut niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty, a zarzuty te są ze sobą powiązane, tzn iż wykonawca wywodzi że w zastrzeżonej części oferty znajdują się informacje, które uzasadniają zarzut rażąco niskiej ceny. Takie równoczesne postawienie zarzutów pozostaje ze sobą w sprzeczności. Oddalenie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny powoduje sytuację, że zasadność zarzutu co do niezasadnego utajnienia części oferty nie ma wpływu na wynik postępowania, ponieważ zarzut rażąco niskiej ceny zostaje przez Izbę rozstrzygnięty. Dlatego też w takiej sytuacji następuje oddalenie odwołania, (pomimo zasadności zarzutu o niezasadne objęcie tajemnicą części oferty) w oparciu o przepis art. 192 ust.2 Pzp, z powodu braku wpływu na wynik postępowania zarzutu, dotyczącego tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jednakże w tym postępowaniu mamy częściowo inną sytuację ponieważ Zamawiający w Rozdziale XVII ustalił iż w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przewiduje przeprowadzenie aukcji elektronicznej. Jak wyżej wskazano postępowanie jest na etapie po dokonanych badaniach i ocenie ofert, w wyniku którego trzech wykonawców zostało zaproszonych do wzięcia udziału w aukcji. W sytuacji kiedy wybór oferty jest prowadzony za pomocą aukcji to kwestia ceny oferty może podlegać badaniu zarówno na etapie oceny ofert, jak i po przeprowadzeniu aukcji. Wynika to z faktu iż przykładowo oferta, która przed aukcją posiadała najwyższą cenę, to po aukcji może być oferta z najniższą ceną i niewykluczone jest, że cena ta może być rażąco niska. Biorąc to pod uwagę powyższe Izba uznaje, że brak jest podstaw do tego, aby w takiej sytuacji pozbawiać prawa wykonawcy do zapoznania się z treścią niezasadnie objętej tajemnicą przedsiębiorstwa treści oferty Przystępującego w sytuacji, kiedy po aukcji może nastąpić zmiana ceny kwestionowanej oferty i dane z zastrzeżonej części oferty mogą mieć wpływ na sformułowanie zarzutów w tym zakresie.

Tym samym zastrzeżone dotychczas informacje mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Dlatego też w tej szczególnej sytuacji pomimo oddalenia zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny i niezgodności treści oferty z SIWZ Izba uwzględniając zarzuty dotyczącego niezasadnego objęcia tajemnicą części oferty Przystępującego i tym samym

uwzględniła odwołanie. Jednocześnie wskazać należy iż Izba uznając, że na tym etapie postępowania - etapie przed aukcją, Odwołujący wyczerpał wobec tego wykonawcy możliwość wnoszenia odwołania, dlatego też nie nakazała unieważnienia zaproszenia do aukcji i dokonania ponownego badania oferty Przystępującego.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust.2 Pzp Izba może uwzględnić odwołanie tylko wtedy, kiedy stwierdzone naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania. Wpływ na wynik w świetle powyższego przepisu należy rozumieć, jako możliwość zmiany stanowiska Zamawiającego w sposób, który pozwoliłby Odwołującemu uzyskać zamówienie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

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

Przewodniczący .....