

WYROK

z dnia 8 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24 października 2016 r. przez **wykonawcę GE Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. z siedzibą w Koźmierzycach**

przy udziale wykonawcy **EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawcę EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz uznania za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa Załączników numer: 3 - Wykazu osób wraz z załącznikami, 4 - Opinii bankowej, 5 – Polisy ubezpieczeniowej, 12 – Listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, 14 – Zakresu prac powierzonych podwykonawcom, 18 – Szczegółowego harmonogramu i 19 – Formularza cenowego, oferty złożonej przez wykonawcę EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę GE Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **wykonawcy EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz **wykonawcy GE Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) zasądza od **wykonawcy EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz **Zamawiającego: ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. z siedzibą w Koźlenicach** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zamawiającego: ENEA Wytwarzanie Sp. z o.o. z siedzibą w Koźmierzycach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Modernizację turbozespołów bloków numer 3 i 8*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 13 lipca 2016 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lipca 2016 r. pod numerem 2016/S 135-242870.

Wykonawca GE Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 24 października 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie odtajnienia zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty wykonawcy EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę i w konsekwencji przedwczesne wybranie tej oferty, podczas gdy jej cena – w ocenie Odwołującego – jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia, zarzucając Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, wezwania wykonawcy EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty, udostępnienie zainteresowanym wykonawcom następujących załączników do oferty wykonawcy EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu: Załącznika nr 3 - Wykazu osób wraz załącznikami, Załącznika nr 4 - Opinii bankowej, Załącznika nr 5 - Opłaconej polisy ubezpieczeniowej, Załącznika nr 12 - Listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, Załącznika nr 14 - Zakresu prac powierzonych podwykonawcom, Załącznika nr 18 - Szczegółowego harmonogramu, Załącznika nr 19 - Formularza cenowego, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania (na okoliczności wskazane w odwołaniu), zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego

kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Zaniechanie wezwania wykonawcy EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę GE Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający pismem z dnia 3 listopada 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie, uwzględniając w całości zarzuty odwołania wniesionego przez wykonawcę GE Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 7 listopada 2016 r. wykonawca EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w odpowiedzi na uwzględnienie odwołania wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej sprzeciw.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 25 października 2016 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 26 listopada 2016 r. zgłosił przystąpienie wykonawca EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Modernizację turbozespołów bloków numer 3 i 8”*.
/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu m. in. oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - 100 pkt;
2. GE Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 82,45 pkt.

/dokumentacja postępowania: Protokół postępowania, pkt 13 Najkorzystniejsza oferta, str. 5/.

Zamawiający w dniu 14 października 2016 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 października 2016 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca GE Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w dniu 24 października 2016 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy GE Power Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z dnia 24 października 2016 r. /.

Pismem z dnia 3 listopada 2016 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając odwołanie w całości.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie Zamawiającego z dnia 3 listopada 2016 r. /.

Pismem z dnia 7 listopada 2016 r. wykonawca EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w odpowiedzi na uwzględnienie odwołania wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej sprzeciw.

/dokumentacja postępowania: Sprzeciw wykonawcy EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wobec uwzględnienia odwołania w całości z dnia 7 listopada 2016 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie zaniechania odtajnienia części oferty wykonawcy EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - jest zasadny.

Na wstępie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.*

Wobec powyższego wedle znowelizowanego brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...). Zatem do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest poczynienie tego zastrzeżenia nie później niż w terminie składania ofert a także jednocześnie wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika, że to na wykonawcy zastrzegającego taką informację spoczywa obowiązek wykazania przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia, i uczynić powyższe należy jednocześnie z samym zastrzeżeniem – nie czekając na decyzję i ewentualne wezwania Zamawiającego w tym zakresie. Ciężar wykazania, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jednoznacznie spoczywają na wykonawcy zastrzegającego takie informacje i powyższe wykonawca musi uczynić do upływu terminu składania ofert/wniosków, nie czekając na ewentualne wezwania Zamawiającego, to wykonawca składający ofertę musi udowodnić – razem ze złożonym zastrzeżeniem – że istnieją podstawy do nieujawniania informacji zawartych w ofercie. Wykonawca EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu poczynił stosowne zastrzeżenie, jednak nie wykazał jednocześnie - przy dokonywaniu tej czynności – zasadności tego zastrzeżenia. W ocenie Izby aby wykazać się spełnieniem przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa nie wystarczy samo ogólne odniesienie się do możliwości takiego zastrzeżenia, należy odnieść się do

konkretnego stanu faktycznego, konkretnej sytuacji w której znajduje się wykonawca wykazując każdą z przesłanek zasadności takiego zastrzeżenia.

Izba zgodziła się z Odwołującym, że w niniejszym postępowaniu wykonawca EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu nie wykazał zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodzić należy się z Odwołującym, że złożone przez wykonawcę EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w tym zakresie wyjaśnienia są lakoniczne, na wysokim poziomie ogólności, nie wskazują na okoliczności szczególne, które miałyby decydować o objęciu poszczególnych dokumentów ochroną. Wyjaśnienia te nie zawierają również żadnych dowodów, które miałyby dowodzić wagi zastrzeżonych załączników. Jak słusznie zauważył Odwołujący z wyjaśnień tych wynika jedynie to, że główną podstawą do objęcia ich tajemnicą w postępowaniu jest fakt utajniania ich w ramach innych postępowań przez tego wykonawcę, co w świetle przepisów ustawy Pzp nie może stanowić uzasadnienia dla uznania ich za zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż zawierają jedynie potwierdzenie posiadania odpowiednich kompetencji czy doświadczenia przez konkretne osoby, co nie stanowi informacji o wartości technicznej, technologicznej czy organizacyjnej samego przedsiębiorcy, który korzysta z tych osób przy realizacji zamówienia, a ponadto ujawnienie tego rodzaju informacji nie może spowodować szkody dla samego wykonawcy, np. wskutek „przejęcia” danych pracowników czy współpracowników przez innego wykonawcę, gdyż jeśli dany przedsiębiorca chce uchronić się przed „przejęciem” swoich pracowników przez inne podmioty to ma możliwość skorzystania z innych środków prawnych do tego przeznaczonych tj. za pomocą umowy o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy czy umowy cywilnoprawnej. Wobec powyższego zgodzić należy się z Odwołującym, że wykonawca EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w żaden sposób nie wykazał, że informacje zawarte w złożonej przez niego liście osób stanowią tajemnicą przedsiębiorstwa i nie można ich uzyskać w inny sposób.

Odnosząc się do Załącznika nr 4 oraz 5 - Opinii bankowej oraz Opłaconej polisy ubezpieczeniowej - informacje te stanowią zwykłe potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co więcej, podanego do publicznej wiadomości, tj. posiadania przez niego ubezpieczenia oraz środków finansowych na odpowiednim poziomie wymaganym przez zamawiającego. Dokumenty te z istoty swojej zawierają więc pewną informację na temat zdolności ekonomicznej czy sytuacji finansowej wykonawcy i jego możliwości dokonywania transakcji handlowych, co jednak nie stanowi informacji wrażliwej, zasługującej na ochronę przed dostępem innych podmiotów. Jej ujawnienie w żaden sposób nie może przedsiębiorcy zaszkodzić czy pociągnąć za sobą jakichkolwiek negatywnych konsekwencji. Ponadto, sam fakt złożenia takich dokumentów

przez wykonawcę i brak wykluczenia go z postępowania z uwagi na brak spełniania warunków w postępowaniu stanowią pośrednio potwierdzenie, że spełnia on postawione przez zamawiającego warunki, a tym samym dokumenty te zawierają żadaną przez zamawiającego treść - jawną dla wszystkich. Zatem brak jest podstaw do twierdzenia, że dokumenty te zawierają na tyle ważne informacje dla przedsiębiorcy, że ich ujawnienie może wyrządzić mu szkodę, zwłaszcza że samo ich złożenie w postępowaniu sugeruje ich zawartość. W złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach dotyczących powodów zastrzeżenia opinii bankowej w postępowaniu, EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wskazuje na podpisane przez tego wykonawcę umowy z bankiem. Zauważenia wymaga, że samo wskazanie zawartych umów bez przywoływania ich treści – jak słusznie zauważył Odwołujący - nie stanowi żadnej informacji o istotnym znaczeniu gospodarczym. Jasnym jest bowiem, że przedsiębiorcy zwyczajowo zawierają liczne umowy z bankami, więc ujawnienie takiej informacji nie może takiemu przedsiębiorcy wyrządzić szkody. Wobec tego sama informacja o umowach zawartych z bankiem nie uzasadnia objęcia opinii bankowej tajemnicą a już z pewnością w całości. W udzielonym Zamawiającemu uzasadnieniu co do przyczyn utajnienia części oferty w zakresie polisy ubezpieczeniowej wykonawca EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu nie podniósł żadnych argumentów, które miałyby przemawiać za uznaniem tego dokumentu za stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa poza wskazaniem, że czyni to w każdym postępowaniu, co z oczywistych względów, samo w sobie, nie przemawia za koniecznością ochrony tego dokumentu. Wobec powyższego oczywistym jest, że ww. wykonawca zastrzegł jako poufne informacje, które nie podlegają ochronie z uwagi na swoją istotę a szczególności co jest istotne nie podał żadnych argumentów, które mogłyby przemawiać za uznaniem tych danych za informacje ważne z gospodarczego punktu widzenia.

W odniesieniu do Załącznika nr 12 - Listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej również należy podzielić pogląd wyrażony przez Odwołującego. Zgodzić należy się z Odwołującym, że lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej również nie stanowi informacji chronionej prawnie i nie ma podstaw do jej utajniania w niniejszym stanie faktycznym. Jak trafnie zauważył Odwołujący dokument ten stanowi jedynie informację o istniejących pomiędzy danymi podmiotami powiązaniach kapitałowych, które z istoty swojej nie mają charakteru tajnego. Informacje te można bowiem znaleźć w powszechnie dostępnych rejestrach handlowych, w których wskazuje się osoby pełniące w danym podmiocie funkcje zarządzające lub nadzorcze, oraz wspólników danego podmiotu czy jego właścicieli, co pozwala na ustalenie pewnych powiązań pomiędzy spółkami, które decydują o przynależności do jednej grupy kapitałowej. Są to dane powszechnie dostępne, które bez względu na kraj pochodzenia przedsiębiorcy są i muszą być - z istoty swojej-

jawne. EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu uzasadniając zastrzeżenie tej informacji wskazywał, że stanowi ona jednocześnie listę podmiotów, z którymi ten wykonawca współpracuje, a jej ujawnienie byłoby porównywalne do ujawnienia listy kontrahentów wykonawcy. Zgodzić należy się z Odwołującym, że sama lista podmiotów z grupy kapitałowej nie jest jednocześnie listą kontrahentów i nie wskazuje żadnych szczegółowych danych ani na temat konkretnych powiązań między przedsiębiorcami, ani zakresu, w jakim ze sobą współpracują, ani też warunków tej współpracy. Nie powinno więc ulegać wątpliwości, że sam fakt możliwości współpracy z pewnymi podmiotami nie ma charakteru informacji o wartości gospodarczej, a w konsekwencji nie może podlegać utajnieniu.

Co do Załącznika nr 14 oraz Załącznika nr 18 - Zakresu prac powierzonych podwykonawcom oraz Szczegółowego harmonogramu. Izba również zgodziła się z Odwołującym, że dokumenty, które wskazują na zakres prac powierzonych podwykonawcom czy też szczegółowy harmonogram prac nie mają co do zasady cech informacji posiadającej istotną wartość gospodarczą. Informacja o zakresie prac, jakie mają być powierzone podwykonawcom sama w sobie nie stanowi potwierdzenia, że dany wykonawca nie jest w stanie czy nie posiada kompetencji do realizacji danej części zamówienia, a tym samym nie stanowi informacji mającej znaczenie gospodarcze, techniczne czy technologiczne. Jest to bowiem informacja mająca walor jedynie w ramach danego przetargu i stanowiąca wyraz decyzji podjętej przez wykonawcę wyłącznie w jego zakresie. Z samej tej informacji nie można wyciągać zasadniczo żadnych dalszych wniosków, w tym co do posiadania określonego doświadczenia przez wykonawcę lub jego braku. Powierzenie realizacji części zamówienia innemu podmiotowi nie jest bowiem jednoznaczne z brakiem możliwości jej samodzielnej realizacji, wobec czego sama taka informacja nie ujawnia żadnych informacji podlegających ochronie. Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie można także uznać harmonogramu szczegółowej realizacji przedmiotu zamówienia w ramach postępowania, gdyż jest to również informacja mająca znaczenie jedynie w danym, określonym postępowaniu. Jest to odzwierciedlenie wizji wykonawcy dotyczącej realizacji danego przedmiotu zamówienia, która jest przygotowywana na potrzeby konkretnego projektu i zasadniczo nie może być powielana czy wielokrotnie wykorzystywana. Wobec tego jej ujawnienie nie spowoduje żadnych negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, tym bardziej szkody po jego stronie.

Odnosząc się do Załącznika nr 19 — Formularza cenowego zauważyć należy, że Formularz oferty stanowi część oferty, która zawiera cenę za realizację przedmiotu zamówienia, a więc takie informacje, które nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica

przedsiębiorstwa na mocy art. 8 ust 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust 4 Pzp. w tym m.in. informacji dotyczących ceny. Formularz cenowy zawiera informację o cenach, jakie przedsiębiorca chce zaoferować w ramach danego, konkretnego postępowania zamawiającemu, co nie jest informacją o cenie, jaką musi on ponieść za poszczególne elementy czy prace wyszczególnione w formularzu cenowym. Dlatego też treść formularza cenowego stanowi jedynie konsekwencję strategii cenowej przyjętej przez wykonawcę na potrzeby danego postępowania, która nie jest niezmienna oraz jednakowa w każdym przetargu, wobec czego nie ma charakteru informacji prawnie chronionej. Ponadto jak słusznie zauważył Odwołujący dane zawarte w formularzu cenowym, który stanowi jednocześnie część umowy w sprawie zamówienia publicznego będą i tak jawne po jej zawarciu - umowa taka jest bowiem jawna i podlega udostępnieniu w trybie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego postawionego Zamawiającemu w przedmiocie zaniechania wezwania wykonawcy EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – Izba uznała, że zarzut ten również jest zasadny.

Wartość szacunkowa zamówienia została przez Zamawiającego ustalona na kwotę 8.600.000 zł netto. Przed otwarciem ofert Zamawiający poinformował, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 10.578.000 zł (równą wartości zamówienia powiększonej o stawkę 23% podatku VAT). Trzech wykonawców: GE Power sp. z o.o., EthosEnergy sp. z o.o. oraz Doosan Babcock Energy Polska sp. z o.o. złożyło oferty w niniejszym postępowaniu. Bezspornym jest również to, że cena brutto oferty wykonawcy EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wynosiła 6.135.535,20 zł i była o 42% niższa od przyjętej przez Zamawiającego wartości zamówienia, która powiększona o stawkę 23% VAT wyniosła 10.578.000 zł. Z uwagi, iż różnica pomiędzy wartością zamówienia a ceną tej oferty przekraczała 30%, to zgodnie z jednoznacznym brzmieniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (w brzmieniu sprzed nowelizacji Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r.) powstało podejrzenie, że cena jest rażąco niska, wobec czego Zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO, zgodnie z którym *„Jeżeli zamawiający ma uzasadnione wątpliwości co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, wówczas wzywa wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. do złożenia wyjaśnień, przy czym zamawiający ma obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej w przypadku, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub*

30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert” (wyrok z dnia 12 maja 2016 r., sygn. akt KIO 638/16). Przepis ten bowiem nie ma charakteru fakultatywnego, lecz nakłada na zamawiającego bezwarunkowy obowiązek wezwania wykonawcy do udzielenia stosownych wyjaśnień zawsze, gdy cena jest niższa o 30% od szacunków zamawiającego. Ponadto w orzecznictwie rozstrzygnięto również spór co do rozumienia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp., bowiem „przepis art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., w którym rzeczywiście nie wspomniano o tym, że do wartości zamówienia należy dodać kwotę podatku, nie można interpretować w sposób zakładający nieracjonalność ustawodawcy (wykładnia ad absurdum). Taki bowiem skutek przyniosłoby bowiem bezkrytyczne przenoszenie siatki pojęciowej z art. 32 ustawy Pzp i porównywanie wartości całkowicie nieporównywalnych (...) proponowana wykładnia prowadziłaby do niewszczywania procedury wyjaśniającej, pomimo istnienia znacznej różnicy, jednakże konsumowanej przez podatek VAT. Sytuacja taka miałaby miejsce, gdyby porównać cenę ofertową brutto do wartości zamówienia bez podatku VAT. Wykładnię taką należy odrzucić. Jak wynika z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp, jest ustalenie czy cena oferty jest rażąco niska w "stosunku do przedmiotu zamówienia". Badany jest zatem stosunek ceny ofertowej do danej dostawy, usługi czy roboty, której opis zamieszczono w SIWZ i którą wykonawcy mają wykonać za zaoferowaną cenę. Skoro zgodnie z obowiązującymi przepisami dana dostawa, usługa czy robota obłożona jest podatkiem VAT, to badanie ceny ofertowej brutto musi odnosić się do szacowanego wynagrodzenia wykonawcy także obejmującego ten podatek” (wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r., sygn. akt KIO 50015).

Wobec powyższego Zamawiający powinien wezwać wykonawcę EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu do złożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów wskazanych w petitum odwołania miało istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania. Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania – jednocześnie z zastrzeżeniem ich niewykonania na moment orzekania – Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawcę EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz uznania za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa Załączników numer: 3 - Wykazu osób wraz z załącznikami, 4 - Opinii bankowej, 5 – Polisy ubezpieczeniowej, 12 – Listy podmiotów

należących do tej samej grupy kapitałowej, 14 – Zakresu prac powierzonych podwykonawcom, 18 – Szczegółowego harmonogramu i 19 – Formularza cenowego, oferty złożonej przez wykonawcę EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2, 3 pkt 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 2, 3 ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zasądziła od Przystępującego (jako wnoszącego sprzeciw w niniejszej sprawie) na rzecz Odwołującego oraz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie po 3.600 zł. dla każdej ze stron. Na marginesie wypada tylko dodać, że Izba orzekła w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia, z którego wynika, że strona wnosząca sprzeciw - w przypadku gdy Izba nie podzieli jej stanowiska - zobowiązana jest ponieść koszty o których mowa w § 3 pkt 2 ww. rozporządzenia (m. in. dotyczące wynagrodzenia pełnomocnika) na rzecz Odwołującego lub Zamawiającego. Skoro w niniejszym przepisie mamy do czynienia z alternatywą łączną, gdzie spójnik „lub” oznacza że mogą być także jednocześnie spełnione obie przesłanki – t.j. wnoszący sprzeciw ponieść koszty na rzecz Odwołującego jak i Zamawiającego - zatem uzasadnionym jest zasądzenie od wykonawcy EthosEnergy Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu zarówno na rzecz Odwołującego jak i Zamawiającego po kwocie 3.600 zł dla każdej ze stron.

Przewodniczący:

.....