

## WYROK

z dnia 4 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę M. O., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą EQUIPO M. O. w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych „Stary Las” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Starym Lesie, przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo EKOLOBUD SA w Suwałkach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

### 1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – M. O., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą EQUIPO M. O. i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr [słownie: dwudziestu tysięcy złotych, zero groszy] uiszczoną przez M. O., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą EQUIPO M. O. tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Odwołującego Marty O., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą EQUIPO M. O. na rzecz Zamawiającego – Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych „Stary Las” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Starym Lesie kwotę 3 974 zł 00 gr [trzech tysięcy dziewięciuset siedemdziesięciu czterech złotych, zero groszy] stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz stawiennictwa na posiedzenie: noclegu oraz parkingu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Gdańsku.

**Skład orzekający:**

**Sygn. akt: KIO 1754/14**

## **Uzasadnienie**

I. Zamawiający – Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych „Stary Las” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Starym Lesie prowadzi postępowanie na *„Projektowanie i budowę instalacji biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, z możliwością biologicznego suszenia wraz z budową i przebudową infrastruktury towarzyszącej dla Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych „Stary Las” Sp. z o.o., w miejscowości Stary Las, gm. Starogard Gdański w ramach projektu ” Racionalizacja Gospodarki odpadami poprzez budowę Zakładu Utylizacji Odpadów Komunalnych „Stary Las”*. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Odwołujący w dniu 25 sierpnia 2014 r. złożył odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo EKOLOBUD SA w Suwałkach, a także zaniechanie odtajnienia części oferty, jako nie stanowiącej tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy „Ekolobud” jako najkorzystniejszej,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „Ekolobud” jako niezgodnej z zapisami SIWZ oraz w związku z pkt 2 ppkt 20 PFU oraz złożoną ofertą na stronie 6 pozycja 4 w tabeli wykazu robót budowlanych,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1–3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia oraz udostępnienia dokumentów oraz oświadczeń złożonych przez wykonawcę „Ekolobud” w ofercie, tj. wykazu cen sporządzonego na podstawie załącznika nr 7 do SIWZ, propozycji wykonawcy sporządzonego na podstawie załącznika nr 8 do SIWZ wraz z wykazem wyposażenia i urządzeń oraz załączonymi kartami katalogowymi oraz kalkulacją wykonawcy.

W oparciu o tak wyrażone zarzuty, Odwołujący postawił żądania nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) odtajnienia oraz udostępnienia Odwołującemu oferty wykonawcy „Ekolobud” oraz dokumentów i oświadczeń złożonych w drodze wezwań do wyjaśnień oraz uzupełnień w zakresie przedmiotu zamówienia,

- 3) ponownego podjęcia czynności badania i oceny ofert,
- 4) odrzucenia oferty „Ekolobud” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z pkt 2 ppkt 20 PFU [str. 31) oraz złożoną ofertą na stronie 6 pozycja 4 w tabeli wykazu robót budowlanych,
- 5) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że:

[1] Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego wykonawca zobowiązany będzie m.in. do opracowania dokumentacji projektowej dla zadania oraz wykonania robót budowlano – montażowych obejmujących: obiekty kubaturowe, w tym w szczególności: „1) budowę instalacji biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, o przepustowości min. 40 000 Mg/rok, z możliwością biologicznego suszenia w ilościach min. 60 000 Mg/rok lub kompostowania w ilości min. 20 000 Mg/rok, wraz z całą infrastrukturą drogową, placem magazynowo – manewrowym i przyłączami do sieci, wodociągowej, energetycznej i AKPiA, przebudową sieci p–poż, budową sieci kanalizacji technologicznej z pompownią oraz dostawą i montażem maszyn, urządzeń i wyposażenia instalacji przetwarzania odpadów, 2) Rozbudowę oczyszczalni ścieków do przepustowości min 120 m<sup>3</sup>/d oraz budowę zbiornika na ścieki surowe o pojemności min 1000 m<sup>3</sup>, a także zbiornika na ścieki oczyszczone o pojemności min 1 500 m<sup>3</sup>, wraz z przebudową i rozbudową infrastruktury drogowej, placu manewrowego i przyłączami do sieci kanalizacyjnej, wodociągowej, energetycznej i AKPiA. 3) Budowę budynku sterowni z punktem do wykonywania podstawowych analiz fizykochemicznych odpadów oraz zapleczem socjalno– bytowym i magazynowym wraz z niezbędnymi przełożeniami sieci istniejących i budową przyłączy do sieci kanalizacyjnej, sieci co , sieci wodociągowej, energetycznej i AKPiA”. [rozdział III. A pkt 2 lit. c) SIWZ]. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, zobowiązani byli do wykazania się wiedzą i doświadczeniem koniecznym dla zapewnienia gwarancji należytego wykonania zamówienia. Zamawiający w rozdziale V pkt 2 SIWZ wskazał, iż uzna warunek posiadania wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeżeli „*Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, roboty polegające na budowie lub rozbudowie co najmniej: – jednej instalacji do biologicznej stabilizacji odpadów, co najmniej frakcji 0– 80 mm wydzielonej z odpadów komunalnych zmieszanych, o przepustowości minimum 25.000 Mg/rok*”. Jednocześnie Zamawiający wykluczył w Programie Funkcjonalno – Użytkowym stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ, w zakresie realizowanej instalacji stabilizacji: *zastosowanie instalacji i rozwiązań technologicznych prototypowych. Zamawiający wyklucza możliwość zastosowania maszyn,*

*urządzeń i wyposażenia oraz rozwiązań konstrukcyjnych mających charakter prototypowy. Wymaga się zastosowanie instalacji i rozwiązań technologicznych, które nieprzerwanie działają od minimum 12 miesięcy licząc wstecz od dnia ogłoszenia postępowania przetargowego [pkt 2 ppkt 20, str. 31 PFU].*

Zdaniem Odwołującego, oferta wykonawcy „Ekolobud”, uznana za najkorzystniejszą, nie spełnia wymagań Zamawiającego określonych w pkt 2 ppkt 20, str. 31 PFU, tj. w zakresie wykluczenia możliwości oferowania rozwiązań prototypowych. Zgodnie bowiem z treścią wykazu robót budowlanych przedstawionych przez wykonawcę „Ekolobud”, wykonawca ten wykazał się wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego w zakresie dostarczenia i uruchomienia instalacji technologicznej do biologicznej stabilizacji odpadów, którą wykonał na rzecz Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Ścinawce Dolnej. Z wykazu robót budowlanych oraz załączonych referencji wynika, iż instalacja ta została wykonana w czasie od czerwca 2013 r. do grudnia 2013 r. Podmiot trzeci, który wykonał wskazaną instalację, tj. Instytut Energii Sp. z o.o. w oświadczeniu sporządzonym na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy zobowiązał się do udostępnienia niezbędnych zasobów wykonawcy „Ekolobud” w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz poprzez udostępnienie technologii, urządzeń oraz ich specyfikacji technicznych. Biorąc pod uwagę, iż zrealizowana przez podmiot trzeci instalacja technologiczna do biologicznej stabilizacji odpadów w Ścinawce Dolnej funkcjonuje od grudnia 2013 r., a tym samym nie jest instalacją działającą nieprzerwanie od minimum 12 miesięcy licząc wstecz od dnia ogłoszenia postępowania przetargowego [jak wynika z wymagania określonego pkt 2 ppkt 20, str. 31 PFU], należy uznać, iż wykonawca „Ekolobud” korzystając z technologii oraz urządzeń udostępnionych przez podmiot trzeci, tj. Instytut Energii Sp. z o.o. oferuje rozwiązania, które w rozumieniu Zamawiającego stanowią technologie prototypowe, niesprawdzone. Tym samym, należy uznać, iż istnieje poważna obawa, że wykonawca „Ekolobud” oferuje rozwiązania nie odpowiadające wymaganiom Zamawiającego w zakresie instalacji do stabilizacji odpadów. Stąd wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany z naruszeniem prawa, ponieważ Zamawiający wybrał ofertę, która nie spełnia wymagań określonych w SIWZ. Odwołujący podniósł, iż przepisy ustawy w tym zakresie są jednoznaczne: Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty, która nie spełnia wymagań określonych w SIWZ. Stąd, Odwołujący wniósł o odrzucenie oferty wykonawcy „Ekolobud” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ze względu na wymaganie zawarte w pkt 2 ppkt 20 PFU oraz złożoną ofertą wykonawcy „Ekolobud” na stronie 6, pozycja 4 tabeli wykazu robót budowlanych.

[2] Odnosząc się do zarzutu w zakresie zaniechania odtajnienia dokumentów oraz oświadczeń składających się na ofertę wykonawcy „Ekolobud”, Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie dochował należytej staranności podczas czynności badania zasadności utajnienia dokumentów, takich jak: wykaz cen oraz propozycja wykonawcy sporządzone na podstawie załącznika nr 7 i 8 do SIWZ oraz dołączonych do wykazów kart katalogowych dotyczących oferowanych urządzeń. Odwołujący wskazał, iż przepis art. 8 ust. 1 ustawy wyraża generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To na Zamawiającym, jako gospodarzu postępowania ciąży obowiązek przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami określonymi w ustawie, w tym również zasady jawności. Zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy Zamawiający ma prawo ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, ale jedynie w przypadkach określonych w ustawie. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy wskazuje na przypadki uzasadniające ograniczenie dostępu do informacji: *„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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Do konkursu przepis stosuje się odpowiednio”*. Odwołując się zatem do treści przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawodawca miał na myśli przepis art. 11 ust. 4 uznk. Zdaniem Odwołującego, z art. 8 ust. 3 ustawy wynika zatem obowiązek Zamawiającego do zbadania, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w rzeczywistości stanowią tajemnicę w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Takie stanowisko potwierdza orzecznictwo, w tym również Sądu Najwyższego. Zgodnie z wyrokiem III CZP 74/05 z dnia 21 października 2005r.: *„W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta – na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.], – zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”*. Mając zatem powyższe na uwadze, Zamawiający winien był zastanowić się, czy w istocie, złożone przez wykonawcę „Ekolobud” oświadczenia oraz dokumenty spełniają warunki określone w art. 11 ust. 4 uznk. Zgodnie z niniejszym przepisem *„przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”*. Zgodnie z orzecznictwem oraz doktryną [na co wskazuje m.in. wyrok Sądu Najwyższego

z dnia 3 października 2000r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59], aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi ona spełniać następujące warunki: 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, 2) informacja ta nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Należy pamiętać, iż wskazane warunki muszą być spełnione łącznie. Zamawiający jako gospodarz postępowania jest zobowiązany do dokonania każdorazowo indywidualnej oceny danego dokumentu zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa, w celu zbadania, czy zawiera on informacje spełniające łącznie wszystkie wyżej wymienione przesłanki, uzasadniające utajnienie. Zamawiający przy dokonaniu wskazanych czynności winien zachować należyłą staranność, stąd w przypadku, gdy dany dokument lub oświadczenie jedynie w części spełnia przesłanki utajnienia, powinien on podjąć czynności zmierzające do odtajnienia oraz udostępnienia tych treści dokumentów i oświadczeń, których nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Często zdarza się bowiem, iż wykonawcy utajniają całość dokumentu, mimo, iż jedynie część ich treści spełnia warunki tajemnicy przedsiębiorstwa, co należy uznać za działanie nieuprawnione [zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 11 lipca 2011 r., KIO 1368/13]. Zdaniem Odwoływającego, wskazane przez niego dokumenty i oświadczenia, które zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę „Ekolobud” nie spełniają przesłanek wynikających z art. 11 ust., 4 uznk. Jednocześnie Odwoływający wskazał, iż ze względu na niezasadność zastrzeżenia tychże dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie istnieje podstawa prawna do podtrzymywania utajnienia dokumentów oraz oświadczeń składanych w drodze uzupełnień oraz wyjaśnień przez wykonawcę „Ekolobud” w zakresie treści odpowiadających niezasadnie utajnionym dokumentom oferty. Odnosząc się do poszczególnych dokumentów, które zostały utajnione przez wykonawcę „Ekolobud”, zdaniem Odwoływającego, za niezasadne należy uznać w szczególności utajnienie propozycji wykonawcy sporządzonej na podstawie załącznika nr 8 do SIWZ wraz z wykazem oferowanych urządzeń i wyposażenia oraz kartami katalogowymi tychże urządzeń. Należy bowiem wskazać, iż oferowane w niniejszym postępowaniu rozwiązania technologiczne nie stanowią rozwiązań niestandardowych, w szczególności w zakresie oferowanego wyposażenia oraz urządzeń. Należy wskazać, iż Zamawiający bardzo szczegółowo określił wymagania dotyczące poszczególnych rozwiązań oraz wyposażenia, które wykonawca zobowiązany jest dostarczyć w ramach zamówienia oraz zainstalować na realizowanych obiektach. Ponadto, określił również sposób realizacji zamówienia w Programie Funkcjonalno – Użytkowym stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ. Nie należy zapominać, iż wymagania dotyczące oferowanych urządzeń oraz wyposażenia jako część dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są jawne i publicznie dostępne. Nie można również uznać, iż nazwa producenta oraz typ i model

oferowanego urządzenia stanowi informację o charakterze koncepcyjnym, chronionym prawem autorskim, stanowiącym „know – how” wykonawcy. Z tego względu, zdaniem Odwołującego, Zamawiający zaniechał dokonania dokładnej i należytej oceny, czy w istocie zastrzeżenie wykazu oferowanych urządzeń i wyposażenia wraz z kartami katalogowymi było zasadne. Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2013 r. KIO 1283/13: *„Także informacja dotycząca modeli urządzeń wskazanych w Formularzu jest, zdaniem Izby, informacją o charakterze publicznej informacji komercyjnej, umieszczanej standardowo we wszystkich cennikach i katalogach producentów i tym samym twierdzenia Przystępującego MAXTO, że poprzez umieszczenie nazw modeli kilku urządzeń informacje zawarte w wykazie nabywają cechę "ściśle powiązanych ze sobą danych stanowiących informację o specyficznych rozwiązaniach technicznych opracowanych w odniesieniu do konkretnego i z pewnością przedstawiająca wartość gospodarczą" jest nieuzasadnione*”. Również w wyroku z dnia 30 października 2013 r., KIO 2398/13 Izba stwierdziła: *„Okoliczność, że pewne jego elementy wymagają wypełnienia poprzez podanie producenta i modelu urządzenia, tudzież producenta, nazwy, wersji oprogramowania nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania jego twórczego, koncepcyjnego charakteru. Przystępujący podnosił na rozprawie, że nie wymagał Zamawiający przedłożenia koncepcji systemu, z kolei z pisma procesowego Przystępującego z dnia 28.10.2013 r. wynika, że za taką koncepcję uznawał zał. nr 3 do SIWZ. Naturalnie „opasowanie” zaoferowanego asortymentu do wymagań Zamawiającego ma pewien rodzaj pracy koncepcyjnej, ale w ocenie Izby, w tym stanie faktycznym, jest on niewystarczający do uznania zaistnienia podstaw do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Sama możliwość zaoferowania różnego asortymentu spełniającego wymogi Zamawiającego to za mało. Izba w tym zakresie kierowała się wyrokiem KIO z dnia 07.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1239/13 uznając niniejszy za adekwatny do przedmiotowego stanu faktycznego*”. Podobnie stwierdził Odwołujący o kartach katalogowych dołączanych do propozycji wykonawcy. Zdaniem Odwołującego, wskazane karty stanowią materiały tworzone dla licznego grona odbiorców. Stąd nie można uznać, iż stanowią one dokumenty niejawne, ponieważ karty katalogowe są udostępniane publicznie przez producentów dla potencjalnych klientów. Nie można również uznać, iż wskazane karty zawierają dane o charakterze technicznym lub technologicznym, lecz zawierają one informację, że wskazane urządzenia oraz wyposażenie spełnia wymagania określone w SIWZ. Nie sposób również uznać, że w kartach katalogowych umieszczone są informacje dotyczące rozwiązań autorskich, o charakterze koncepcyjnym. Karty katalogowe mają bowiem na celu potwierdzenie spełniania parametrów przez dane urządzenie i stanowią one jedynie zestawienie tychże parametrów. Dlatego nie można uznać, że karty katalogowe jako dokument spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 4 uznk. Odwołujący przywołał fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2011r., KIO 399/11:



*„Zdaniem Izby znajdujące się w części zastrzeżonej oferty Przystępującego informacje nie mieszczą się w powyższej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności karty charakterystyki produktów nie można uznać za dokumenty stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, jako, że informacje tam zawarte zostały skierowane przez producentów do szerokiego grona odbiorców. Dokumenty te, jako ujawnione do wiadomości publicznej, nie spełniają wskazanego w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, warunku do uznania informacji w nich zawartych za tajemnicę przedsiębiorstwa. [...] W uchwale Sądu Najwyższego – Izby Cywilnej z dnia 21.10.2005r., sygn. akt III CZP 74/05, opublikowanej w publikatorze Orzecnictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2006, Nr 7–8, poz. 122, str. 64 postawiono istotną tezę orzeczniczą, zgodnie z którą, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta – na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm.] – zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Powyższe orzecznictwo potwierdza stanowisko Odwołującego. Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż Zamawiający winien dochować należytej staranności dokonując oceny czynności zastrzeżenia dokumentów oraz oświadczeń składających się na ofertę jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Również na wykonawcy, który poczynił takie zastrzeżenie ciąży obowiązek odpowiedniego wykazania, iż informacje zawarte w ofercie spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 4 uznk – „Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony, zaś brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia” [wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2013 r., KIO 2773/13]. Ponadto, działanie Zamawiającego w postaci utajnienia dokumentów złożonych w drodze wyjaśnień lub uzupełnień przez wykonawcę „Ekolobud” stanowi naruszenie art. 8 ust. 1–3 ustawy, gdyż wykonawca na etapie składania ofert nie zastrzegł informacji podmiotowych w jakiegokolwiek postaci jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.*

III. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podzielił część zarzutów podniesionych w odwołaniu, to jest dotyczących – po części – tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający wskazał, że:

[1] W celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego wiedzy i doświadczenia, wykonawca „Ekolobud”, złożył wraz z ofertą wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym wskazał, dostarczenie i uruchomienie instalacji technologicznej do biologicznej stabilizacji odpadów o frakcji co najmniej 0–80 mm, wydzielonej z odpadów komunalnych zmieszanych o wydajności 90 000 Mg/rok. Zamówienie zostało wykonane w okresie od 06.2013 r. do 12.2013 r., dla Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Ścinawce Dolnej, należącej do spółki Pro Eko Natura Sp. z o.o., a wykonawcą zamówienia był Instytut Energii Sp. z o.o., który oddał swoje zasoby, m.in. w postaci doświadczenia, do dyspozycji „Ekolobud” S.A., co zostało potwierdzone pisemnym zobowiązaniem złożonym wraz z ofertą. W świetle powyższego Zamawiający uznał, iż wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Z brzmienia przywołanego warunku udziału w postępowaniu, nie wynika bowiem konieczność wykazania się instalacją działającą nieprzerwanie minimum 12 miesięcy. Podobnie fakt, że podmiot trzeci udostępnia swoje zasoby, w postaci doświadczenia zdobytego podczas realizacji inwestycji w Ścinawce Dolnej, nie przesądza o zaoferowaniu przez wykonawcę „Ekolobud” rozwiązania niezgodnego z SIWZ. Odwołujący w nieuprawniony sposób utożsamia doświadczenie wykonawcy wskazane w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu z merytoryczną treścią oferty. W Programie Funkcjonalno–Użytkowym [PFU], stanowiącym załącznik nr 10 do STWZ, zatytułowanym „Wymagania zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia”, w ust. 2 „Instalacja stabilizacji”, pkt 20 zamawiający wskazał, że wyklucza zastosowanie instalacji i rozwiązań technologicznych prototypowych – maszyn, urządzeń i wyposażenia oraz rozwiązań konstrukcyjnych mających charakter prototypowy. Wymaga natomiast zastosowania instalacji i rozwiązań technologicznych, które nieprzerwanie działają od minimum 12 miesięcy licząc wstecz od dnia ogłoszenia postępowania przetargowego. Powyższe wymagania odnoszą się do fazy realizacyjnej zamówienia – etapu projektowania i wykonawstwa. Jednocześnie, Zamawiający nie żądał w SIWZ przedłożenia w tym zakresie dokumentów potwierdzających, że oferowane roboty spełniają wymagania zamawiającego. W związku z wymogiem sformułowanym w PFU, w trakcie badania, ofert, Zamawiający wezwał Wykonawcę „Ekolobud” do wyjaśnienia, czy oferowane przez niego instalacje i rozwiązania technologiczne w zakresie instalacji stabilizacji, działają nieprzerwanie od minimum 12 miesięcy, licząc wstecz od dnia ogłoszenia postępowania przetargowego [pkt. 2.9. wezwania z dnia 26.06.2014 r.]. W odpowiedzi na wezwanie, Ekolobud wyjaśnił, że zostaną zastosowane instalacje i rozwiązania technologiczne, które nie są prototypowe, funkcjonujące nieprzerwanie od co najmniej 12 miesięcy. W celu potwierdzenia powyższego przedłożył list referencyjny z Zakładu Usług Komunalnych USKOM Spółka z o.o. poświadczający wypracowanie i dostawę rozwiązań w trzech instalacjach biologicznego przetwarzania odpadów [pismo

Wykonawcy z dnia 8 lipca 2014 r.]. Informacje powyższe zamawiający potwierdził również bezpośrednio u inwestora – Zakładu Usług Komunalnych USKOM spółka z o.o. w Mławie, [odpowieź USKOM z dnia 31.07.2014 r.]. Przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie wyjaśniające potwierdziło, iż oferowane przez wykonawcę rozwiązania spełniają wymagania wskazane w Rozdz. 11 ust. 2 pkt. 20 PFU. W związku z powyższym, zarzut Odwołującego w zakresie niezgodności oferty z treścią SIWZ i wyboru oferty podlegającej odrzuceniu jest całkowicie niezasadny.

**[2]** W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia oraz udostępnienia dokumentów oraz oświadczeń złożonych przez wykonawcę „Ekolobud” w ofercie Zamawiający podał, że w związku z wniesionym odwołaniem, ponownie przeanalizował zasadność zastrzeżenia dokumentów w ofercie Wykonawcy i wskutek tego dnia 3 września 2014 r. przekazał wykonawcom informację o częściowym uwzględnieniu zarzutów odwołania w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w części dotyczącej zaniechania odtajnienia oferty Wykonawcy w zakresie: wykazu cen, kalkulacji kosztów eksploatacji, stanowiącej część propozycji wykonawcy w zakresie oczyszczalni ścieków oraz kalkulacji kosztów eksploatacji, stanowiącej część propozycji wykonawcy w zakresie instalacji stabilizacji. Zamawiający uznał zatem zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa wobec wykazu cen oraz kalkulacji kosztów eksploatacji za nieskuteczne. W konsekwencji za jawne uznał również wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie w jakim dotyczyły one ww. dokumentów. W pozostałym zakresie, Zamawiający podtrzymał zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do części dokumentów: propozycja wykonawcy – oczyszczalnia ścieków, propozycja wykonawcy – instalacja stabilizacji.

Zamawiający podał, że Wykonawca Ekolobud S.A. zastrzegł w swojej ofercie, jako tajemnicę przedsiębiorstwa., następujące informacje: wykaz cen, propozycja wykonawcy – oczyszczalnia ścieków, propozycja wykonawcy– instalacja stabilizacji. Oferty zostały otwarte 23 maja 2014 r. Dnia 30 maja 2014 r., w odpowiedzi na wniosek o wgląd do ofert, Odwołującemu została udostępniona niezastrzeżona przez Wykonawcę część oferty. Jednocześnie w tym samym dniu, Zamawiający wszczął postępowanie mające na celu ustalenie zasadności zastrzeżenia informacji w ofertach wykonawców jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca „Ekolobud”, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 2 czerwca 2014 r. wyjaśnił, że zastrzeżone w treści oferty informacje:

- 1) wykaz cen – ma charakter informacji ekonomicznych i handlowych;
- 2) Propozycja Wykonawcy – oczyszczalnia ścieków – ma charakter informacji technicznych i technologicznych związanych z technologią oczyszczalni ścieków, która stanowi know-how Wykonawcy;

3) Propozycja Wykonawcy – instalacja stabilizacji – ma charakter informacji technicznych i technologicznych związanych z technologią instalacji stabilizacji, która stanowi know-how Wykonawcy.

Wykonawca oświadczył również, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, posiadają dla niego wartość gospodarczą, co do których podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności oraz oświadczył, że przedmiotowe informacje nie zostały ujawnione w żadnym innym postępowaniu publicznym i niepublicznym. Wobec powyższego Zamawiający uznał, iż zostały spełnione przesłania o których mowa w wyroku Sądu Najwyższego z 3 października. 2000 r. [I CKN 304/00, który precyzuje, kiedy daną informację można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżone informacje niewątpliwie mają charakter technologiczny, dotyczą procesu technologicznego, najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania i metod działania. Zawierają również informacje handlowe obejmujące wiadomości przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązane bezpośrednio z cyklem produkcyjnym [wyrok SN z 3 października 2000 r., sygn. akt II CKN 304/00, LEX nr 45342]. Wykonawca oświadczył również, że informacje te stanowią dane nieujawnione do wiadomości publicznej, co do których podjął celowe czynności zapobiegające ich rozpowszechnianiu. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.] to czy daną informację można uznać czy też nie za tajemnicę przedsiębiorstwa decyduje istotność informacji z punktu widzenia interesów przedsiębiorcy oraz czynności, jakie on podjął w celu ochrony informacji. Odwołujący, 18 sierpnia 2014 r., po wyborze oferty najkorzystniejszej, przesłał do Zamawiającego wniosek o odtajnienie i o udostępnienie pozostałych części ofert wykonawców: Przedsiębiorstwa „Ekolobud” S.A., Korporacji Budowlanej „Doraco” S.A., które nie zostały udostępnione [na wniosek] w dniu 30 maja 2014 r. Niezwłocznie, w dniu 19 sierpnia 2014 r., Zamawiający udzielił odpowiedzi na wniosek Odwołującego, informując, że przeprowadził postępowanie wyjaśniające w celu ustalenia zasadności utajnienia ofert. Na podstawie uzyskanych wyjaśnień, analizy treści zastrzeżonych ofert, Zamawiający uznał, że zastrzeżenie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa zostało dokonane skutecznie. Wobec powyższego Zamawiający odmówił udostępnienia zastrzeżonych części ofert, na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Wbrew temu co twierdzi Odwołujący, Zamawiający utajnił jedynie wyraźnie zastrzeżoną część oferty, tj. wykaz cen, propozycję wykonawcy – oczyszczalnia ścieków, propozycję wykonawcy – instalacja stabilizacji oraz w konsekwencji – wyjaśnienia wykonawcy dotyczące tychże zastrzeżonych informacji. W pozostałym zakresie oferta, jak również wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów były jawne. W szczególności Zamawiający nie utajnił żadnych dokumentów podmiotowych,

potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Istotne jest również, że Odwołujący nie zwracał się do zamawiającego o udostępnienie innych informacji poza wskazanymi jako zastrzeżone. Wniosek Odwołującego z dnia 18 sierpnia 2014 r., nosi wprawdzie nazwę „Wniosek o udostępnienie ofert złożonych przez wykonawcę oraz uzupełnień i wyjaśnień”, jednak z jego treści wynika, iż Odwołującego interesuje część oferty dotąd nie ujawniona, a więc zastrzeżona w oświadczeniu złożonym z ofertą jako tajemnica przedsiębiorstwa. Gdyby nawet przyjąć, że wniosek obejmuje również złożone przez Wykonawcę, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wyjaśnienia i uzupełnione dokumenty, to miały one dotyczyć zastrzeżonej części oferty. Ponadto zamawiający w odpowiedzi z dnia 19 sierpnia nie informował, że uznaje za skutecznie zastrzeżone inne informacje poza wskazanymi w oświadczeniu wykonawcy złożonym w ofercie. Następnego dnia 29 sierpnia 2014 r. Zamawiający, po analizie zarzutów odwołania, zwrócił się do Wykonawcy „Ekolobud” o zgodę na odtajnienie zastrzeżonej części oferty. W odpowiedzi na wniosek Zamawiającego, Wykonawca przedstawił ponownie argumentację uzasadniającą zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa Propozycji wykonawcy w zakresie oczyszczalni ścieków i instalacji stabilizacji. Przedstawione w odpowiedzi Wykonawcy argumenty, w opinii Zamawiającego nie pozwalają na odtajnienie oferty w zakresie szerszym niż uczynił to Zamawiający.

**IV.** Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Przedsiębiorstwo EKOLOBUD SA w Suwałkach, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

Nie dopuszczono do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, zgłaszającego przystąpienie po stronie Odwołującego. Przepis art. 185 ust. 2 zd. pierwsze ustawy stanowi bowiem, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Interes, o którym mowa w powołanym przepisie nie jest tożsamy z interesem, którego wymaga przepis art. 179 ust. 1 ustawy od odwołującego, to jest interesem w uzyskaniu danego zamówienia. Interes przystępującego do postępowania odwoławczego jest determinowany interesem strony, do której nastąpiło zgłoszenie przystąpienia. Wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana jako najmniej korzystna spośród trzech ofert złożonych w postępowaniu nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, którego odwołanie zmierza do wyeliminowania oferty najkorzystniejszej [odrzućenia oferty Przedsiębiorstwa EKOLOBUD SA w Suwałkach], a w konsekwencji – do wyboru oferty

Odwołującego. Odrzucenie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo EKOLOBUD SA w Suwałkach jest czynnością neutralną dla wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, nie spowoduje bowiem wyboru oferty tego wykonawcy, w żaden sposób nie przełoży się także na sytuację tego wykonawcy. W razie uwzględnienia zarzutów odwołania w sposób postulowany w odwołaniu, sytuacja wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku nie ulegnie zmianie.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, i zważyła, co następuje:**

#### **I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia.

#### **II. ROZSTRZYGNIECIE O ZARZUTACH ODWOŁANIA**

Odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

**[1] w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa EKOLOBUD SA w Suwałkach:**

Dla oceny zasadności zarzutów, osadzonych w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie postulowanych w odwołaniu podstaw odrzucenia oferty Przystępującego, konieczne jest w pierwszym rzędzie dokonanie analizy treści tego postanowienia i wyczytanie obowiązków, jakie w związku z nim ciążyły na wykonawcach.

Sporne postanowienie, dotyczące opisu przedmiotu zamówienia ma następującą treść: *„Wyklucza się zastosowanie instalacji i rozwiązań technologicznych prototypowych. Zamawiający wyklucza możliwość zastosowania maszyn, urządzeń i wyposażenia oraz rozwiązań konstrukcyjnych mających charakter prototypowy. Wymaga się zastosowanie instalacji i rozwiązań technologicznych, które nieprzerwanie działają od minimum 12 miesięcy licząc wstecz od dnia ogłoszenia postępowania przetargowego.”*

Biorąc pod uwagę brzmienie spornego postanowienia SIWZ, uznano – po pierwsze – że wyraźnie z niego wynika, że wykonawca obowiązany jest zaoferować w opracowanej przez siebie koncepcji takie rozwiązanie, które nie będzie miało charakteru prototypowego, to jest, które będzie w praktyce funkcjonowało przynajmniej przez 12 miesięcy.

Treść oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo EKOLOBUD SA w Suwałkach wskazuje, że wykonawca takie rozwiązanie zaoferował. Wynika to zarówno z treści złożonej oferty jak i złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień treści oferty, w których wykonawca podał, że wykonane przez podmiot trzeci zadania na rzecz Zakładu Usług Komunalnych USKOM sp. z o.o. opierają się na technologii nie będącej prototypową w rozumieniu SIWZ opracowanej na użytek przedmiotowego postępowania. Wykonawca Przedsiębiorstwo EKOLOBUD SA w Suwałkach opatrzył te wyjaśnienia dodatkowo referencjami odbiorcy zadania [Zakładu Usług Komunalnych USKOM sp. z o.o.], potwierdzającymi wypracowanie i dostawę rozwiązań w trzech instalacjach biologicznego przetwarzania odpadów. Podano tam trzy zadania, wykonane na rzecz różnych podmiotów, ze wskazaniem okresów realizacji tych zadań, potwierdzające, że technologia zaoferowana nie jest prototypową – że jest wykorzystywana w już wykonanych przedsięwzięciach, które oddano dawniej niż rok temu. Dodatkowo, Zamawiający zwrócił się do inwestora, to jest Zakładu Usług Komunalnych USKOM sp. z o.o. w Mławie, który potwierdził, że technologia którą Przystępujący zaoferował jako tę, którą zamierza wykorzystać, nie jest prototypowa.

W oparciu o powyższe, Zamawiający zasadnie przyjął, że wykonawca Przedsiębiorstwo EKOLOBUD SA w Suwałkach oferuje rozwiązanie zgodne z wymaganiami stawianymi treścią SIWZ, w tym pkt 20 Programu Funkcjonalno – Użytkowego, to jest rozwiązanie nie mające charakteru prototypowego [użytkowanego co najmniej przez 12 miesięcy od dnia ogłoszenia postępowania o zamówieniu].

Trzy wskazane przez Przedsiębiorstwo EKOLOBUD SA w Suwałkach zadania, wykonane przez Instytut Energii sp. z o.o. potwierdzają zastosowanie technologii nieprototypowej, w rozumieniu przyjętym w postępowaniu. Odwołujący powyższego nie zakwestionował – postawione na rozprawie zastrzeżenia co do tych zadań [takie jak np. że dwa zadania wykorzystują technologię innego podmiotu niż Instytut Energii sp. z o.o.] nie zostały podniesione w odwołaniu, nie mogły być zatem brane pod uwagę. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 7 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem, odwołanie może podlegać rozstrzygnięciu w zakresie, jaki wynika z podniesionych zarzutów. W ramach środków ochrony prawnej następuje – w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania – kontrola poprawności działania zamawiającego [podejmowanych przez niego czynności

w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań], pod względem zgodności z przepisami ustawy. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”* Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. [...] Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”* Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru kadłubowego; powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Rozpatrzeniu podlegać zatem mogły jedynie te zarzuty, które zostały podniesione w odwołaniu, to jest odnoszące się do zadania wykonanego przez Instytut Energii sp. z o.o. na rzecz Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Ścinawce Dolnej należącej do Pro Eko Natura sp. z o.o.



Ponadto, jak wskazują rezultaty przeprowadzonej rozprawy, Odwołujący nie zapoznawał się z wyjaśnieniami i uzupełnieniami oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo EKOLOBUD SA w Suwałkach, nie znał wyjaśnienia kwestii zastosowanej technologii w ofercie tego wykonawcy, w tym, że wykonawca Przedsiębiorstwo EKOLOBUD SA w Suwałkach wskazał w celu potwierdzenia, że oferowana technologia nie jest prototypowa, zadania wykonane przez Instytut Energii na rzecz Zakładu Usług Komunalnych USKOM sp. z o.o. Podniesione w odwołaniu zarzuty nie odnoszą się tych zadań, a skierowane zostały wobec zadania wskazanego dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Podkreślenia bowiem wymaga, że Odwołujący tezę, zgodnie z którą oferowane rozwiązanie nie spełnia wymagania, by nie było nowatorskie, prototypowe [by funkcjonowało co najmniej przez rok], opiera na stwierdzeniu, że zadanie wykazane przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, to jest zadanie wykonane na rzecz Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Ścinawce Dolnej należącej do Pro Eko Natura sp. z o.o., ma charakter prototypowy, a zatem nie odpowiada wymaganiu z pkt 20 Programu Funkcjonalno – Użytkowego.

Postawiony w sprawie warunek udziału w postępowaniu, w zakresie wiedzy i doświadczenia obejmuje natomiast wymaganie opisane przez Zamawiającego w sposób następujący: *„Warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, roboty polegające na budowie lub rozbudowie co najmniej:*

*– jednej instalacji do biologicznej stabilizacji odpadów, co najmniej frakcji –80 mm wydzielonej z odpadów komunalnych zmieszanych, o przepustowości minimum 25.000 Mg/rok;*

*– oraz co najmniej dwóch oczyszczalni ścieków składowiskowych o przepustowości minimum  $Q_{\text{środ}} 60 \text{ m}^3$  każda, przy czym co najmniej jedna miała wartość nie mniejszą niż 1,5 mln zł [netto], z zastrzeżeniem, że powyższe doświadczenie, w odniesieniu do co najmniej jednej oczyszczalni ścieków składowiskowych musi dotyczyć wiodącej technologii zaproponowanej przez Wykonawcę w ofercie”.*

Kwestia analizy i oceny oferowanego rozwiązania [treści oferty] jest odrębną sprawą od sposobu zbadania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, że – po pierwsze – warunek udziału w postępowaniu nie obejmuje wymagania, aby roboty, którymi wykazuje się wykonawca nie były prototypowe. Oznacza to tyle, że wykonawcy mieli swobodę w zakresie posłużenia się zadaniami wykazywanymi w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, zarówno jeśli chodzi o zadania prototypowe, jak i nie mające takiego charakteru. Próba rozciągnięcia charakterystyki stawianej wobec opisu przedmiotu zamówienia na treść stawianego warunku udziału w postępowaniu, stanowiłaby w sposób nieuprawniony i wykraczający poza brzmienie SIWZ traktujące o tym warunku, stawianie wymagania, które nie znalazło wyrazu w SIWZ. Nie ma w tej mierze znaczenia, jakim celem służyło takie wymaganie i jakie intencje przyświecały w tym zakresie Zamawiającemu – te kwestie dotyczą kształtu SIWZ i na stawianie ewentualnych postulatów co do jej treści obecnie jest za późno. Stąd nie ma jakiegolwiek znaczenia, jaki jest sens i cel tak opisanego wymagania, w tym na ile odnosi się ono do przedmiotu zamówienia. Motywacja, która powodowała wprowadzeniem takich lub innych postanowień SIWZ może być bowiem rozpatrywana na etapie kształtowania SIWZ; rozważana przez pryzmat prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i właściwego ujęcia w nim potrzeb Zamawiającego, nie zaś gdy mamy do czynienia z etapem oceny ofert, kiedy ocena ta winna sprowadzać się do odczytania postawionych w SIWZ wymagań i porównania zawartych w ofercie oświadczeń z ich treścią. Przedmiotem oceny po złożeniu ofert mogą być bowiem jedynie wyartykułowane w SIWZ wymagania i skonfrontowana z ich brzmieniem zawartość złożonych ofert, a nie okoliczności odnoszące się do sfery motywacyjnej Zamawiającego.

Istotne jest zatem na tym etapie, co wynika z treści postanowień SIWZ kreujących określone wymagania wobec wykonawców, nie zaś dlaczego je postawiono w takim kształcie.

Po drugie, warunek udziału w postępowaniu może być szerszy niż opis zadania, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia, na co pozwala art. 22 ust. 4 ustawy i co znajduje uzasadnienie w ogólnej zasadzie, że zamawiający w konkretnej sytuacji może uznać, że dla zbadania wiedzy i doświadczenia, a tym samym dla zapewnienia rękojmi należytego wykonania zamówienia wystarczające jest doświadczenie w realizacji zadań o charakterze bardziej ogólnym, różnorodnym, uniwersalnym niż to, które jest przedmiotem zamówienia. Wszak zasadą jest, że wymaganie doświadczenia identycznego jak zadanie będące przedmiotem zamówienia, uznawane jest za nieadekwatne i nadmiernie restrykcyjne. Warunek udziału w postępowaniu powinien być tak skonstruowany, by przy jak najmniej uciążliwym wymaganiu, zapewnić bezpieczną i niezakłóconą realizację zamówienia. Ten cel w konkretnym postępowaniu może realizować postawienie warunku bardziej elastycznego,

obejmującego zadanie szersze, bardziej uniwersalne, aniżeli to, które jest przedmiotem zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 22 ust. 4 ustawy, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza to więc, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia, nie musi odnosić się do identycznych zadań, jakie są przedmiotem postępowania, a jedynie ma być związany z przedmiotem zamówienia i adekwatny dla celu zbadania zdolności wykonania zamówienia.

Z treści dokumentacji wynika, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w tym postępowaniu celowo i świadomie został tak właśnie skonstruowany – na co wskazuje wykreślenie z tej części postanowienia w jego pierwotnym kształcie tego elementu opisu, które mówi, że doświadczenie musi dotyczyć technologii zaproponowanej przez wykonawcę w ofercie.

Bezspornym jest także, że zadanie wykonane na rzecz Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Ścinawce Dolnej należącej do Pro Eko Natura sp. z o.o., z którego to Odwołujący wywodzi tezę o niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ – ma charakter prototypowy, a zatem nie odpowiada wymaganiu z pkt 20 Programu Funkcjonalno – Użytkowego. Niemniej, to zadanie zostało przedstawione dla wykazania warunku udziału w postępowaniu, a nie na potwierdzenie spełnienia wymagań stawianych wobec oferowanego rozwiązania. Te ostatnie wymagania potwierdzone zostały zadaniami wykonanymi przez Instytut Energii na rzecz Zakładu Usług Komunalnych USKOM sp. z o.o.

Reasumując, w świetle wymagań stawianych treścią SIWZ, inne było wymaganie dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, inne zaś dla przedmiotu zamówienia. Tylko w tym ostatnim wypadku Zamawiający postawił wymaganie dotyczące technologii, by nie miała ona charakteru prototypowego, odmiennie niż przy zadaniach i technologiach wykazywanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego wiedzy i doświadczenia, gdzie z kolei były dopuszczone rozwiązania prototypowe. W konsekwencji, wnioskowanie, jak czyni to Odwołujący, o zaoferowanej w ofercie technologii na podstawie zadań wykazywanych dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu abstrahuje od odpowiednich wymagań stawianych dla potwierdzenia każdej z tych kategorii. W postępowaniu zostało wykazane, że Przystępujący zaoferował wykonanie zamówienia z zastosowaniem technologii nie mającej cech prototypowej [funkcjonującej co najmniej 12 miesięcy], przy czym tę technologię odniósł do innych zadań, aniżeli wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Spełnienie spornego wymagania

Przystępujący wykazał przy tym nie tylko stosownym oświadczeniem, czyli w sposób wymagany w SIWZ, ale dodatkowo przedstawiając zadania, które wymaganie to mają potwierdzać, mimo, że takiego wymogu przedstawienia zadań referencyjnych dla potwierdzenia spełnienia wymagań stawianych przedmiotowi zamówienia, Zamawiający nie stawiał. Odwołujący zresztą nie odniósł się w odwołaniu do potwierdzenia przez Przedsiębiorstwo EKOLOBUD SA w Suwałkach spełnienia wymagań stawianych wobec przedmiotu zamówienia zadaniami, jakie ten wykonawca finalnie przedstawił, tj. wykonanymi przez Instytut Energii na rzecz Zakładu Usług Komunalnych USKOM sp. z o.o. [Odwołujący przyznał, że ta część dokumentacji nie była mu znana].

Powyższe, czyni zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy „Ekolobud” jako najkorzystniejszej, a także art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „Ekolobud” jako niezgodnej z zapisami SIWZ oraz w związku z pkt 2 ppkt 20 PFU oraz złożoną ofertą na stronie 6 poz. 4 w tabeli wykazu robót budowlanych – nieuzasadnionymi.

**[2] w zakresie zarzutu bezpodstawnego uznania za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo EKOLOBUD SA w Suwałkach, stanowiącej *Propozycję Wykonawcy – oczyszczalnia ścieków oraz Propozycję Wykonawcy – instalacja stabilizacji.***

Podkreślenia wymaga, że badanie zastrzeżenia informacji traktowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa powinno każdorazowo odbywać się indywidualnie wobec każdego wykonawcy. Tajemnica przedsiębiorstwa nie ma charakteru uniwersalnego, dotyczącego każdego podmiotu; tego samego rodzaju informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa jednego podmiotu, podczas gdy dla innego będą neutralne. Stąd niewłaściwe jest wnioskowanie i generalizacja, przykładowo na podstawie stanów faktycznych innych postępowań.

Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy – *Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne*. Przejawia się ona w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 8 ust. 1 ustawy nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje

się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne „z jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego”; a także „Realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem. Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na konieczność wyjątkowego ograniczenia tej zasady ze względu na wszelkiego rodzaju „tajemnice”. Wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości. Z tego powodu zamawiający jest zobowiązany prowadzić postępowanie wyjaśniające w celu weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, oferenci zaś powinni wykazać, że zastrzegli poufność danych w sposób uprawniony. Zawsze zastrzeżenie ma charakter wyjątkowy wobec jawności postępowania [zob. wyrok KIO UZP z 19 lipca 2010 r., KIO/UZP 1400/10, LexPolonica nr 2369090]” [tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, wyd. 2, LexisNexis Polska, Warszawa 2010, s. 114–115]. Wyjątek od zasady jawności postępowania wyraża przepis art. 8 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym *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. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy.* Art. 86 ust. 4 ustawy wymienia enumeratywnie elementy jakie w złożonej ofercie nie mogą zostać zastrzeżone, należą do nich nazwa [firma], adres wykonawcy a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Ustawodawca tym samym, *a contrario* dopuścił możliwość objęcia pozostałych informacji tajemnicą 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. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w Ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 roku [Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.]. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się *nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.* Przyjmuje się w oparciu o ugruntowane orzecznictwo [wyrok Sądu Najwyższego z dnia

3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00], że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

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

Informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być przy tym interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Godna uwagi w tym miejscu jest teza wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r. [sygn. akt I CKN 1159/2000], gdzie wskazano, że: *„zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć”*.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. [I CKN 304/00]. Powszechnie przyjmuje się – zdaniem Sądu Najwyższego, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja [wiadomość] *„nie ujawniona do wiadomości publicznej”* to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.

Taka informacja staje się "*tajemnicą przedsiębiorstwa*", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, informacja może być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy – ściślej mówiąc – ujawnieniem. Wskazuje to na obiektywną ocenę użytego w przepisie 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwrotu „niezbędność”.

Natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez Zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05: *„w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta – na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.] – zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”*. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa. Tak więc Zamawiający przede wszystkim powinien dokonać oceny, jaki charakter ma zastrzeżona informacja. Następnie powinien mieć pewność, że informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznaną ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca – dysponent informacji wyraża wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnego kręgu odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego. Jeżeli, w ocenie zamawiającego, zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub mają charakter jawnych, wówczas zobowiązany jest on do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z tego względu, ocena czynności Zamawiającego w zakresie uznania za poprawnie zastrzeżone informacji, musi odbywać się na podstawie uzyskanych przez niego od wykonawcy wyjaśnień dokonanego zastrzeżenia.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu – w celu wyjaśnienia, czy zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – zwrócił się do Przystępującego o złożenie wyjaśnień dotyczących zasadności zastrzeżenia, na co ten wykonawca podjął starania celem wyjaśnienia podstaw takiego zastrzeżenia, wskazując na powody zastrzeżenia określonych informacji i podejmowane w tej mierze środki, mające zabezpieczać je przed udostępnieniem nieograniczonemu kręgowi osób.

Podkreślenia następnie wymaga, że charakter dokumentów składających się na ofertę, stanowiących *Propozycję Wykonawcy – oczyszczalnia ścieków* oraz *Propozycję Wykonawcy – instalacja stabilizacji*, w tym zawarte w nich informacje noszą cechy pozwalające uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa. I tak:

– przedmiotem zamówienia nie jest dostawa standardowego przedmiotu, a wykonanie zadania dedykowanego dla Zamawiającego – roboty budowlanej, wykonywanej w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Oznacza to więc, że zawarte w ofercie rozwiązanie, spełniające szczególne wymagania Zamawiającego, zawiera takie elementy których sposób osiągnięcia w relatywnie dużym stopniu pozostawiono wykonawcy. Osiągnięcie wymagań stawianych przez Zamawiającego możliwe jest w wyniku zastosowania różnych rozwiązań. Poszczególni wykonawcy mieli zatem możliwość zaoferowania odmiennych rozwiązań o różniącej się architekturze. Załączniki do oferty, jakimi są *Propozycja Wykonawcy – oczyszczalnia ścieków* oraz *Propozycja Wykonawcy – instalacja stabilizacji* służą do zaprezentowania autorskich zestawień różnych komponentów, powiązań między nimi, które razem wzięte składają się na zaprojektowaną przez wykonawcę robotę;

– załączniki do oferty stanowiące *Propozycję Wykonawcy – oczyszczalnia ścieków* oraz *Propozycję Wykonawcy – instalacja stabilizacji* służyły do zestawienia komponentów dobranych celowo przez wykonawcę, a także do zaprezentowania powiązań między nimi, to jest do takiego ich połączenia, które pozwoli uzyskać jak najlepszy efekt według jego autorskiego zamysłu;

– wykonawcy prezentując oferowane rozwiązanie tylko po części, w określonym zakresie mieli narzucone elementy, jakie mieli w ofercie przewidzieć. Oznacza to, że oferowane rozwiązania są rozwiązaniami „szytymi na miarę”, zawierającymi nie tyle zestawienie dobranych przez wykonawcę komponentów, ale ten dobór, konfiguracje komponentów



powiązanie urządzeń między sobą stanowi o osiągnięciu założonych funkcjonalności i parametrów, czy uzyskaniu określonych rezultatów optymalizacyjnych. Zwrócić trzeba uwagę, że określone parametry związane z kosztem eksploatacji instalacji stanowiły po części kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Zastosowane rozwiązania determinowały zatem osiągnięcie określonych kosztów, które to były w postępowaniu punktowane: koszty jednostkowe [zł/Mg] eksploatacji instalacji stabilizacji [proces stabilizacji] – 15 %, koszty jednostkowe [zł/m<sup>3</sup>] eksploatacji oczyszczalni ścieków – 15 %;

– ponieważ na określony rezultat, sposób działania instalacji oraz poszczególnych jej części składa się zastosowanie określonych urządzeń, odpowiednich – według wiedzy profesjonalnej danego wykonawcy oraz jego doświadczenia i przyjętych założeń optymalizacyjnych – to w konsekwencji, dobór urządzeń miał istotne znaczenie dla realizacji tego celu. Tym samym, zestawienie takich a nie innych komponentów, które same w sobie są przedmiotami dostępnymi na rynku i rozpatrywane jednostkowo, każdy z osobna, nie stanowiłyby wartości podlegającej ochronie. Jednak te same elementy traktowane jako część koncepcji, zawierającej ich wskazanie i wzajemne powiązanie powoduje, że karty katalogowe urządzeń jakie posłużyły Przystępującemu do opracowania odpowiednich koncepcji [*Propozycja Wykonawcy – oczyszczalnia ścieków* oraz *Propozycja Wykonawcy – instalacja stabilizacji*] mogą być w tym układzie faktycznym rozpatrywane przez pryzmat tajemnicy przedsiębiorstwa. Dostrzeżenia wymaga, że naturalne jest, że elementy występujące w przyrodzie, obrocie gospodarczym są w zasięgu ich poznania przez każdego zainteresowanego. Wytworzenie albo zaprojektowanie z ich zastosowaniem nowej rzeczy, zawsze wiąże się ze stworzeniem czegoś nowego, i sam fakt połączenia takich dostępnych, uchwytnych dla odbiorcy elementów w pewną całość, z zastosowaniem określonych proporcji i zasad powiązania może uzasadniać traktowanie całości wraz z jej komponentami za wartość o charakterze technologicznym. Na powyższe zwrócono uwagę w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2007 r. w spr. o sygn. akt V CSK 444/06: *„Tajemnicą przedsiębiorstwa są nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcji przymiotu poufności.”*. Stąd prezentowana w odwołaniu argumentacja wskazująca na obowiązek ujawnienia kart katalogowych zastosowanych urządzeń, także nie mogła zasługiwać na aprobatę.

– biorąc pod uwagę złożone przez Odwołującego wydruki, mające wskazywać na powszechną dostępność informacji dotyczących zastosowanych technologii, na uwagę

zasługuje znacząca różnica w szczegółowości informacji pochodzących z ogólnodostępnych stron internetowych a informacji, które zostały zawarte w obu koncepcjach. Na wskazanych stronach zawarte są ogólne informacje charakteryzujące dane technologie, bez podawania szczegółowych parametrów wszystkich zastosowanych urządzeń, ich określonego zestawienia i powiązania ze sobą a także bez podania dokładnych rozwiązań optymalizacyjnych, co zawarto już w technologicznej części oferty Przystępującego, to jest w załącznikach do oferty, stanowiących *Propozycję Wykonawcy – oczyszczalnia ścieków* oraz *Propozycję Wykonawcy – instalacja stabilizacji*. Dokumentacja techniczna załączona do oferty zawiera szczegółowe dane techniczne, które nie są dostępne w ogólnych biuletynach czy publikowanych specyfikacjach technicznych.

– Zgodzić się trzeba także ze stanowiskiem Przystępującego, że w analizowanej sytuacji o wartości gospodarczej zawartych w ofercie informacji może stanowić zamieszczenie informacji, dotyczących doboru urządzeń przewidzianych do wykonania zamówienia, które obrazują szczegółowo źródła zaopatrzenia wykonawcy. Wiedza na temat przewidzianego zakresu dostaw pozwala bowiem konkurentom zidentyfikować dostawców wykonawcy, których to ujawnienie informacji może narazić wykonawcę na ryzyko przejęcia lub utrudnienia realizacji kontraktów dostawowych. Przystępujący wykazał powyższe, składając przykładową umowę o poufności, wiążącą go z dostawcą komponentu.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, iż nie potwierdziły się stawiane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1–3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia oraz udostępnienia dokumentów oraz oświadczeń złożonych przez wykonawcę „Ekolobud” w ofercie, tj. propozycji wykonawcy sporządzonej na podstawie załącznika nr 8 do SIWZ wraz z wykazem wyposażenia i urządzeń oraz załączonymi kartami katalogowymi. Zarzuty dotyczące zaniechania ujawnienia wykazu cen sporządzonego na podstawie załącznika nr 7 do SIWZ, oraz kalkulacji wykonawcy, nie były – wobec ujawnienia tych dokumentów przed terminem rozprawy – podtrzymywane przez Odwołującego, nie podlegały tym samym rozpatrzeniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 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].

Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. a także udokumentowane koszty stawiennictwa jednego pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę w wysokości 374 zł, na podstawie faktury za nocleg w hotelu, w części obejmującej nocleg jednej osoby oraz koszt parkingu.

Miarkowano koszty zastępstwa Zamawiającego na rozprawie, ograniczając je do kosztu stawiennictwa pełnomocnika zawodowego, mimo złożenia wniosku o zasądzenie kosztów podróży wszystkich obecnych na posiedzeniu pełnomocników – w myśl wytycznych zawartych w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17 kwietnia 2013 r. w spr. XII Ga 73/12, zgodnie z którymi: *„Sąd Okręgowy przychylił się do poglądu skarżącego, iż uzasadnionym kosztem postępowania odwoławczego jest w realiach niniejszej sprawy jedynie koszt dojazdu jednego profesjonalnego. Z akt sprawy Krajowej Izby Odwoławczej [...] wynika, że na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej ze strony Zamawiającego stawili się trzech pełnomocnicy [...]. Jednakże Zamawiający, jako uczestnik postępowania w żaden sposób nie sprecyzował zarówno przed KIO jak w skargowym postępowaniu sadowym, na czym w jego ocenie polegają tzw. „uzasadnione” koszty postępowania odwoławczego. Innymi słowy zdaniem Sądu Okręgowego, takim usprawiedliwieniem dla zasądzenia kosztów dojazdu pozostałych pełnomocników z pewnością byłoby np. wykazanie przez Zamawiającego konieczności i potrzeby ich uczestnictwa z uwagi na merytoryczną znajomość przez niech spornych zagadnień będących przedmiotem odwołania”*. Zamawiający nie uzasadnił celowości i zasadności zasądzenia kosztów udziału w posiedzeniu i rozprawie dwóch pełnomocników.

Uwzględniono zatem koszty stawiennictwa jednego pełnomocnika, to jest pełnomocnika zawodowego [stosownie do wytycznych zawartych w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 7 sierpnia 2013 r. w spr. VIII Ga 243/13], to jest w wysokości, jaka została udokumentowana złożonym rachunkiem [§ 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia]. Koszt dojazdu samochodem osobowym na trasie: miejsce zamieszkania pełnomocnika – siedziba Zamawiającego, a następnie siedziba Zamawiającego – Krajowa Izba Odwoławcza nie zostały udokumentowane, w inny sposób aniżeli własne oświadczenie Zamawiającego [spis kosztów]. Ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego [*rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania*] nie przyjął jednak, tak jak to byłoby na gruncie kpc [art. 109 kpc, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002r., w spr. II

CK 134/02], zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia [spisu kosztów], wymagając udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. *Ordynacja podatkowa* [tekst jedn. DZ. U. z 2005r. Nr 8 Poz. 60 z późn. zm.] oraz *Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach* [Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm.]. Skoro takiego rachunku albo innego, odpowiadającego rachunkowi dokumentu nie złożono – wskazane koszty dojazdu pełnomocnika Zamawiającego nie mogło zostać zasądzone. Zamawiający nie złożył w szczególności delegacji, obrazującej polecenie wyjazdu służbowego pełnomocnika, czy dokumentu uzasadniającego obowiązek ponoszenia przez pracodawcę kosztów podróży służbowej – stosownie do brzmienia przepisów *Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 grudnia 2002 r. w sprawie wysokości oraz warunków ustalania należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej na obszarze kraju* [Dz.U. z 2002 Nr 236 poz. 1990 z późn. zm.] a także *Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy* [Dz.U. 2002 nr 27 poz. 271 z późn. zm.], co by pozwalało na przyjęcie kosztów przejazdu jako ilorazu ilości km oraz stawki współczynnika właściwego dla pojazdów o odpowiedniej pojemności skokowej silnika, przy istnieniu umowy między pracodawcą a osobą delegowaną.

**Skład orzekający:**