

Sygn. akt: KIO 421/17

WYROK
z dnia 23 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Agnieszka Trojanowska
Członkowie:	Katarzyna Brzeska Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:	Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 20 marca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2017r. przez **wykonawcę INSTAL KRAKÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Brandla 1** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Tauron Wytwarzanie Spółka Akcyjna z siedzibą w Jaworznie, ul. Promienna 51**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm Polimex Energetyka spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 12 i Atlas Copco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Badylarska 25** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn.. akt KIO 421/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie czynności zaniechanych to jest :
 - a) udostępnienie odwołującemu kompletnej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm Polimex Energetyka spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 12 i Atlas Copco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Badylarska 25**, oraz załączników nr 143, 144, 145 i 146 do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
 - b) odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum Firm Polimex Energetyka spółka z ograniczoną**

odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Al. Jana Pawła II 12 i Atlas Copco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Badylarska 25 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z uwagi na to, że w ofercie tegoż wykonawcy brak jest potwierdzenia spełniania wymagań zamawiającego wynikających z części B2 siwz pkt. 9.1.4., pkt. (23) i (24) pkt. 9.2.4.1 siwz oraz odpowiedzi na pytanie nr 41, w pozostałym zakresie odwołanie oddala.

2. kosztami postępowania obciąża **Tauron Wytwarzanie Spółka Akcyjna z siedzibą w Jaworznie, ul. Promienna 51** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę INSTAL KRAKÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Brandla 1** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Tauron Wytwarzanie Spółka Akcyjna z siedzibą w Jaworznie, ul. Promienna 51** na rzecz **INSTAL KRAKÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Brandla 1** kwotę **23 600zł 00 gr** (słownie : dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:
Członkowie:
.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na wykonanie zadania pn.: „Zaprojektowanie oraz kompleksowe wykonanie, uruchomienie, przeprowadzenie ruchu próbnego oraz przekazanie do eksploatacji instalacji sprężonego powietrza (sprężarkowni) w ramach projektu Budowa nowych mocy w technologiach węglowych w TAURON Wytwarzanie S.A. - budowa bloku energetycznego o mocy 910 MW na parametry nadkrytyczne w TAURON Wytwarzanie S.A. Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie” (nr postępowania: 2015/TW-E01/TW-E01/02520/L) zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 lipca 2015r. za numerem 2015/S063-0111536

W dniu 23 lutego 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Konsorcjum w składzie Energetyka spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Atlas Copco spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (zwani dalej Konsorcjum).

W dniu 6 marca 2017r. (5 marca 2017r. – niedziela) odwołanie wniósł wykonawca INSTAL KRAKÓW Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Brandla 1 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 2 marca 2017r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 6 marca 2016r. Odwołanie zostało wniesione na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, zaniechanie jej odrzucenia, mimo niezgodności oferty Konsorcjum z treścią siwz, oraz nieudostępnienie całej oferty Konsorcjum mimo, że Konsorcjum nie wykazało, iż zastrzeżone przez to Konsorcjum informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 8 ust. 1 - 3 ustawy tj. zasadę jawności postępowania przez nie udostępnienie całej oferty Konsorcjum oraz ograniczenie dostępu do korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a Konsorcjum w trakcie trwania procedury przetargowej, mimo, że Konsorcjum nie wykazało, iż zastrzeżone przez to Konsorcjum informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy w związku z art. 91 ust. 1 ustawy przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, mimo że oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona i

jej nie odrzucenie, chociaż treść tej oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;

- art. 7 ustawy przez wybór oferty Konsorcjum, pomimo faktu, iż powinna ona zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu, czym zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Wniósł o:

- uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,
- udostępnienie pełnej oferty Konsorcjum wraz z kompletną korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a Konsorcjum w trakcie postępowania,
- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- odrzucenie oferty Konsorcjum,
- wybór oferty Odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania bowiem uwzględnienie niniejszego odwołania i odrzucenie oferty Konsorcjum jako oferty niezgodnej z siwz, spowoduje wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Dokonane przez zamawiającego naruszenia i zaniechania pozbawiają odwołującego możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, co stanowi jego szkodę uzasadniającą złożenie odwołania. Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, a niezgodna z prawem decyzja zamawiającego pozbawia go tego, gdyż to jego oferta plasuje się na II miejscu w rankingu punktowym, za ofertą złożoną przez Konsorcjum.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 8 ust. od 1 do 3 ustawy podniósł, że przepis art. 8 ust. 1 ustawy stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne.

Zgodnie z przepisem art. 96 ust. 3 jawny jest protokół z postępowania wraz z załącznikami, przy czym załącznikami są oświadczenia, zawiadomienia oraz inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców (art. 96 ust. 2). Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Informacje załączone do oferty z mocy prawa są objęte jawnością przypisaną ofercie. Od naczelnej zasady jawności postępowania przepis art. 8 ust. 2 ustawy wprowadza wyjątek: możliwość ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem w przypadkach określonych w Ustawie Pzp. Taki przypadek został określony w art. 8 ust. 3 ustawy. Zgodnie z tym przepisem(zdanie pierwsze): „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, i zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Jeżeli wykonawca zastrzegł, że pewne informacje nie mogą być ujawnione jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający nie bada zastrzeżonych informacji, lecz bada wyłącznie „wykazanie”, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czyli bada skuteczność ich zastrzeżenia. Jeżeli wykonawca nie wykazał (nie udowodnił), że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to informacje takie nie podlegają ochronie i muszą być udostępnione każdemu, kto o nie wystąpi. Oferta złożona przez Konsorcjum w przedmiotowym postępowaniu przetargowym została podzielona na część jawną i część niejawną. Na stronie 203 oferty Konsorcjum, stanowiącej Załącznik nr 4, znajduje się „Uzasadnienie zastrzeżenia tajności informacji zamieszczonych w tomie „Tajemnica Przedsiębiorstwa”, które sprowadza się wyłącznie do przytoczenia treści przepisu art. 11 ust. 4 Ustawy z 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) zawierającego definicję tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym tzw. „uzasadnieniu”, Konsorcjum nie zawarło zdaniem odwołującego ani jednej informacji na temat podjętego konkretnego działania, jakie Konsorcjum przedsięwzięło, aby zachować poufność informacji. Nie zawiera również żadnego uzasadnienia, które by potwierdzało, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty, załączniki, informacje etc. zawierają informacje o charakterze technicznym, organizacyjnym, technologicznym, stanowią „know-how” lub posiadają jakąkolwiek wartość gospodarczą.

W ocenie odwołującego przytoczenie przez Konsorcjum jedynie treści art. 11 ust. 4 w/w Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie stanowi wymaganego przez ustawę wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wynika z powyższego, informacje zawarte w tomie „Tajemnica Przedsiębiorstwa” znajdującej się w ofercie Konsorcjum nie zostały przez Konsorcjum skutecznie zastrzeżone, co również ma wpływ na pozostałe dokumenty postępowania stanowiące załączniki do Protokołu z postępowania, a w szczególności oświadczenia, zawiadomienia oraz inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców w jego trakcie, a do których dostęp został przez zamawiającego uniemożliwiony,

np.: - pismo zamawiającego, znak: ZRZ/RZZ/639/2017 z dnia 09.02.2017 r.,

- pismo zamawiającego, znak: ZRZ/RZZ/640/2017 z dnia 09.02,2017 r.,

- pismo Konsorcjum z dnia 09.02.2017 r. (wyszczególnione w Protokole z postępowania w poz. 145),

- pismo Konsorcjum z dnia 10.02.2017 r. (wyszczególnione w Protokole z postępowania w poz. 146)

- oraz wyjaśnienie Konsorcjum w zakresie tzw. „rażąco niskiej ceny”.

Stanowisko dotyczące konieczności „wykazania”, że dane ~ zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jest mocno ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby

Odwoławczej (dalej „KIO”). Przykładowo: - w wyroku z dnia 2 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 279/15), w wyroku z dnia 2 marca 2015 (sygn. akt KIO 291/15), w wyroku z dnia 3 kwietnia 2015 r. (sygn. akt KIO 561/15), w wyroku z dnia 25 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 34/16), w wyroku z dnia 6 maja 2015 r. (sygn. Akt KIO 807/15).

Dla odwołującego jest to bardzo istotne zagadnienie, gdyż chce wykazać w dalszej części odwołania, że Konsorcjum celowo zastrzegło informacje dotyczące w szczególności dobranych przez siebie sprężarek, gdyż sprężarki te nie spełniają wymagań zamawiającego postawionych w materiałach przetargowych.

Jako dowody odwołujący powołał: stronę nr 203 oferty Konsorcjum, pismo zamawiającego, znak: ZRZ/RZZ/639/2017 z dnia 09.02.2017 r. zaadresowane do Polimex Energetyka Sp. z o.o., pismo zamawiającego, znak: ZRZ/RZZ/640/2017 z dnia 09.02.2017 r. zaadresowane do Polimex Energetyka Sp. z o.o., Strony od nr 9 do 12 Protokołu z postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) w związku z art.91 ust 1 ustawy przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, mimo że oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona i nie odrzucenie oferty Konsorcjum, chociaż treść tej oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W związku z faktem, iż oferta została złożona przez Konsorcjum, w skład którego oprócz firmy wykonawczej, którą jest Polimex Energetyka Sp. z o.o. wchodzi spółka Atlas Copco Sp. z o.o., która jest producentem i dostawcą sprężarek Atlas Copco, odwołujący postawił tezę (graniczącą z pewnością), iż Konsorcjum zaoferowało właśnie sprężarki Atlas Copco. Spośród sprężarek Atlas Copco najbardziej zbliżonymi swoimi parametrami i cechami do wymagań stawianych przez zamawiającego są sprężarki trójstopniowe bezolejowe z rodziny sprężarek oznaczonych jako ZH+. W skład tej rodziny sprężarek Atlas Copco zgodnie z załączoną do tego odwołania Instrukcją Obsługi wchodzi następujące modele sprężarek: ZH+ 400, ZH+ 450, ZH+ 500, ZH+ 560, ZH+ 630, ZH+ 710, ZH+ 800, ZH+ 900. Biorąc pod uwagę wymagane przez zamawiającego parametry, odwołujący stawia tezę, iż w utajnionej części oferty Konsorcjum zaoferowało model z rodziny ZH+, tj. ZH+ 500, 8 bar lub ZH+560, 8 bar . Jednakże z uwagi na podnoszone przez na zarzuty nie jest konieczne wskazanie konkretnego modelu zaoferowanego przez Konsorcjum, ale wystarczającym jest fakt, iż jest to sprężarka z rodziny ZH+. Stawiane zarzuty dotyczą bowiem uniwersalnych cech, które są charakterystyczne dla całej rodziny sprężarek Atlas Copco ZH+, czyli dla każdego z modeli z osobna również.

Jako dowody odwołujący powołał Atlas Copco „Instructionbook ZH+ 400 3-stage, ZH+ 450 3-stage, ZH+ 500 3-stage, ZH+ 560 3-stage, ZH+ 630 3-stage, ZH+ 710 3-stage, ZH+ 800 3-stage, ZH+ 900 3-stage wraz z przysięgłym tłumaczeniem z języka angielskiego na język polski, (Instrukcji) tj. Atlas Copco „Instructionbook ZH+ 400 3-stage, ZH+ 450 3-stage, ZH+

500 3-stage, ZH+ 560 3-stage, ZH+ 630 3-stage, ZH+ 710 3-stage, ZH+ 800 3-stage, ZH+ 900 3-stage.

Wskazał, że zamawiający w Części B.2 SIWZ „Wymagania techniczne dla Przedmiotu Zamówienia Przedmiotu Umowy i jego głównych komponentów” w pkt 4.2.6 „Obiekty budowlane” zawarł następujący wymóg - cytata: „Pomieszczenie sprężarkowni będzie przedzielone ścianką działową w celu oddzielenia pomieszczenia sprężarek od pomieszczenia czerpni zasysających powietrze do maszyn”. Wymóg ten został jeszcze potwierdzony przez zamawiającego w odpowiedzi nr 41 na pytanie o następującej treści: „(...) Czy w przypadku zastosowania sprężarek nie wymagających stosowania czerpni zamawiający wymaga wykonanie odrębnego pomieszczenia czerpni ?” Odpowiedź Zamawiającego brzmiała: „Wydzielone pomieszczenie z zainstalowanymi wewnątrz filtrami ssącymi sprężarek ma na celu „uporządkowanie” przepływów powietrza tak aby zawsze przepływało ono przez filtry zainstalowane na czerpniach zabudowanych w pomieszczeniu, w szczególności w okresach przeglądów lub remontów prowadzonych w hali sprężarek. Dodatkowo w/w "uporządkowanie" gwarantuje utrzymanie wyższej czystości filtrów ssących sprężarek w okresach pomiędzy ich wymianą. W przypadku większego zapylenia na zewnątrz sprężarkowni (zwracamy uwagę, że sprężarkownia jest zlokalizowana w rejonie ciągu nawęglania) zamawiający jest w stanie za pomocą własnych służb wymienić filtry czerpni nawet kilka razy do roku, zapewniając tym samym utrzymanie dopuszczalnych spadków ciśnienia filtrów ssących sprężarek, co z kolei bezpośrednio wpłynie na ograniczenie kosztów eksploatacyjnych. Ponadto niskie temperatury zewnętrzne będą jedynie oddziaływać na wydzielone pomieszczenie, a nie na całą halę sprężarek, co niewątpliwie pozytywnie wpłynie na komfort obsługi sprężarkowni. Dlatego też zamawiający wymaga wydzielenia pomieszczenia czerpni.” Na stronach 11 i 12 angielskiej wersji „Instrukcji obsługi”, jak również na stronie 16 pokazana jest wewnętrzna budowa i główne elementy składowe sprężarki. Na stronie 11 widok sprężarki z przodu, numerem 9 oznaczone są filtry powietrza, z kolei na stronie 12 w innym widoku filtry powietrza oznaczone są numerem 1. Jak wynika z powyższego filtry powietrza zainstalowane są wewnątrz sprężarki, a powietrze (zgodne z opisem na stronie 17 Instrukcji) zasysane jest przez filtry, zatem nie ma technicznego i ekonomicznego uzasadnienia montażu dodatkowych filtrów na czerpniach zabudowanych w pomieszczeniu. Tego typu sprężarki z filtrami zainstalowanymi wewnątrz zasysają powietrze bezpośrednio z pomieszczenia. W związku z budową sprężarki, odwołujący postawił zarzut, iż Konsorcjum nie spełniło wymogu dotyczącego przedzielenia pomieszczenia sprężarkowni ścianką działową w celu oddzielenia pomieszczenia sprężarek od pomieszczenia czerpni zasysających powietrze do maszyn, tym samym nie spełniło w tym zakresie wymagań, które zostały potwierdzone przez zamawiającego w odpowiedzi nr 41. Konsorcjum nie zaoferowało

rozwiązania z osobnym, wydzielonym pomieszczeniem i czerpniami wraz z filtrami zainstalowanymi w ścianie działowej dzielącej sprężarkownię na dwa pomieszczenia. Takie rozwiązanie zaoferowane przez Konsorcjum uniemożliwi zamawiającemu wymienione w odpowiedzi nr 41 „uporządkowanie” przepływów powietrza, jak również uniemożliwi zamawiającemu ważną dla niego wymianę filtrów przez własne służby, jak to ma miejsce gdy takie filtry zainstalowane są na zewnątrz maszyny. Możliwość korzystania z własnych służb ograniczy zamawiającemu koszty eksploatacji z uwagi na konieczność częstej wymiany filtrów ze względu na bezpośrednie sąsiedztwo pyłacej instalacji nawęglania. Dodatkowo dochodzi kwestia bezpieczeństwa samych sprężarek - brak wydzielonego pomieszczenia powodować będzie, iż zimne powietrze przy niskich temperaturach będzie oddziaływać bezpośrednio na sprężarki, a nie na stanowiący dla nich „bufor” tj. wydzielone pomieszczenie. Co w ocenie odwołującego warte jest podkreślenia zamawiający na końcu udzielonej odpowiedzi nr 41 wyjaśnił podsumowująco - cytat: „Dlatego też zamawiający wymaga wydzielenia pomieszczenia czerpni”. Konsorcjum oferując sprężarkę z rodziny sprężarek ZH+ (np. ZH+ 500, 8 bar) z filtrami powietrza umiejscowionymi konstrukcyjnie wewnątrz maszyny nie spełniło w tym względzie wymogu siwz. Jako przykład prawidłowego, spełniającego wymóg SIWZ rozwiązania odwołujący przedłożył rysunek nr MI -32420 ze swojej oferty pt. „Sprężarkownia. Dyspozycja zabudowy urządzeń” (strona nr 10 części rysunkowej oferty odwołującego) na którym przedstawione jest osobne pomieszczenie oddzielające sprężarki od ściany zewnętrznej z zaprojektowanymi w ścianie czerpniami w którym montowane będą filtry powietrza. W przypadku nie uwzględnienia zarzutu dotyczącego utajnienia przez Konsorcjum części swojej oferty wnosimy o sprawdzenie, na którym umiejscowione są w rzucie poziomym podstawowe urządzenia technologiczne sprężarkowni takie jak sprężarki, osuszacze etc. jest zaprojektowana ściana rozdzielająca sprężarkownię na 2 pomieszczenia.

Jako dowód odwołujący powołał strony 35 i 36 Części B.2 siwz „Wymagania techniczne dla Przedmiotu Zamówienia / Przedmiotu Umowy i jego głównych komponentów”, strony z treścią pytania i odpowiedzi nr 41, strony 11 i 12 Instrukcji (wersja angielska) wraz z przysięgłym tłumaczeniem z j. angielskiego na j. polski, strony 16 i 17 Instrukcji (wersja angielska) wraz z przysięgłym tłumaczeniem z angielskiego naj. Polski, rysunek nr MI -32420 pt. „Sprężarkownia. Dyspozycja zabudowy urządzeń”.

Następny zarzut jest powiązany bezpośrednio z zarzutem braku wydzielonego pomieszczenia z zainstalowanymi filtrami powietrza. Zgodnie z par. 134 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, które przepisy są obowiązujące w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, wymagana temperatura dla pomieszczeń przemysłowych nieprzeznaczonych na pobyt ludzki, a do takich zalicza się

pomieszczenie sprężarkowni, temperatura nie może spaść poniżej +5°C. Brak wydzielonego pomieszczenia, stanowiącego „bufor” odgradzający pomieszczenie ze sprężarkami od zasysanego z zewnątrz powietrza powodować będzie realne zagrożenie przy niskich temperaturach dla poprawnego funkcjonowania sprężarek. Zimne powietrze bezpośrednio będzie oddziaływać na sprężarki, gdyż nie będzie dodatkowego pomieszczenia w którym powietrze zasysane z zewnątrz będzie miało szansę się ogrzać. Dowód nr 12 - wyciąg z Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (3 strony).

Zamawiający w Części B.2 SIWZ „Wymagania techniczne dla Przedmiotu Zamówienia / Przedmiotu Umowy i jego głównych komponentów” w pkt 9.2.4 „Silniki elektryczne” przedstawił wymagania ogólne jakie spełniać mają silniki elektryczne, w tym również silniki elektryczne sprężarek. W podpunkcie 9.2.4.1. (11) (strona 152) zamawiający stawia następujący wymóg jaki mają spełniać silniki elektryczne: „(11) Silniki będą dostosowane do samorozruchu przy napięciu obniżonym do 0,75 napięcia znamionowego po 3 sekundach przerwy w zasilaniu bez przekroczeń dopuszczalnych przyrostów temperatur w stanie nagrzanym w uzwojeniach stojana.”, a następnie w pkt 9.2.4.1. (24) (strona 153) zamawiający następujący wymóg dot. samorozruchu dla silników elektrycznych: „(24) W przypadku operacji SZR tj. krótkotrwałego (ok. 1 - 1,5s) zaniku napięcia na szynach rozdzielni, dostarczone sprężarki winny mieć możliwość udziału w samorozruchu tj. muszą rozpocząć pracę od razu w chwili powrotu zasilania bez konieczności zatrzymania się oraz bez uruchamiania procedur kontrolnych. Sprężarki również winny mieć możliwość uruchamiania bez konieczności uruchamiania procedur kontrolnych po kilkusekundowym postoju (załączane przez obsługę)”. Sprężarki z rodziny ZH+ Atlas Copco (np. ZH+ 500, 8 bar), a zatem sprężarki zaoferowane przez Konsorcjum nie spełniają powyższego wymagania zamawiającego, gdyż zgodnie z Ostrzeżeniem (ang. „Warning”) zawartym w pkt 2.15 Instrukcji Obsługi sprężarek rodziny ZH+ Atlas Copco pt. „Automatic Restart AfterVoltageFailure” („Automatyczny Restart Po Napięciu”) - ostatnie zdanie w tabelce „Ostrzeżenie”: „Automatyczny restart (samorozruch) po zaniku napięcia nie jest dozwolony dla silników średniego napięcia ponieważ sprężarka jest zasilana przez 2 różne sieci zasilające, jedna trójfazowego napięcia zasilania pomocniczego oraz zasilania średniego napięcia”. Jak wynika z powyższego „Ostrzeżenia” zaoferowane przez Konsorcjum sprężarki nie spełniają w/w bardzo istotnego dla bezpieczeństwa i zachowania ciągłości pracy sprężarkowni wymogu dotyczącego zdolności do samorozruchu, a co za tym idzie w konsekwencji pracy całego bloku energetycznego Elektrowni Jaworzno III.

W pkt 7.2.4 (strona 68) Części B.2 SIWZ „Wymagania techniczne dla Przedmiotu Zamówienia / Przedmiotu Umowy i jego głównych komponentów” pod tabelą 7.2.4-1 „Gwarantowane Parametry Techniczne Grupy B” jest zawarta bardzo istotna informacja

dotycząca bezpieczeństwa pracy całego bloku, która była podstawą wymogu samorozruchu sprężarek po zaniku napięcia, a mianowicie - cytat: „(...) W przypadku braku zasilania układu sprężonego powietrza powietrzem ze sprężarkowni czas, po którym nastąpi awaryjne odstawienie bloku wynosi 17s”. Jak wynika z powyższego praca całego bloku energetycznego 910 MW jest uzależniona od prawidłowego funkcjonowania / pracy sprężarek, a wobec braku zdolności do samorozruchu zaoferowanych sprężarek Atlas Copco (np. ZH+ 500, 8 bar) jest zagrożona praca bloku 910 MW w Elektrowni Jaworzno III. Dowód nr 13 - strony 151, 152, 153, 154 Części B.2 SIWZ „Wymagania techniczne dla Przedmiotu Zamówienia / Przedmiotu Umowy i jego głównych komponentów”. Jako dowód powołał stronę 40 „Instrukcji obsługi” (wersja angielska) wraz z przysięgłym tłumaczeniem z j. angielskiego na j. polski strony 67, 68, 69 Części B.2 SIWZ „Wymagania techniczne dla Przedmiotu Zamówienia / Przedmiotu Umowy i jego głównych komponentów”.

Zamawiający w Części B.2 SIWZ „Wymagania techniczne dla Przedmiotu Zamówienia / Przedmiotu Umowy i jego głównych komponentów” w pkt 7.2.4.1 (strona 68) „Gwarancja zużycia energii elektrycznej” wymagał, aby: „Zużycie energii elektrycznej należy podać dla pracujących urządzeń: - sprężarek, - osuszaczy, - pomp układu wewnętrznego, - filtrów automatycznych zabudowanych przed wymiennikami płytowymi na układzie wody surowej, - urządzeń wentylacji, jak wentylatory nawiewne i dachowe - wydmuchowe. Parametry odniesienia: temperatura otoczenia +35°C, wilgotność względna 85%, temperatura wody surowej +28°C.” Odwołujący zwrócił uwagę to, że na wymagane przez zapisy SIWZ warunki odniesienia dla jakich należy podać / obliczyć Gwarancje zużycia energii elektrycznej. Zgodnie z pkt 9.2 „Warunki odniesienia” (ang. „Reference conditions”) - strona 118 Instrukcji obsługi, następujące warunki odniesienia dla zaoferowanych sprężarek są inne od wymaganych zapisami siwz, a mianowicie: - wilgotność względna (co odpowiada ang. „Relative air humidity”) wynosi 60%, - temperatura wody surowej (co odpowiada ang. „Cooling water inlet temperature”) wynosi 26,7°C. Jak wynika z powyższego warunki odniesienia dla zaoferowanych sprężarek Atlas Copco dla wilgotności względnej i temperatury wody surowej są inne niż wymagane zapisami pkt 7.2.4.1 Części B.2 siwz, co oznacza zdaniem odwołującego, że parametry, które będą gwarantowane dla punktu pracy przez Konsorcjum będą zagwarantowane, ale dla warunków odniesienia innych, niż wymagał to zamawiający. Zatem parametry gwarantowane obliczone / podane przez Konsorcjum są niewiarygodne i nie mogą być oceniane przez zamawiającego. Oferta złożona przez Konsorcjum obarczona jest błędem, którego nie można usunąć w oparciu o przepisy ustawy. Dodatkowo podniósł, że inne warunki odniesienia dla jakich Konsorcjum obliczyło parametry gwarantowane są odmienne od warunków odniesienia dla jakich inni oferenci zobowiązani byli podać / obliczyć parametry gwarantowane sprężarek, czyli według odwołującego występuje nieporównywalność ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu

przetargowym, a w szczególności nieporównywalność oferty złożonej przez Konsorcjum i oferty złożonej przez odwołującego. Parametry pracy sprężarek wyliczone na podstawie parametrów odniesienia stanowiły jedno z kryteriów oceny oferty, mające wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. Jako dowód odwołujący powołał stronę 118 „Instrukcji obsługi” (wersja angielska) wraz z przysięgłym tłumaczeniem z j. angielskiego na j. polski.

Zamawiający w Części B.2 SIWZ „Wymagania techniczne dla Przedmiotu Zamówienia / Przedmiotu Umowy i jego głównych komponentów” w pkt 9.2.1 (strona 138) „Wymagania ogólne - część elektryczna” postawił następujący wymóg dotyczący oferowanych urządzeń elektrycznych, w tym również sprężarek: „Wszystkie instalowane urządzenia elektryczne muszą być zdolne do normalnej pracy w zakresie częstotliwości 47,5 - 52,5 Hz i w zakresie napięć roboczych $0,8 - 1,1 U_n$ (-20% +10% U_n) zgodnie z zapisami IRiESP, punkt 2233.121. Jednostka wytwórcza wraz z urządzeniami potrzeb własnych i potrzeb ogólnych elektrowni (w tym m. in. Sprężarkowni) musi posiadać zdolność do pracy synchronicznej przy obniżonym napięciu zasilania i częstotliwości z określoną mocą i w określonym czasie. Tym samym musi być zachowana stabilna praca sprężarkowni w warunkach zasilania obniżonym napięciem.” Żądanie dotyczące zachowania normalnej pracy silników zostały przez zamawiającego dodatkowo potwierdzone w pkt 9.2.4.1 (6) - strona 151 - cytata: „(6) Silniki muszą być zdolne do normalnej pracy w zakresie częstotliwości 47,5 - 52,5 Hz w zakresie napięć roboczych $0,8-1,1U_n$.”, oraz w pkt 9.2.4.1 (23) - strona 153 - cytata: „(23) Układ powinien być tak zaprojektowany, aby nie nastąpiło wyłączenie sprężarek w zakresie napięć roboczych $0,8-1,1U_n$, częstotliwości 47,5 - 52,5 Hz oraz w warunkach działania SZR, co opisano w SIWZ”. Powyższe wymagania nie są spełnione przez zaoferowane sprężarki Atlas Copco (np. ZH+ 500, 8 bar), gdyż zgodnie z informacją znajdującą się na stronie 119 pkt 9.5 Instrukcji obsługi - „Bezpieczniki i rozmiary kabli” (ang. „Fuses and cables size) spadek napięcia nie może przekroczyć 5% napięcia znamionowego. Zatem, jak wynika z powyższego sprężarki Atlas Copco tolerują spadek napięcia, i tu pojawia się pytanie, czy w zakresie: -5% +5%, czy też w zakresie od nieskończoności do 5%, co jest fizycznie niemożliwe z uwagi na dolną granicę umiejscowioną w nieskończoności, czy też w zakresie od 0 do 5%. Brak znaku „minus” lub „plus” przy cyfrze „5” zgodnie z zasadami matematycznymi i logicznymi odwołujący przyjął w niniejszym wywodzie jako „+5”. Zaoferowane sprężarki Atlas Copco nie zachowują zdaniem odwołującego stabilnej pracy w warunkach zasilania obniżonym napięciem tj. w zakresie: -20% + +10% napięcia znamionowego U_n ($0,8 - 1,1U_n$), gdyż w ich przypadku (np. sprężarki ZH+ 500) spadek napięcia nie może przekroczyć 5% napięcia znamionowego U_n . Jako dowód powołał stronę 138 Części B.2 SIWZ „Wymagania techniczne dla Przedmiotu Zamówienia / Przedmiotu Umowy i jego głównych komponentów” oraz stronę 119 „Instrukcji obsługi” (wersja angielska) wraz z przysięgłym tłumaczeniem z j. angielskiego na j. polski. Przedstawione powyżej w

punktach od 1 do 5 zarzuty w ocenie odwołującego jednoznacznie i bez żadnych wątpliwości potwierdzają, iż zaoferowane przez Konsorcjum sprężarki Atlas Copco ZH+(np. ZH+500, 8 bar), przy czym bez znaczenia pozostaje fakt, który konkretny model został przez Konsorcjum podany w ofercie, nie spełniają istotnych wymagań zamawiającego określonych w SIWZ, a tym samym oferta Konsorcjum w składzie: Polimex Energetyka Sp. z o.o. i Atlas Copco Sp. z o.o. powinna zostać przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy. To, że odwołujący nie ma żadnych wątpliwości, co to słuszności stawianych przez siebie zarzutów w odniesieniu do uchybień w ofercie Konsorcjum znajduje swoje potwierdzenie również w niejednomyslniej decyzji Komisji Przetargowej zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę, iż jeden z członków Komisji zgłosił zdanie odrębne do oceny końcowej Komisji w pkt 19 „Zatwierdzenie wyniku postępowania” Protokołu, czyli nie zaakceptował faktu wyboru oferty Konsorcjum: Polimex Energetyka Sp. z o.o. i Atlas Copco Sp. z o.o. Zdanie odrębne zgłoszone przez jednego z członków Komisji prowadzi też do konstatacji, że być może niezgodności w ofercie Konsorcjum jest więcej niż był w stanie wykazać Odwołujący z uwagi na ograniczoną możliwość postawienia zarzutów z uwagi na fakt utajnienia oferty Konsorcjum. Tym bardziej, iż osobą, która zgłosiła zdanie odrębne (zgodnie z informacją zamieszczoną na stronie internetowej „linkdln”) jest specjalista posiadający doświadczenie między innymi w identyfikacji ryzyk realizacyjnych projektu, jak również doświadczenie związane w analizami technicznymi, analizami stanu realizacji Projektu. Jako dowód odwołujący powołał wyciąg z „Protokołu postępowania w trybie negocjacji z ogłoszeniem, druk ZP-NO”, data sporządzenia dokumentu 15.02.2017 - strona nr 8 Protokołu. Uzasadniając zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy odwołujący wskazał, że nie ulega wątpliwości fakt naruszenia przez zamawiającego dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy przez wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty Konsorcjum w składzie Polimex Energetyka Sp. z o.o. i Atlas Copco Sp. z o.o., która winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy. W związku z powyższymi przedstawionymi zarzutami, odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości.

W dniu 6 marca 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 9 marca 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło swój udział Konsorcjum wskazując, że jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a uwzględnienie odwołania prowadziłoby do utraty tego statusu i pozbawiało możliwości uzyskania zamówienia, dlatego Konsorcjum ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. Wniosło o oddalenie odwołania w całości podnosząc, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa o charakterze technicznym, technologicznym oraz organizacyjnym o znaczeniu gospodarczym, a informacje

organizacyjne to całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Konsorcjum podkreśliło, że informacje te nie zostały podane do publicznej wiadomości, a Konsorcjum podjęło niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. Co oznacza, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa było prawidłowe. Ponadto odwołujący formułuje zarzuty będące spekulacjami i oparte o dokumenty nie będące częścią oferty. Zgłoszenie zostało podpisane przez prokurenta samoistnego lidera Konsorcjum, ujawnionego w KRS i upoważnionego do reprezentacji lidera, lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 września 2016r. udzielonego przez partnera i podpisanego przez dwóch członków zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 9 marca 2017r.

W dniu 17 marca 2017r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o

1. oddalenie odwołania z uwagi na całkowitą bezzasadność podniesionych w nim zarzutów oraz złożonych wniosków;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów zawartych w dokumentacji Postępowania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu;
3. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Wskazał, że zarzut zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum jest spóźniony, gdyż odwołujący wniósł odwołanie na następujące czynności i zaniechania odwołującego: wybór oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej oraz nieujawnienie całej oferty Konsorcjum. Zamawiający podniósł, że odwołujący już wcześniej wiedział, że oferta Konsorcjum nie zostanie mu ujawniona w całości. Otóż wkrótce po terminie otwarcia ofert, co miało miejsce w dniu 17 października 2016 r., odwołujący złożył wniosek o udostępnienie w dniu 26 października 2016 r. „ofert złożonych w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego i możliwość ich sfotografowania”. Odwołujący wyraźnie wniósł o udostępnienie mu wszystkich ofert i w całości, nie ograniczając swojego wniosku wyłącznie do części jawnych ofert.

Czego dowodzi pismo Odwołującego z 21.10.2016.

Złożone oferty zostały udostępnione, zgodnie z wnioskiem odwołującego, w dniu 26 października 2016 r., przy czym zamawiający ograniczył odwołującemu wgląd w zakresie części niejawniej ofert, uznając za skuteczne poczynione przez wykonawców zastrzeżenia odnośnie zawartych tam informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Po uzyskaniu wglądu do ofert, odwołujący w kolejnym piśmie nie kwestionował nieudostępnienia mu części niejawniej oferty Konsorcjum i nie domagał się ich odtajnienia, lecz wniósł jedynie o

przekazanie mu skanów „zabezpieczeń wadialnych”, czego dowodzi pismo Odwołującego z 26.10.2016.

Z powyższego w ocenie zamawiającego jednoznacznie wynika, że odwołujący już w dniu 26 października 2016 r. zapoznał się ze złożonymi ofertami i tego samego dnia powziął wiedzę o nieodtajnieniu przez zamawiającego części oferty Konsorcjum. W szczególności zamawiający nie informował odwołującego o ewentualnym badaniu skuteczności zastrzeżenia tajemnicy, szczególnie że odwołujący nie domagał się wglądu do części niejawniej, pomimo wiedzy o dokonanej zastrzeżeniu. Stąd też nie można było mieć najmniejszych wątpliwości, że zamawiający nie odtajni pozostałej części tej oferty, wobec czego też w dniu uzyskania wglądu do oferty Konsorcjum rozpoczął bieg terminu na wniesienie odwołania od zaniechania odtajnienia oferty Instal, a który upłynął w dniu 5 listopada 2016 r. Mając powyższą okoliczność na uwadze odwołanie na nieodtajnienie oferty Konsorcjum przez zamawiającego należy uznać za spóźnione.

Konieczność odrzucenia odwołania w powyższym zakresie potwierdza również ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „KIO” lub „Izba”), zgodnie z którą zaniechanie przez zamawiającego udostępnienia utajnionej części oferty należy zaliczyć do kategorii innej czynności, o której mowa w art. 182 ust 3 ustawy, wobec czego odwołanie należy wnieść w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Tak wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 21 lipca 2015 r., KIO 1401/15; KIO 1403/15. Zamawiający umożliwił odwołującemu uzyskanie wglądu do złożonych ofert i na bieżąco odpowiadał też na jego wnioski w tym zakresie. Powyższe okoliczności jednoznacznie więc przemawiają za tym, że odwołujący już 26 października 2016 r. wiedział o utajnieniu ofert, a mimo to zaniechał zaskarżenia tej czynności w drodze odwołania do Izby natomiast wniesienie odwołania na tę czynność na obecnym etapie postępowania należy zdaniem zamawiającego uznać za spóźnione.

Zamawiający powołał się także na wyrok Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 11 maja 2015 r., sygn. akt I Ca 131/15 oraz wyrok KIO Wyrok z dnia 3 marca 2016 r., KIO 222/16.

Merytorycznie, co do zarzutu zaniechania odtajnienia oferty Konsorcjum zamawiający uznał zarzut za całkowicie nieuzasadniony i chybiony. Zaznaczył, że zarzutami objęta jest czynność nieodtajnienia oferty, a nie późniejszej korespondencji wymienionej między zamawiającym i Konsorcjum, na co wyraźnie wskazuje petitum odwołania („nieujawnienie całej oferty Konsorcjum mimo, że Konsorcjum nie wykazało, iż zastrzeżone przez to Konsorcjum informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”), wobec czego według zamawiającego należy uznać, że odwołanie nie odnosi się do utajnienia tej korespondencji.

Przede wszystkim odwołujący, poza przytoczeniem obszernych fragmentów wyroków KIO, nie przedstawił jakichkolwiek argumentów przemawiających za tym, że utajniona część

oferty Konsorcjum w rzeczywistości nie zawierają wiadomości, które należałoby uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa na gruncie art 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Konsorcjum do swojej oferty załączyło uzasadnienie dla zastrzeżenia Załącznika nr 5 jako zawierającego tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazując na szczególny charakter informacji tam zamieszczonych oraz na podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych. W istocie zarzuty odwołania sprowadzają się wyłącznie do niewskazania, jakie konkretnie działania zostały przez Konsorcjum przedsięwzięte w celu zachowania w poufności tych informacji. Jednakże wskazanie tych działań w okolicznościach postępowania nie było konieczne. Po analizie treści zastrzeżonego załącznika zamawiający nie miał wątpliwości, że stanowi on tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym stanie rzeczy oczekiwanie od Konsorcjum bardziej szczegółowych informacji co do sposobu, w jaki dane wiadomości są utrzymywane w poufności, byłoby całkowicie zbędne. Zamawiający zauważył, że w praktyce postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wykształcił się niezrozumiały zwyczaj przedstawiania bardzo obszernego, lecz równie ogólnikowego uzasadnienia dla utajnienia oferty, powielanego do wszystkich składanych przez danego wykonawcę ofert, przy czym uzasadnienie to w przeważającej części składa się z cytatów orzecznictwa KIO, a w ograniczonym stopniu lub nawet wcale nie odnosi się do treści poszczególnych zastrzeganych dokumentów. Zamawiający stoi zaś na stanowisku, że to nie objętość, lecz merytoryczna treść uzasadnienia decydować powinna o zasadności zastrzeżenia danych informacji. Tak właśnie jest w przypadkach tak ewidentnych, jak utajnienie załączników o charakterze czysto technicznym, których treść jest wynikiem prac badawczych i know-how wykonawcy, a które nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a właśnie fakt ich nieudostępnienia nie jest też przez odwołującego w żaden sposób kwestionowany. Skoro zatem informacje te nie są publicznie dostępne, to niezrozumiałym byłoby wymaganie przedstawienia obszernych wyjaśnień, jakie kroki zostały przedsięwzięte w celu zachowania ich w poufności, szczególnie że byłyby to twierdzenia nie do zweryfikowania przez zamawiającego.

Z tych samych przyczyn niezasadny jest zarzut niewykazania przez Konsorcjum, jaką wartość gospodarczą posiadają informacje zawarte w załączniku nr 5. Nie może bowiem budzić wątpliwości - tym bardziej w przypadku podmiotów działających na tak specyficznym rynku - że wartość gospodarcza tego rodzaju dokumentów wynika z samej ich istoty, szczególnie że w oparciu o wskazane tam rozwiązania oferta Konsorcjum okazała się najkorzystniejsza ze wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, co już samo w sobie stanowi o oczywistej i wymiernej wartości gospodarczej zawartych w niej treści.

Niezależnie od tego, nawet gdyby uzasadnienie dla zastrzeżenia oferty Konsorcjum należało uznać za niewystarczające (jakkolwiek treść uzasadnienia nie daje ku temu jakichkolwiek podstaw), tj. niewykazujące, jakie środki przedsięwzięto dla zachowania danych wiadomości

w poufności, oraz jaka jest ich wartość gospodarcza, to wówczas zamawiający powinien w pierwszej kolejności zastosować procedurę wyjaśniania treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 1 Pzp. W przypadku zatem ewentualnych wątpliwości co do zasadności zastrzeżenia oferty Konsorcjum, w pierwszej kolejności należałoby bowiem skierować stosowne wezwanie do Konsorcjum i dopiero na podstawie uzyskania wyjaśnień - podjąć decyzję co do odtajnienia pozostałej części jego oferty.

Odrębnie też w ocenie zamawiającego należy rozważyć wpływ rzekomego naruszenia na wynik postępowania. Nawet gdyby uznać, że zamawiający powinien był odtajnić tę część oferty, a jednocześnie niezasadny okazał się zarzut jej niezgodności z treścią SIWZ, to wówczas rzekome naruszenie zasady jawności należy ocenić jako pozostające bez wpływu na wynik postępowania. Skoro bowiem Izba uznałaby, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum, to jej odtajnienie na obecnym etapie nie może przecież zmienić wyniku postępowania.

Co do braku niezgodności oferty Konsorcjum z wymogami SIWZ, to zamawiający podniósł, że brak jest jakichkolwiek podstaw aby uznać, że oferta Konsorcjum nie odpowiada treści SIWZ i zasługiwała na odrzucenie. Zamawiający dokonał jej badania i oceny, w konsekwencji czego doszedł do prawidłowego wniosku, że oferta ta odpowiada wymogom wyszczególnionym w specyfikacji. Natomiast twierdzenia odwołania nie opierają się na jakichkolwiek dowodach, a jedynie spekulacjach i przypuszczeniach co do rzeczywistej treści oferty Konsorcjum i opisanych tam rozwiązań.

Zamawiający dodał, że odwołujący bezrefleksyjnie bowiem założył, że Konsorcjum oferuje rozwiązania oparte na sprężarkach produkowanych o określonych, fabrycznych parametrach. Opierając się na informacjach zawartych w instrukcji obsługi dla niektórych spośród sprężarek produkowanych przez Konsorcjum, odwołujący przyjął, że zaoferowana została właśnie jedna z tych sprężarek i to w podstawowej konfiguracji, nie uwzględniającej modyfikacji koniecznych dla adaptacji sprężarki do budynku o parametrach wskazanych w SIWZ. Z tej przyczyny załączoną do odwołania instrukcję obsługi należy pominąć, bowiem informacje w niej zawarte nie mają jakiegokolwiek związku z wniesionym odwołaniem i w żadnym wypadku nie mogłyby stanowić podstawy rozstrzygnięcia odrzucającego ofertę Konsorcjum.

Co według zamawiającego znamienne, poza wspomnianą instrukcją obsługi, odwołujący nie zaoferował jakichkolwiek innych dowodów na poparcie swoich tez, jakkolwiek to wyłącznie na nim spoczywa ciężar wykazania zasadności wniesienia odwołania. Z kolei zamawiający w żadnym wypadku nie jest zobowiązany na obecnym etapie dowodzić prawidłowości dokonanej oceny oferty Konsorcjum, szczególnie, że odniesienie się do poszczególnych zarzutów odwołania wiązałoby się to z niedopuszczalnym ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum, która w ocenie zamawiającego zasługuje na ochronę na

podstawie art 8 ust 3 Pzp. Na tej podstawie zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum należy według zamawiającego uznać za nieudowodniony i niezastępujący na uwzględnienie.

Izba ustaliła, następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz, oferty Konsorcjum, wezwań 9 lutego 2017 nr ZRZ/RZZ/639/2017 i ZRZ/RZZ/640/2017 i udzielonych na nie odpowiedzi z dnia 9 i 10 lutego 2017r. oraz protokołu postępowania, dowodów złożonych przez odwołującego:

Na ich podstawie ustaliła, że :

W części B.2.

W pkt. 4.2.6 str. 36 zamawiający zawarł wymóg – pomieszczenie sprężarkowi będzie przedzielone ścianką działową w celu oddzielenia pomieszczenia sprężarek od pomieszczenia czerpni zasysających powietrze o maszyn.

W pkt. 7.2.4. zamawiający zawarł wymagania dotyczące gwarantowanych parametrów technicznych grupy B, gdzie wymagał:

W pkt 6 tabeli wymagał ciśnienie sprężonego powietrza w punktach styku z instalacjami 0.6 (+0,05) MPa, zaś w uwadze dodał minimalne ciśnienie sprężonego powietrza, przy którym nastąpi awaryjne wyłączenie bloku wynosi 0,55 MPa. W braku zasilania układu sprężonego powietrza powietrzem ze sprężarkowi czas, po którym nastąpi awaryjne odstawienie bloku wynosi 17s.

W pkt. 7.2.4.1 str. 68 zamawiający wskazał gwarancję zużycia energii elektrycznej

Zużycie energii elektrycznej należy podać dla pracujących następujących urządzeń:

- sprężarek,
- osuszaczy,
- pomp układu wewnętrznego,
- filtrów automatycznych zabudowanych przed wymiennikami płytowymi na układzie wody surowej,
- urządzeń wentylacji jak wentylatory nawiewne i dachowe- wydmuchowe.

Parametry odniesienia: temperatura otoczenia +35°C, wilgotność względna 85%, temperatura wody surowej 28°C. Do oceny dotrzymania gwarantowanego zużycia mocy wykonawca dostarczy krzywe korekcyjne, które będą umożliwiły określenie wpływu temperatury otoczenia, wilgotności oraz temperatury wody surowej od +4 do +28°C. Należy również dostarczyć charakterystyki ciśnienia tłoczenia/sprężu od wydajności sprężarek lub krzywych korekcyjnych na spręż.

W pkt. 9.1.4 str. 107 zamawiający wskazał, że bezpośrednio powietrze dostaje się do sprężarek poprzez czerpnie zabudowane na układzie dolotowym do maszyn. Czerpnie

natomiast są zabudowane w osobnym pomieszczeniu (oddzielone ścianką działową od miejsca posadowienia sprężarek).

W pkt. 9.2.1. Wymagania ogólne części elektrycznej zamawiający zawarł następujące wymagania

9.2.1 Wymagania ogólne - część elektryczna

Wszystkie instalowane urządzenia elektryczne muszą być zdolne do normalnej pracy w zakresie częstotliwości $47,5 \pm 52,5$ Hz i w zakresie napięć roboczych $0,8 \div 1,1 U_n$ ($-20\% * +10\%U_n$), zgodnie z zapisami IRIESP, punkt 2.2.3.3.1.27. Jednostka wytwórcza wraz z urządzeniami potrzeb własnych i potrzeb ogólnych elektrowni [w tym m.in.. Sprężarkowni] musi posiadać zdolność do pracy synchronicznej przy obniżonym napięciu zasilania i częstotliwości z określoną mocą i w określonym czasie. Tym samym, musi być zachowana stabilna praca sprężarkowni w warunkach zasilania obniżonym napięciem. To czy praca sprężarkowni w takich warunkach zasilania będzie wymagała załączania urządzeń lub innych czynności ruchowych jest w gestii technologii dostarczanej przez Wykonawcę. Urządzenia (transformatory, rozdzielnice główne, pomocnicze) i instalacje elektryczne powinny odpowiadać właściwym polskim normom, przepisom i innym wymogom stosowanym w energetyce zawodowej. Szczególnie odpowiadać wymaganiom Instrukcji Ruchu i Eksploatacji Sieci Przesyłowej oraz Ramowej Instrukcji Eksploatacji Transformatorów (wykonanej przez Zakład Pomiarowo-Badawczy Energetyki „Energopomiar-Elektryka” Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach). Dopuszcza się stosowanie przepisów i norm alternatywnych o ile są one równoważne lub stawiają warunki ostrzejsze niż normy polskie. W razie stosowania norm alternatywnych lub zamiennych Wykonawca musi wykazać równoważność tych Norm z Normami Polskimi. Współczynnik mocy $tg\phi$ nie powinien przekraczać wartości 0,4 w punkcie zasilania obiektów Sprężonego Powietrza. Zainstalowane urządzenia do regulacji obrotów silników napędowych oraz inne urządzenia energo-elektroniczne muszą być tak dobrane aby współczynnik odkształcenia wyższymi harmonicznymi THD napięcia w sieci zasilającej, powodowany przez te urządzenia, był nie większy niż 25-35%, a zawartość poszczególnych wyższych harmonicznymi (do numeru 40) nie może przekraczać 1% harmonicznej podstawowej.

Urządzenia przekształtnikowe muszą być dostosowane do pracy w sieci zasilającej wyposażonej w układ Samoczynnego Przełączania Zasilień (w skrócie "SZR") (możliwe chwilowe zaniki napięcia zasilającego i chwilowa niesymetria związana z działaniem układów SZR), Dla części elektrycznej obowiązują także wszystkie wymagania ogólne, opisane poniżej dla części AKPiA oraz teletechniki.

Na etapie sporządzania oferty zostanie sporządzony bilans mocy odbiorników elektrycznych z uwzględnieniem poziomów napięć zasilających. W bilansie zostaną wyszczególnione

wszystkie odbiorniki o mocy powyżej 50kW, oraz powyżej 1kW dla napięcia gwarantowanego.

W pkt 9.2.4 Silniki elektryczne Zawarł w pkt. 9.2.4.1 wymagania ogólne:

(6) Silniki muszą być zdolne do normalnej pracy w zakresie częstotliwości 47,5÷52,5Hz w zakresie napięć roboczych 0,8-1,1Un.

(11) Silniki będą dostosowane do samorozruchu przy napięciu obniżonym do 0,75 napięcia znamionowego po 3 sekundach przerwy w zasilaniu bez przekroczeń dopuszczalnych przyrostów temperatur w stanie nagrzanym w uzwojeniach stojana.

(16) Rozwiązanie łożyskowania silnika zapewni możliwość wymiany smaru stałego w łożyskach tocznych w czasie pracy. Jeżeli dla wymiany lub uzupełnienia smaru w łożyskach konieczny jest częściowy demontaż, to łożyska toczne nie będą wymagać uzupełnienia lub wymiany smaru w okresie mniejszym niż 2 lata.

(23) Nie ma możliwości zasilania pomp obiegowych (ok. 55kW) z napięcia gwarantowanego.

Układ powinien być tak zaprojektowany, aby nie nastąpiło wyłączenie sprężarek w zakresie napięć roboczych 0,8-1,1 Un, częstotliwości 47,5-52,5Hz oraz w warunkach działania SZR, co opisano w SIWZ.

(24) W przypadku operacji SZR tj. krótkotrwałego (ok. 1-1,5s) zaniku napięcia na szynach rozdzielni, dostarczane sprężarki powinny mieć możliwość udziału w samorozruchu t.j. muszą rozpocząć pracę od razu w chwili powrotu zasilania bez konieczności zatrzymania się oraz bez uruchamiania procedur kontrolnych. Sprężarki powinny mieć również możliwość uruchamiania procedur kontrolnych po kilkusekundowym postoju (załączanie przez obsługę). Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 41 o treści „W Części B.2 SIWZ, pkt. 4.2.6 Obiekty budowlane zawarto następujący zapis „Pomieszczenie Sprężarkowi będzie przedzielone ścianką działową w celu oddzielenia pomieszczenia sprężarek od pomieszczenia czerpni zasysających powietrze do maszyn”. Czy w przypadku zastosowania sprężarek nie wymagających stosowania czerpni Zamawiający wymaga wykonanie odrębnego pomieszczeni czerpni?”, zamawiający na to pytanie odpowiedział tak: „Wydzielone pomieszczenie z zainstalowanym: wewnątrz filtrami ssącymi sprężarek ma na celu "uporządkowanie" przyływów powietrza tak aby zawsze ono przepływało przez filtry zainstalowane na czerpniach zabudowanych w pomieszczeniu, w szczególności w okresach przeglądów lub remontów prowadzonych na hali sprężarek. Dodatkowo w/w "uporządkowanie" gwarantuje utrzymanie wyższej czystości filtrów ssących sprężarek w okresach pomiędzy ich wymianą. W przypadku większego zapylenia na zewnątrz sprężarkowni (zwracamy uwagę, że sprężarkownia jest zlokalizowana w rejonie ciągu nawęglania) Zamawiający jest w stanie za pomocą własnych służb wymieniać filtry czerpni nawet kilka razy do roku, zapewniając tym samym utrzymanie dopuszczalnych spadków

ciśnienia filtrów ssących sprężarek, co z kolei bezpośrednio wpłynie na ograniczenie kosztów eksploatacyjnych. Ponadto niskie temperatury zewnętrzne będą jedynie oddziaływać na wydzielone pomieszczenie, a nie całą halę sprężarek, co niewątpliwie pozytywnie wpłynie na komfort obsługi sprężarkowni. Dlatego też Zamawiający wymaga wydzielenia pomieszczenia czerpni.

W części jawnej oferty Konsorcjum na str. 203 znajduje się uzasadnienie zastrzeżenia tajności informacji zamieszczonych w tomie „Tajemnica Przedsiębiorstwa”, w którym Konsorcjum oświadczyło, że spełnia łącznie wszystkie przesłanki zastrzeżenia tajności określone w art. 8 ust. 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 uznk tj.

- a) Zastrzeżone informacje mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub są to inne informacje posiadające wartość gospodarczą,
- b) Zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
- c) Podjęto niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji zastrzeżonych.

W części niejawnej oferty Konsorcjum na str. 208 znajduje się wskazanie sprężarki określonego typu i produkcji. Na str. 214 znajduje się opis poboru powietrza przez oferowaną sprężarkę, z opisu tego Izba ustaliła, że Konsorcjum nie zaoferowało ściany działowej, jak również okoliczność ta nie wynika ze str. 292 - 298, gdzie podano rozwiązania materiałowe budynku oraz konstrukcyjne, na rysunkach znajdujących się od str. 321-338 nie widać wyodrębnionego pomieszczenia czerpni, w szczególności rysunek na stronie 326 nie potwierdza spełniania wymagania zamawiającego wynikającego tak z siwz jak i odpowiedzi na pytanie nr 41

Na str 225 znajduje się informacja o zużyciu energii elektrycznej, wody zdemineralizowanej i wody surowej.

Na str. 232 – 234 znajdują się informacje dotyczące silników elektrycznych, gdzie w pkt.6, 11, 16 znajdują się informacje odpowiadające treści siwz w pkt. 9.2.4.1 pkt 6, 11, 18, nie ma natomiast informacji dotyczącej pkt. 23 i 24 pkt. 9.2.4.1. części B2 siwz.

Na str 282 znajduje się objaśnienie do budynku sprężarek, gdzie nie wskazano ścianki działowej wyodrębniającej pomieszczenie czerpni.

Na str. 298 znajdują się założenia projektowe do budynku sprężarkowni, wskazujące na przyjęte parametry obliczeniowe oraz założenia technologiczne.

Na str. 299 znajduje się opis instalacji grzewczej ze wskazaniem kiedy będą się one załączać i jest to wartość wyższa niż 5°C.

Na str. 300 znajduje się opis instalacji wentylacji, gdzie wskazuje się na czerpnię ścienną w innej ścianie niż ściana działowa wyodrębniająca pomieszczenie czerpni.

Na str. 301 znajduje się opis założeń projektowych do budynku pomieszczeń elektrycznych, na str. 302-303 znajduje się opis techniczny instalacji wentylacji z opisem bilansu powietrza.

Na str. 311 znajduje się opis instalacji wody zdemineralizowanej i instalacji wody surowej.

Na str. 312 znajduje się opis instalacji wody zmywnej, którego elementy stanowią potwierdzenie, że będzie zachowana temperatura 5° C

Na str. 412 znajduje się opis nie wskazujący na możliwość oddzielenia obudowy filtrów od sprężarki.

Na str. 442 i 443 znajdują się krzywe, a z warunków wynika, że wilgotność względna była wyższa niż 80%, zaś temperatura wlotowa była wyższa niż 28° C.

Od str. 504 znajdują się warunki pomiarowe dla wielkości gwarantowanych zgodne z wymaganiami zamawiającego z pkt. 7.2.4.1 części B2 siwz (potwierdza to str. 514).

Z pism przedłożonych przez zamawiającego wynika, że w dniu 21 października 2017r. odwołujący wnosił o udostępnienie mu złożonych ofert w dniu 26 października 2016r., a w dniu 26 października 2017r. w nawiązaniu do udostępnionych mu części jawnych ofert wnosił o udostępnienie skanów zabezpieczeń wadialnych.

W pkt. 19 protokołu postępowania przy nazwisku T. M. znajduje się z adnotacją zgłaszam zdanie odrębne. W aktach postępowania brak dowodu na to, że sporządzono pisemne uzasadnienie zdania odrębnego.

Z pisma zamawiającego z dnia 9 lutego 2017r. nr ZRZ/RZZ/639/2017 wynika, że zamawiający oczekiwał uzupełnienia dokumentów w zakresie nie objętym przedmiotem sporu. Natomiast w piśmie z dnia 9 lutego 2017r. nr ZRZ/RZZ/640/2017 zamawiający wzywał Konsorcjum do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, w tym w pkt. 12, 14 i 18 w zakresie objętym przedmiotem sporu, tj. w odniesieniu do pkt. 9.1.4 części B2 i wyjaśnień treści siwz w odpowiedzi na pytanie 41, warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie, oraz pkt. 9.2.4.1 pkt. 24 części B2 siwz.

W piśmie z dnia 9 lutego 2017r. Konsorcjum uzupełniło dokument nie objęty zakresem sporu.

W piśmie z dnia 10 lutego 2017r. Konsorcjum objęło jego treść tajemnicą przedsiębiorstwa, w zakresie uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia wskazano na powiązanie z informacjami zastrzeżonymi w ofercie oraz powołano się na art. 8 ust. 3 i wymogi wynikające z art. 11 ust. 4 uznk.

Z dowodów odwołującego wynika:

Na str. 11 instrukcji obsługi znajduje się widok sprężarki z przodu, gdzie jako pkt. 9 oznaczono filtry i znajdują się one wewnątrz sprężarki, na str. 12 znajduje się widok z tyłu, gdzie w pkt 6 oznaczono filtr oleju, który również znajduje się wewnątrz sprężarki. Na str. Znajduje się kolejny widok z tyłu, a na str. 17 korpus sprężarki 3-stopniowej.

Na str. 40 w pkt 2.15 znajduje się opis automatycznego ponownego uruchomienia po awarii zasilania, z którego wynika, że funkcja ta jest dezaktywowana w sprężarkach opuszczających zakład. Może być ponownie aktywowana na życzenie. Jeśli funkcja zostanie aktywowana, sprężarka będzie uruchamiana automatycznie, kiedy zasilanie do modułu

zostanie przywrócone w ciągu zaprogramowanego okresu czasu, czasu wyłączenia (między 0 sek, a 60min), powiększonym o czas uruchamiania CPU (co zajmuje ok. 20 sek). Uwzględniony jest minimalny czas zatrzymania.

W pkt. 9.2. na str. 118 znajdują się warunki odniesienia, z których wynika, że względna wilgotność powietrza 60%, temperatura wlotowa powietrza 35° C, temperatura wlotowa wody chłodzącej 26,7° C.

W pkt. 9.5 na str. 119 znajduje się zastrzeżenie, że spadek napięcia nie może przekroczyć 5% napięcia nominalnego. Może okazać się konieczne użycie kabli o większym rozmiarze niż te proponowane, aby spełniać te wymagania.

Na rzucie poziomu +0,400m sprężarkowni powietrza pokazano pomieszczenie czerpni powietrza – 0.3 o powierzchni 64,78m².

Z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie poz. 690 wynika, że temperatury obliczeniowe mogą być inne niż podane w tabeli, jeśli wynika to z wymagań technologicznych, a w pomieszczenia nieprzeznaczonych na pobyt ludzi, przemysłowych – podczas działania ogrzewania dyżurnego (jeżeli pozwalają na to względy technologiczne) temperatura obliczeniowa powinna wynosić 5°C.

Na podstawie powyższego materiału dowodowego Izba ustaliła następujący stan faktyczny: W dacie 26 października 2016r. zamawiający nie poinformował odwołującego o zakończeniu badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, choć udostępnił odwołującemu jedynie części jawne ofert, odwołujący w późniejszym czasie tj. przed wniesieniem odwołania nie składał wniosków o udostępnienie mu niejawnych części ofert, czy innej korespondencji której nadano klauzulę „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Odwołujący nie wnosił odwołania na czynność ograniczenia mu w dacie 26 października 2017r. dostępu do niejawnej części ofert.

Izba ustaliła, że Konsorcjum w ofercie str. 203 nie określiło jednoznacznie, jaki charakter mają zastrzeżone przez niego informacje, ale wskazał pełen katalog informacji wynikający z treści art. 11 ust. 4 uznk, przystępujący nie przedstawił jakichkolwiek wyjaśnień czy dowodów na okoliczność tego, że informacje te nie są powszechnie dostępne, ani na okoliczność tego, że podjął działania zmierzające do zachowania ich w poufności, inne niż samo zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie. Analogiczna sytuacja ma miejsce przy składaniu wyjaśnień co do skuteczności zastrzeżenia pism z dnia 9 i 10 lutego 2017r.

Izba ustaliła, że z części niejawnej oferty przystępującego nie wynika spełnianie wymagania pkt. 9.1.4 części B2 (czerpnie) oraz pkt. 9.2.4.1 pkt. 23 i 24 części B2 siwz napięcie gwarantowane i samorozruch), a Konsorcjum poza złożonym zapewnieniem, nie wykazało z jakich elementów oferty wynika potwierdzenie spełniania powyższych wymagań. W tym zakresie Izba dała wiarę tak treści oferty Konsorcjum jak i dowodom złożonym przez

odwołującego do odwołania. Natomiast Izba ustaliła, że pozostałe wymagania zamawiającego, wskazane przez odwołującego w odwołaniu zostały wyraźnie i w sposób nie budzący wątpliwości potwierdzone w ofercie Konsorcjum.

Izba ustaliła stan prawny obowiązujący w postępowaniu na datę jego wszczęcia tj. 18 sierpnia 2017r.:

Art. 7. 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

2. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 8. 1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

3. 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.

4. Jeżeli jest to uzasadnione ochroną prywatności lub interesem publicznym, zamawiający może nie ujawniać:

1) danych osobowych, w przypadku zamówienia udzielonego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. b,

2) wysokości wynagrodzenia, w przypadku zamówienia udzielonego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. c

- w zakresie dostaw lub usług z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki lub muzealiów, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności, o ile wykonawca, przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego zastrzegł, że dane te nie mogą być udostępniane.

Art. 89. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

Art. 91. 1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie wystąpiły przesłanki z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby koniecznością odrzucenia odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 -3 ustawy tj. zasadę jawności postępowania przez nie udostępnienie całej oferty Konsorcjum oraz ograniczenie dostępu do korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a Konsorcjum w trakcie trwania procedury przetargowej, mimo, że Konsorcjum nie wykazało, iż zastrzeżone przez to Konsorcjum informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

Zarzut potwierdził się. Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego i przystępującego, co do tego, że termin na wniesienie odwołania na zaniechanie zamawiającego w myśl art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy rozpoczął bieg od chwili udostępnienia odwołującemu jawnej części oferty Konsorcjum tj. od dnia 26 października 2017r. Izba bowiem ustaliła, że brak jest dowodu na to, że odwołujący w tej dacie powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Nie przedstawiono dowodu na to, co twierdził zamawiający na rozprawie, że w dacie 26 października 2017r. zakończył on weryfikację skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Konsorcjum, a własne oświadczenia zamawiającego podważają wiarygodność tego twierdzenia. Zamawiający bowiem wskazywał, że odwołujący mógł dopytać zamawiającego o to czy zakończył weryfikację tajemnicy przedsiębiorstwa, albo żądać udostępnienia mu dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, wskazywał także przy zarzutach dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum na trudność odniesienia się do tych zarzutów nawet w sposób zanonimizowany z uwagi na obszerność oferty Konsorcjum – ponad 500 stron, wskazywał także, że samodzielnie ustalił, że informacje zastrzeżone miały charakter techniczny, podczas, gdy w wyjaśnieniach sam przystępujący wskazał także na charakter technologiczny, organizacyjny i na informacje

mające wartość gospodarczą. W tej sytuacji Izba oceniła jako niewiarygodne twierdzenie zamawiającego, że 26 października 2017r. tj. 9 dni po otwarciu ofert zamawiający zakończył badanie pod kątem ustalenia czy w ponad 500 stronicowej ofercie informacje zastrzeżone mają charakter podlegający ochronie w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk. Izba natomiast dała wiarę twierdzeniom odwołującego, że był on przekonany, iż zamawiający jest w toku weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba w tym stanie faktycznym wzięła pod uwagę, że ustawodawca nie określił konkretnego momentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do którego zamawiający powinien zakończyć tę weryfikację. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy ostatecznym momentem, od którego wszystkie dokumenty postępowania podlegają udostępnieniu jest moment wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienie postępowania. Tym samym zasadą jest, że o zaniechaniu zamawiającego w dokonaniu weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa można w sposób pewny mówić od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej. Wprawdzie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przewidziane są wyjątki od tej zasady, to jednak są one ujmowane w wyjątkowych sytuacjach i dopuszczalne w określonych stanach faktycznych. W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie można było ustalić, że odwołujący przed datą wyboru oferty najkorzystniejszej powziął wiadomość o tym, że zamawiający zakończył badanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przed 28 lutego 2017r. Zamawiający o wyniku swojej czynności i fakcie jej zakończenia nie informował przed datą wyboru oferty najkorzystniejszej, a sam fakt udostępnienia części jawnej oferty nie przesądza w ocenie składu orzekającego jeszcze o tym, że odwołujący miał wiedzę, że zakończono badanie skuteczności zastrzeżenia. W ocenie Izby z faktu udostępnienia części jawnej oferty Konsorcjum można logicznie wyciągnąć jedynie taki wniosek, że jakąś część swojej oferty Konsorcjum objęło zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, ale nie jest już wnioskiem bezpośrednio wynikającym z udostępnienia części jawnej oferty wniosek, że zakończono badanie skuteczności zastrzeżenia. W ocenie Izby musiałby istnieć dowód na to, że oświadczenie o zakończeniu badania dotarło do odwołującego np. informacja w zaproszeniu do zapoznania się z ofertami, że zapoznanie będzie możliwe jedynie w zakresie części jawnych, bo części niejawne są skutecznie zastrzeżone. W tym stanie faktycznym taka okoliczność nie miała miejsca i na podstawie powyższego Izba wywiodła, że nie ma podstaw do przyjęcia, że dopuszczalne jest zastosowanie wyjątku od zasady, że zamawiający ma prawo badać skuteczność zastrzeżenia, aż do wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji Izba oceniła, że zarzut nie jest spóźniony i zasługuje na rozpoznanie. Zamawiający podniósł, że odwołujący nie określił w petitum odwołania, że odwołanie jest wnoszone także od zaniechania udostępnienia odwołującemu korespondencji pomiędzy Konsorcjum, a zamawiającym. Zamawiający bardzo rygorystycznie zinterpretował treść art. 180 ust. 3 ustawy i § 4 ust. 1 pkt

5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm. Z 2013r. poz. 232). Ustawodawca nakazał wykonawcom odwołujący się wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, jednak wbrew stanowisku zamawiającego ustawodawca nie przewidział negatywnego dla wykonawcy skutku takiego niewskazania, Izba nie ma podstaw np. do odrzucenia odwołania w części zarzutów nie objętych wskazaniem czynności czy zaniechania ani podstaw do pozostawienia takich zarzutów wykraczających ponad wskazane czynności i zaniechania bez rozpoznania. Zamawiający nie dostrzegł, że zakres kognicji Izby wyznaczają nie „wskazanie czynności lub zaniechania zamawiającego”, ale podniesione zarzuty – art. 192 ust. 7 ustawy, tym samym w ocenie Izby wskazanie czynności lub zaniechania nie musi być dokonywane odrębnie od przedstawienia zarzutów i omyłki lub niekompletności w zakresie wskazania czynności lub zaniechań nie stanowią przeszkody w rozpoznaniu odwołania. W ocenie Izby wskazanie na zaniechanie udostępnienia korespondencji pomiędzy Konsorcjum, a zamawiającym nastąpiło w podstawie faktycznej pierwszego z postawionych przez odwołującego zarzutów i wypełniało wymogi ustawy. Tym samym ponieważ zaniechaniu zamawiającego polegającemu na naruszeniu art. 8 ust. 1 – 3 ustawy przez odmowę udostępnienia korespondencji pomiędzy Konsorcjum, a zamawiającym odwołujący postawił zarzut, to w myśl art. 192 ust. 7 ustawy Izba obowiązana jest go rozpoznać. Korespondencja pomiędzy zamawiającym, a Konsorcjum stanowi załączniki do protokołu postępowania, które są jawne od daty wyboru oferty najkorzystniejszej, co oznacza, że zarzuty nie są spóźnione. Izba zwraca także uwagę zamawiającego na fakt, że do postępowania przed Izbą nie mają zastosowania przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, a wskazanie czynności lub zaniechania nie jest takim samym wymogiem, jak wymóg z art. 368 § 1 pkt. 1 kpc, nakazujący wskazanie czy wyrok sądu I instancji jest skarżony w całości czy w części. Izba jest organem pierwszoinstancyjnym, a decyzji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej nie można porównać z wyrokiem sądu powszechnego pierwszej instancji. Nie ma do wyroków Izby zastosowania także przepis art. 378 § 1 kpc dotyczący granic zaskarżenia. W konsekwencji Izba uznała argumentację zamawiającego za nieuzasadnioną i nie dającą podstaw do zwolnienia Izby z obowiązku rozpoznania zarzutu także w odniesieniu do zaniechania zamawiającego udostępnienia korespondencji pomiędzy Konsorcjum, a zamawiającym – załączniki do protokołu postępowania nr 143, 144, 145, 146.

Przechodząc do badania merytorycznego postawionych zarzutów, Izba stwierdza, że zarzuty potwierdziły się, gdyż w ocenie Izby nie można przyjąć, że Konsorcjum wykazało odpowiednio w ofercie, w piśmie z dnia 9 lutego 2017r. i w piśmie z dnia 10 lutego 2017r, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Po 19 października 2014r. tj po wejściu w życie nowego brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy ukształtowała się jednomyślna linia

orzecznicza zbieżna ze stanowiskiem inicjatora zmiany powyższego przepisu tj. Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonego w opinii prawnej zamieszczonej na stronie internetowej UZP pn. „Tajemnica przedsiębiorstwa w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r.” „Ustawodawca pozostawił wykonawcy dowolność w doborze środków służących realizacji powyższego obowiązku, przy czym, zawarte w treści art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, pojęcia „zastrzeżenie” i „wykazanie” oznaczają, iż w ramach wykazywania istnienia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., w odniesieniu do zastrzeganych informacji, wykonawca powinien przedłożyć określone dowody, nie zaś ograniczyć się do samego zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. (...) zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje każdorazowo obowiązek dokonania przez zamawiającego oceny zasadności powyższego zastrzeżenia w oparciu o przepisy u.z.n.k. Ocena zamawiającego w powyższym przedmiocie odbywa się w oparciu o dowody, jakie wykonawca przedłożył do upływu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli jednak wykonawca poprzestanie na zastrzeżeniu w ofercie danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania skuteczności ich utajnienia w świetle przepisów u.z.n.k., zamawiający nie jest związany zakazem ujawniania tych informacji, wynikającym z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.”

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

W jednym z wyroków wskazano nawet na to, że brak wyjaśnień rodzi po stronie zamawiającego obowiązek udostępnienia zainteresowanym informacji, niezależnie od tego, czy stanowiłyby one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, rozpatrywanego w oderwaniu od art. 8 ust. 3 pzp – tak wyrok z dnia 3 kwietnia 2015r. sygn. akt KIO 561/15. Kolejne zagadnienie, które pojawia się w orzecznictwie Izby, to zakres

dowodzenia przez wykonawcę prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym zakresie Izba stoi na stanowisku, że wykazać oznacza coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Nie będą zatem spełniać przesłanki z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające gołosłowne, niczym nie potwierdzone, twierdzenia (często zresztą powtarzające się w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia), że zastrzeżone informacje mają duże znaczenie dla wykonawcy, że nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, że posiadają znaczną wartość gospodarczą, itd.

Dla owego „wykazania” często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia, i wówczas wykonawca będzie zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić, ziszczenie się poszczególnych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a określonych w cytowanym powyżej art. 11 ust. 4 UZNK. Izba zauważa, że to od charakteru i rodzaju informacji, jak i innych okoliczności dotyczących danej informacji, jak i wykonawcy, będzie zależało to czy dla „wykazania” wystarczą jedynie wyjaśnienia z powołaniem się na uwarunkowania gospodarcze, geopolityczne, na zasady działania na danym rynku, itp., czy też konieczne będzie przedstawienie konkretnych dowodów, np. umów, koncepcji, raportów, itd. Czasem wystarczy odwołanie się do pewnych zdarzeń i związanych z nimi okoliczności, np. odwołanie się do faktu zawarcia konkretnej umowy w oznaczonej dacie z danym podmiotem i odniesienie się do niektórych postanowień takiej umowy – tak Izba w wyroku z dnia 7 kwietnia 2015r. sygn. akt KIO 568/15, KIO 570/15. Podobnie w wyrokach z dnia 5 maja 2015r. sygn. akt KIO 761/15, KIO 764/15, z dnia 11 maja 2015r. sygn. akt KIO 863/15.

Stanowisko Izby wskazuje wręcz, że nie jakiegokolwiek wyjaśnienia poczynione przez wykonawcę stanowią podstawę do uznania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz takie, którymi wykonawca wykazuje wypełnienie przesłanek, które warunkują skuteczność takiego zastrzeżenia – tak wyrok z dnia 19 maja 2015r. sygn. akt KIO 932/15. Negatywnie oceniane są przez Izbę wyjaśnienia „ogólne, blankietowe informacje mogące nawet zostać uznane za generyczne. Odwołujący poza przywołaniem szeregu orzeczeń oraz powołaniem się na procedury obowiązujące w jego zakładzie nie przedstawił żadnych argumentów, popartych stosownymi dowodami, które umożliwiłyby przyznanie takiej ochrony informacjom zastrzeżonym” – tak wyrok z dnia 28 lipca 2015r. sygn. akt KIO 1483/15.

Przenosząc tezy wskazanych wyżej orzeczeń na stan faktyczny niniejszej sprawy należy uznać, że Konsorcjum, w żadnym z trzech wskazanych przypadku – oferta, pismo z 9 lutego 2017r. i pismo z 10 lutego 2017r. nie wykazało zamawiającemu, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Przystępujący ograniczył się do wymienia art. 8 ust. 3 oraz wskazania przesłanek z art. 11 ust. 4 uznk, oświadczając, że je spełnia. Nie przejawiał w tym zakresie jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej, celem wykazania, że te

informacje to rzeczywiście tajemnica przedsiębiorstwa. Ponadto to tak naprawdę zamawiający ustalił, co w jego ocenie w ofercie Konsorcjum ma charakter techniczny posiadający wartość gospodarczą, a nie Konsorcjum to wykazało. Nie potwierdziły się oświadczenia Konsorcjum, że zastrzegł informacje o charakterze technologicznym i organizacyjnym. Podkreślić należy, że sam charakter informacji wpisujący się w treść art. 11 ust. 4 ustawy nie przesądza jeszcze, że dana informacja ma przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Widać to świetnie na przykładzie wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 21 grudnia 2006 r. sygn. akt IX Gc 200/06 teza 3. Informacje dotyczące dostawców komponentów, oprzyrządowania niezbędnych do produkcji kosiarek mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile zostały podjęte działania w celu zachowania poufności tych wiadomości.

Teza 4. Nie każda informacja (wiadomość) technologiczna i handlowa podpada pod pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa. Istnieje bowiem różnica między wiadomościami odpowiadającymi treści pojęcia tajemnica przedsiębiorstwa a informacjami wchodzącymi w skład powszechnej, aczkolwiek specjalistycznej wiedzy zdobytej przez pracownika w wyniku własnej działalności zawodowej podczas zatrudnienia. Wiedza, doświadczenia i umiejętności zdobyte przez pracownika podczas zatrudnienia nie korzystają z ustawowej ochrony na rzecz przedsiębiorstwa.

W świetle powyższego sam zamawiający przyznał na rozprawie, że dla niego wystarczające było ustalenie charakteru informacji i to sam tego ustalenia na podstawie oferty, a nie wyjaśnień skuteczności zastrzeżenia dokonał. Pozostałe zaś dwie przesłanki warunkujące skuteczność zastrzeżenia przyjął za spełnione polegając na niepopartym żadnymi dowodami oświadczeniu wykonawcy. Co więcej to zamawiający przesądził, nie pytając się dysponenta informacji o zdanie, że informacje techniczne, Konsorcjum chce utrzymywać w poufności. W ocenie Izby całokształt okoliczności ustalonych w sprawie świadczy o tym, że zamawiający zaniechał badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Konsorcjum oraz w pismach kierowanych przez Konsorcjum do zamawiającego z dnia 9 lutego 2017 i 10 lutego 2017r., a w konsekwencji tego zaniechania także błędnie przyjął, że musi chronić tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum w pismach kierowanych przez siebie do Konsorcjum z dnia 9 lutego 2017r. Co do tych dwóch ostatnich pism, to Izba zauważyła jeszcze jedną okoliczność przemawiającą za brakiem możliwości odmowy dostępu do treści tych pism, a więc to, że w obu tych pismach zamawiający odwołuje się do przepisów powszechnie obowiązującego prawa oraz do postanowień SIWZ, w żadnym zaś miejscu nie wskazuje na treści czy informacje wynikające z oferty Konsorcjum. To, że Konsorcjum nie złożyło wraz z ofertą jakiegoś dokumentu, czy nie potwierdziło w ofercie wymaganego parametru jest elementem oceny zamawiającego i co najwyżej ujawnia informację, co do wyników tej oceny, a nie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum.

Podsumowując Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 ustawy w związku z art. 8 ust. 3 ustawy, gdyż zaniechał badania skuteczności złożonych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Konsorcjum, w pismach Konsorcjum do zamawiającego z dnia 9 i 10 lutego 2017r., podczas, gdy gdyby tego zaniechania się nie dopuścił oceniłby, że Konsorcjum nie wykazało, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, bo choć wyjaśnienia zostały złożone, to jednak są one wyłącznie oświadczeniem wykonawcy, a nie stanowią wykazania – udowodnienia tych oświadczeń, a nadto sam zamawiający przyznał na rozprawie, że badał jedynie pierwszą przesłankę z art. 11 ust. 4 ustawy, a w zakresie pozostałych dwóch przesłanek poprzestał na głośnych oświadczeniach Konsorcjum, które składając takie wyjaśnienia samodzielnie zrezygnowało z wypełnienia ciążącego na nim obowiązku z art. 8 ust. 3, a tym samym pozbawiło się możliwości uznania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Co do pism zamawiającego z dnia 9 lutego 2017r., to zamawiający błędnie ocenił, iż ich treść może prowadzić do ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nakazała zamawiającemu udostępnienie odwołującemu kompletnej oferty Konsorcjum, oraz załączników nr 143, 144, 145 i 146 do protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy w związku z art. 91 ust. 1 ustawy przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, mimo że oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona i jej nie odrzucenie, chociaż treść tej oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

Zarzut potwierdził się. Z ustaleń materiału dowodowego wynika, że zamawiający postawił w siwz wymagania dotyczące zaprojektowania i wykonania osobnego pomieszczenia czerpni – wymóg z pkt. 9.1.4. część B2 siwz i odpowiedź na pytanie nr 41 oraz napięcia gwarantowanego – pkt (23) pkt. 9.2.4.1 część B2 siwz, a także samorozruchu w przypadku SZR – pkt (24) pkt. 9.2.4.1. części B2 siwz. Z oferty Konsorcjum nie wynika potwierdzenie spełniania powyższych wymogów, a ponieważ są to elementy świadczenia Konsorcjum na rzecz zamawiającego, a więc treść oferty Konsorcjum, w ocenie Izby nie mogły być uzupełnione przez złożenie oświadczenia po upływie terminu składania ofert, gdyż prowadziłoby to do zmiany złożonej oferty. Tym samym treść oferty nie odpowiadała treści siwz (zawierała nieuzupełnialne braki), co stanowi wypełnienie hipotezy normy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, w konsekwencji zamawiający powinien był zastosować sankcję wynikającą z tego przepisu, to jest odrzucić ofertę Konsorcjum. Zamawiający zaniechał zastosowania sankcji czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, dlatego Izba nakazała zamawiającemu

dokonanie czynności zaniechanej i odrzucenie oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W pozostałym zakresie w ocenie Izby zarzuty odwołania się nie potwierdziły.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy przez wybór oferty Konsorcjum, pomimo faktu, iż powinna ona zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu, czym zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Zarzut potwierdził się. Zamawiający dopuścił do oceny ofert ofertę, która podlegała odrzuceniu, a zatem nakazał pozostałym wykonawcom konkurować z wykonawcą, który złożył ofertę wadliwą, co stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zamawiający doprowadził też do wyboru oferty najkorzystniejszej, która powinna być odrzucona, co stoi w sprzeczności z normą art. 7 ust. 3 ustawy nakazującą dokonanie wyboru wykonawcy wyłącznie wybranego zgodnie z przepisami ustawy. Tym samym Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 ustawy, a usunięcie tego naruszenia jest możliwe w drodze wskazanych wyżej zachowań zamawiającego, które Izba mu nakazała.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. ai b i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów związanych z wniesionym wpisem oraz kosztami zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożonymi fakturami VAT, z ograniczeniem w zakresie zastępstwa prawnego do kwoty maksymalnej dopuszczanej przez rozporządzenie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....