

WYROK
z dnia 10 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **A. G. B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** z siedzibą w (...), **A. G. B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w (...) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Miasto Częstochowa**, (...)

przy udziale

Wykonawcy **P. P. C. Spółka Akcyjna** z siedzibą w W. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu udostępnić jako jawną treść oferty Wykonawcy P. P. C. S.A. część dotyczącą koncepcji architektonicznej.

2.1 Kosztami postępowania obciąża wnoszącego sprzeciw Wykonawcę P. P. C. S.A. z siedzibą w W. i:

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: A. G. B. Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w J., A. G. B. Sp. z o.o. z siedzibą w J., tytułem wpisu od odwołania;

2.3 zasądza od Wykonawcy P. P. C. S.A. z siedzibą w W. na rzecz Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: A. G. B. Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w J., A. G. B. Sp. z o.o. z siedzibą w J. kwotę **23.600 zł. 00 gr.** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset

złoty zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Miasto Częstochowa w trybie przetargu nieograniczonego na *zaprojektowanie i wykonanie obiektu sportowo-rekreacyjnego Park wodny w C. przy (...) w zakresie umożliwiającym uzyskanie zgodnie z przepisami Prawa budowlanego pozwolenia na użytkowanie* (nr ref. IŻ.271.51.2016), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 24.12.2016 r., 2016/S 249-456884, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: A. G. B. Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w J., A. G. B. Sp. z o.o. z siedzibą w J. (dalej jako Odwołujący), wnieśli w dniu 27 marca 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 600/17). Odwołaniem objęto czynność zaniechania ujawnienia części oferty wykonawcy P. P. C. S.A. z siedzibą w W. – koncepcji architektonicznej, skutkujące naruszeniem art. 8 Pzp w zw. z art. 11 ust. 8 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp odtajnienie oferty P. w zakresie koncepcji.

Odwołujący na obecnym etapie nie zna decyzji Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej i zakłada na podstawie pobieżnej analizy ofert, iż oferta wspólna CZ.P.B.P. P. S.A. (Lider) oraz K. P. Z. R.-B. K. (partner) zawiera liczne nieusuwalne błędy, które dyskwalifikują ją jako ważną, z kolei ofertę P. P. C. S.A. trudno zweryfikować z uwagi na jej utajnienie. Brak odtajnienia pozbawi Odwołującego możliwości zaskarżenia tej oferty w przypadku jej wyboru jako najkorzystniejszej. Brak możliwości oceny oferty złożonej przez innego wykonawcę może pozbawić Odwołującego prawa oceny przyszłej czynności Zamawiającego dotyczącej tej oferty.

Naruszenie wskazanych przepisów Ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zaburza ustawowe prawo do weryfikacji oferty konkurencyjnej i udaremnia Odwołującemu sprawdzenie jej zgodności z wymaganiami Zamawiającego, czyniąc również niemożliwym późniejsze zaskarżenie czynności wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Naruszenie przez Zamawiającego zasady jawności może doprowadzić do wadliwości postępowania skutkującej nieważnością zawartej umowy.

Odwołujący otrzymał informację od Zamawiającego o odmowie udostępnienia części oferty zawierającej koncepcję architektoniczną w dniu 16 marca 2017 r. i od tego momentu rozpoczął bieg terminu na wniesienie odwołania.

Oferta P. została utajniona w zakresie Koncepcji oraz Rozwiązań wpływających na zmniejszenie kosztów eksploatacji. Koncepcja funkcjonalno-użytkowa, której zakres i przedmiot został określony w pkt 6.21 pkt 2 siwz stanowi jednocześnie element podlegający

ocenie w ramach kryterium nr 2, jako: kryterium „Rozwiązania funkcjonalno-użytkowe” będzie oceniane na podstawie załączonej do oferty koncepcji funkcjonalno-użytkowej obejmującej uproszczony projekt zagospodarowania terenu, schematyczne rzuty kondygnacji z uwzględnieniem wszystkich pomieszczeń, schematyczne przekroje charakterystyczne oraz zawartość bryły obiektu na podstawie rzutów i charakterystycznych przekrojów. Należy przedstawić założenia koncepcji i wykazać ich zgodność z zapisami Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU). Bezwzględnie obiektywnym elementem koncepcji jest zgodność z zapisami PFU i choćby w tym zakresie dotyczącym realności i zgodności ze sztuką budowlaną owej koncepcji należałoby dokonać weryfikacji każdej z ofert. Każda tego typu koncepcja zawiera swego rodzaju know-how polegające na pomysłach realizacji, podkreślenia jednak wymaga fakt, że wszyscy wykonawcy w niniejszym postępowaniu znaleźli się w takiej samej sytuacji i żaden z nich koncepcji nie utajnił składając ofertę w przetargu publicznym, którego cechą jest zapewnienie transparentności postępowania i możliwości weryfikacji procedowania przez zamawiającego w procesie oceny ofert. Koncepcja tworzona na potrzeby tego przetargu, nie stanowiąca unikalnego chronionego patentem produktu, którym P. konkuruje na rynku, stanowi wyraz spełnienia warunków postawionych przez Zamawiającego w PFU w sposób zindywidualizowany do tego projektu. Nie stanowi to wartości gospodarczej podlegającej ochronie, gdyż nie decyduje to o zagrożeniu lub nawet zachwianiu pozycji P. na rynku konkurencyjnym. W przypadku wybrania oferty P. koncepcja musi zostać ujawniona i upubliczniona, jej pomysł będzie znany ogółowi i nie ma takiej możliwości by była tajemnicą. Ewentualna oryginalność koncepcji jest chroniona jednak nie przez przepisy i zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa, ale przez przepisy ustawy o prawach autorskich i prawach pokrewnych.

Podane przez P. powody utajnienia służą jedynie braku możliwości weryfikacji prawidłowości i zgodności oferty z siwz w zakresie PFU, mają charakter uniwersalny, ograniczają się do ogólnych sformułowań oraz nie odnoszą się do wszystkich koniecznych i wymaganych przepisem art. 11 ust.8 Ustawy Pzp elementów. P. w swoich wyjaśnieniach używa sformułowań ocenionych wielokrotnie w wyrokach Izby i Sądów, jako zbyt ogólnikowe w świetle dyspozycji przepisu art. 11 ust. 8 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („odpowiednie środki techniczne i prawne”, „niespopularyzowane rozwiązania”, „podjęcie działań”).

Wykonawcy składając oferty w przetargach publicznych powinni liczyć się z tym, iż będą one jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego, w szczególności w zakresie w jakim będą podlegały ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert.

Ponadto, parametry gwarantowane zostaną wskazane w treści samej umowy, która w myśl art. 139 ust. 3 ustawy jest jawna i może być udostępniona każdemu zainteresowanemu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej, a zatem próbę uznania jakiegokolwiek jej elementu za niejawną, należy uznać za bezcelową.

Jakkolwiek jest to mało prawdopodobne, to jeżeli rzeczywiście znajdowały się w tym dokumencie pewne informacje podlegające takiej ochronie to P. powinien był umieścić je w osobnym załączniku – z adnotacją, że zawartość zawiera tajemnicę przedsiębiorstwa. Z całą pewnością nie sposób uznać, aby cała treść Koncepcji powinna być utajniona, szczególnie w zakresie, który pozwala na weryfikację zgodności Koncepcji z założeniami i wymogami Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca P. P. C. S.A. z siedzibą w W. (dalej jako P.).

Zamawiający w piśmie z dnia 31,032017 r. zawierającym odpowiedź na odwołanie uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu. P. wezwany do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego w piśmie złożonym do akt sprawy przed otwarciem posiedzenia wniósł sprzeciw.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Należy wskazać, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, jako podmiot który złożył ofertę w postępowaniu, w którym zapewnienie przejrzystości czynności Zamawiającego stanowi gwarancję prawidłowego wyniku postępowania, a któremu zaprzecza działanie polegające na odmowie dostępu do oferty konkurencyjnej po jej publicznym otwarciu. Wniesienie odwołania zmierza zatem do przywrócenia warunków, które pozwolą na kontrolę przyszłych czynności Zamawiającego w tym w szczególności ustalenia, czy wybór oferty najkorzystniejszej będzie dokonany zgodnie z ustalonymi zasadami oceny i wyboru.

Na podstawie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty P., przedstawionego Zamawiającemu uzasadnienia konieczności ochrony przed ujawnieniem treści oferty – koncepcji architektonicznej oraz stanowisk prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

W pkt 6.21.2 siwz Zamawiający wymagał załączenia do oferty koncepcji architektonicznej spełniającej wymagania zawarte w Programie Funkcjonalno-Użytkowym zawierającej *koncepcję funkcjonalno-użytkową obejmującą uproszczony projekt zagospodarowania terenu, schematyczne rzuty kondygnacji z uwzględnieniem wszystkich pomieszczeń, schematyczne przekroje charakterystyczne oraz zawartość bryły obiektu na podstawie rzutów i charakterystycznych przekrojów. Należy przedstawić założenia koncepcji i wykazać ich zgodność z zapisami Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU).* W pkt 13 siwz Zamawiający wskazał, iż *rozwiązania funkcjonalno-użytkowe (f)* stanowiąc będą kryterium oceny ofert z wagą 20%. Kryterium to oceniane będzie na podstawie załączanej do oferty koncepcji funkcjonalno-użytkowej. Najlepsze z przedstawionych rozwiązań otrzyma maksymalną ilość punktów, czyli 100. Preferowane będą rozwiązania zawierające jak największe powierzchnie użytkowe przy minimalizacji udziału powierzchni pomieszczeń technicznych i komunikacji, a także propozycje zwiększające atrakcyjność Parku. Nie dopuszcza się rozwiązań odstępujących od minimalnych wymagań zawartych w PFU oraz przedstawionych w zmianach PFU. Oferty z takimi rozwiązaniami zostaną odrzucone, podobnie jak oferty nie zawierające koncepcji. Koncepcja spełniająca tylko minimalne wymagania otrzyma zero punktów. Pozostałe koncepcje będą ocenione proporcjonalnie (zmiana do siwz z 07.02.2017 r.). Oceniana w kryterium koncepcja stanowiąc będzie podstawę do opracowania ostatecznej koncepcji architektoniczno-budowlanej (zgodnie z § 1 ust. 1.2 lit a wzoru umowy – załącznika nr 1 do siwz), której wykonanie wyceniane jest kwotą ryczałtową prezentowaną w formularzu oferty, a następnie przenoszona do umowy w § 2 1.1.

W postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców i w ofercie każdego z nich złożona została koncepcja architektoniczna, stanowiąca podstawę do weryfikacji zgodności oferty z siwz oraz oceny ofert w ramach kryterium pozacenowego. Wykonawca P. jako jedyny zastrzegł informacje zawarte w koncepcji powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący przedstawił materiał poglądowy opracowany na podstawie pozostałych jawnych koncepcji, w którym prezentował opis rozwiązań wykraczających poza wymagania PFU, z którymi koncepcje musiały być zgodne w minimalnym zakresie, a które będą decydowały o ocenie ofert i ilości przyznanych punktów. Przykładowo Odwołujący zaproponował wykonanie lokali komercyjnych w kondygnacji podziemnej oraz obok zespołu saunowego, szersze tory do pływania, strefę suszenia włosów, a w ramach zwiększenia atrakcyjności: wulkan wodny, huśtawka wodna, ściana wspinaczkowa, sztuczne drzewa.

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego pismem z dnia 09.03.2017r. z wnioskiem o udostępnienie oferty P. i na jego podstawie wystąpił do P. o szczegółowe uzasadnienie dlaczego część oferty zawierająca koncepcję funkcjonalno-użytkową oraz opis rozwiązań

wpływających na zmniejszenie kosztów eksploatacji zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (pismo z 09.03.2017 r.). Równocześnie Zamawiający wezwał Odwołującego pismem z 09.03.2017 r. do szczegółowego uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty – rozwiązania wpływające na zmniejszenie kosztów eksploatacji.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami P. z dnia 15.03.2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego pismem z dnia 16.03.2017 r., iż nie odtajnia koncepcji tego Wykonawcy załączając do pisma złożone wyjaśnienia.

W wyjaśnieniach P. odwoływało się do stron 73-76 oferty zawierających uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Koncepcji oraz Kosztów eksploatacji (opisane na stronach 77-105 oferty). P. potwierdził wypełnienie przesłanek do objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa na podstawie art. 11 ust. 4 UZNK. Odwołał się również do doświadczenia w zakresie między innymi metodologii prowadzenia robót, optymalnego wykorzystania powierzchni budynku, określenia i optymalizacji kosztów eksploatacji zaprojektowanego obiektu. Pomijając część wyjaśnień, w których odwoływał się do orzecznictwa wyjaśnił, iż *dane zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Wykonawcy w niniejszym postępowaniu w sposób pośredni obrazują sposób działania Wykonawcy na rynku budowlanym (są to między innymi pomysły i rozwiązania przedstawione w „Koncepcji architektonicznej” oraz pomysły i obliczenia na zredukowanie kosztów eksploatacji zaprezentowane w „Rozwiązaniach wpływających na zmniejszenie kosztów eksploatacji”) (...)* Ujawnienie takich informacji konkurentom Wykonawcy prowadziłyby do uzyskania przez nich nieuzasadnionej korzyści gospodarczej, zaburzając tym samym prawidłową konkurencję na rynku właściwym dla Wykonawcy. Wejście w posiadanie ww. informacji mogłoby w szczególności ułatwić konkurentom Wykonawcy przewidywanie, jakie optymalizacje kosztów eksploatacji lub jakie poziomy ceny rozwiązania projektowe Wykonawca będzie oferował w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i kalkulowanie na tej podstawie cen na poziom odpowiednio niższych co może zapewnić im przewagę w postaci uzyskania znacznie wyższych szans na uzyskanie danego zamówienia. Jasnym jest wszakże, że informacje te mogą dać konkurentom Wykonawcy wiedzę, która umożliwi im przede wszystkim konkurencyjne wobec Wykonawcy kształtowanie swej polityki cenowej wobec osób trzecich. Ujawnienie informacji zawartych w Ofercie mogłoby zatem narazić Wykonawcę na poniesienie straty.(...) Koncepcja architektoniczna oraz opracowanie dotyczące redukcji kosztów eksploatacji zestawione w opracowaniu sporządzonym na potrzeby niniejszego postępowania stanowią unikalny pomysł na realizację zamówienia. Dokument Koncepcja i Koszty eksploatacji jest bowiem wynikiem połączenia, w sposób przemyślany i indywidualnie kilku elementów w określonej konfiguracji, a zatem stanowi

specyficzny know-how Wykonawcy. P. wskazał również na znaczenie tych dokumentów przy ocenie ofert w kryteriach pozacenowych.

W sprzeciwie wniesionym wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów, P. wskazał, iż niestandardowość Konceptcji polega na tym, że nie zawiera ona rozwiązań występujących powszechnie (w szczególności w zakresie doboru urządzeń, technologii basenowej, zespołu kogeneracji, urządzeń czerpalnych ograniczających pobór wody, kompensacji pary wodnej, propozycji rozwiązań materiałowych, zjeżdźalni wodnych, rozwiązań wykraczających poza zakres oferty) i pozwalających osiągnąć przewagę nad konkurencją w tym postępowaniu oraz w innych postępowaniach dotyczących analogicznych inwestycji. Konceptcja ta jest nierozdzielnie związana z inną częścią oferty, zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. *Rozwiązania wpływające na zmniejszenie kosztów eksploatacji*. Wzajemne powiązanie tych dokumentów powoduje, że utrzymanie w tajemnicy treści ich obydwu we właściwy sposób zabezpieczy interesy Wykonawcy i pozwoli na uniknięcie szkody.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Ustawy, wywodzony na podstawie braku zachowania terminu na wniesienie odwołania wobec zaniechania ujawnienia treści oferty P., który zdaniem Przystępującego rozpoczął bieg od dnia 10.03.2017 r., w którym Zamawiający zgodnie z wnioskiem Odwołującego powinien był udostępnić mu treść oferty, Izba oddaliła. Termin na wniesienie odwołania od zaniechania czynności, której dokonania domagał się Odwołujący od Zamawiającego powinien być liczony od dnia otrzymania odpowiedzi od Zamawiającego, co nastąpiło w piśmie z 16.03.2017 r. przekazanym mailem. Wcześniejsza korespondencja, w tym pismo Odwołującego z 09.03.2017 r. w którym wyznaczał termin na udostępnienie treści oferty wywołał ten skutek, że Zamawiający, aby upewnić się co do ostatecznej decyzji podjął czynności zmierzające do wyjaśnienia zasadności utajnienia koncepcji przez Przystępującego, kierując równoległe analogiczne wezwanie do Odwołującego. W całości należy zgodzić się z Przystępującym, że z uwagi na sposób, w jaki Ustawa określa w art. 182 ust. 3 Ustawy termin na wniesienie odwołania, wskazując na moment, w którym wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia, konieczna jest każdorazowa ocena stanu faktycznego, w jakim miało dojść do zaniechania podjęcia czynności przez Zamawiającego. Ponieważ udostępnienie oferty po jej otwarciu odbywa się na wniosek zainteresowanego, konieczne jest dla ustalenia stanu bierności Zamawiającego, czy miał on możliwość odniesienia się do wniosku i czy zajął stanowisko w sprawie poruszanej we wniosku. W niniejszej sprawie wskazującym na

odmowę udostępnienia pełnej treści oferty P. jest pismo Zamawiającego stanowiące odpowiedź na wniosek Odwołującego. Data 10.03.2017 r., która w ocenie Przystępujący wyznaczać miała początek biegu terminu na wniesienie odwołania, nie mogła być w ocenie Izby uznana za właściwą z tej przyczyny, iż Zamawiający w tej dacie jeszcze nie miał pełnego oglądu sprawy, oczekując na wyjaśnienia od wykonawców (również od Odwołującego). Nie było zatem zasadnym wywodzenie w tych okolicznościach, iż brak reakcji w terminie wyznaczonym przez Odwołującego, oznaczał faktycznie odmowę udostępnienia treści oferty P. w całości. Skoro odpowiedź Zamawiającego została przekazana w terminie późniejszym, należało uznać, iż do tego momentu Zamawiający ustalał, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest skuteczne. W świetle powyższego Izba uznała, iż Odwołujący powziął wiedzę o tym, iż Zamawiający nie udostępni mu oferty z pisma z dnia 16.03.2017 r. Z uwagi na zasadę pisemności i przejrzystości postępowania nie jest właściwym wywodzenie skutków, jakie w sprawie wywoływać miałyby czynności Zamawiającego - tu decyzja o braku odtajnienia koncepcji, z oświadczeń własnych Wykonawcy, który wyznacza Zamawiającemu termin na podjęcie czynności, do czego nie jest uprawniony. Tym samym dopiero z dniem, w którym Zamawiający zajął stanowisko w sprawie informując o nim Odwołującego, miał on podstawy do przyjęcia, iż oferta nie zostanie w całości ujawniona. Zatem odwołanie wniesione w dniu 27.03.2017 r. (poniedziałek) nie uchybiało 10-dniowemu terminowi, którego koniec przypadał na pierwszy dzień po dniu ustawowo wolnym od pracy.

Ponieważ nie stwierdzono podstaw do odrzucenia odwołania, a Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przez Zamawiającego, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Zarzuty kierowane wobec czynności w postępowaniu związane są z oceną zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa treści koncepcji architektonicznej załączonej do oferty P., której znaczenie wynikało z jednoznacznych zapisów siwz. Nie budziło wątpliwości, iż koncepcja architektoniczna stanowiła treść oferty, wskazując na sposób w jaki możliwe będzie wykonanie zamówienia, a ponadto była podstawą oceny ofert w kryterium pozacenowym. Okolicznością istotną z punktu widzenia oceny, czy informacje zamieszczone w opracowaniu stanowić mogą tajemnicę przedsiębiorstwa było ustalenie, iż koncepcja musiała spełniać minimalne założenia Zamawiającego opisane w PFU, pod rygorem odrzucenia oferty, a o ocenie punktowej decydować miały elementy dodatkowe spełniające szczegółowe założenia co do powierzchni użytkowej, minimalizacji udziału pomieszczeń technicznych, przestrzeni komunikacyjnej oraz propozycji zwiększającej atrakcyjność parku. Jak ujął to sam Przystępujący koncepcja zawierać ma optymalizację parametrów

wyznaczonych przez Zamawiającego, a know-how wykonawcy ma obejmować wiedzę w zakresie doboru urządzeń, ich parametrów w zakresie projektowania rozwiązań.

Oceniając znaczenie tego opracowania pod kątem waloru gospodarczego Izba uznała, iż nie można uznać za uzasadnione interesem wykonawcy zabezpieczenie informacji związanych z realizacją konkretnego zamówienia, którego warunki są wyznaczone potrzebami i oczekiwaniami Zamawiającego, powszechnie dostępnymi. Atrakcyjność tego opracowania powiązana jest ściśle z realizowanym projektem, co nie będzie mogło być ukryte przed opinią publiczną jeżeli dojdzie do wyboru tej właśnie oferty, jako najkorzystniejszej. Ponadto, koncepcja załączona do oferty stanowiła zarys wymagający dopracowania na etapie realizacji umowy. Przystępujący wywodził możliwość poznania szczególnie wrażliwej z punktu widzenia budowy przewagi konkurencyjnej wiedzy na temat możliwych do zastosowania rozwiązań przy dynamicznym rozwoju technologii i materiałów wykorzystywanych przy tego rodzaju inwestycjach. Odnosząc się do tego argumentu Izba uznała, iż nie ma on znaczenie, gdyż koncepcja dotyczyła sposobu zagospodarowania powierzchni obiektu, a nie szczegółowych danych na temat użytych materiałów, czy też rodzaju planowanych do zainstalowania urządzeń, które nie stanowią wiedzy zastrzeżonej dla jednego podmiotu z branży. Koncepcja zawiera opracowanie układu funkcjonalno-użytkowego (zawiera rzuty i przekroje pomieszczeń). Przedstawiony materiał porównawczy pokazuje spektrum możliwych rozwiązań, które nie wykraczają poza spotykane powszechnie elementy infrastruktury obiektu przeznaczonego do użytku komercyjnego i rekreacyjnego.

Wskazane okoliczności prowadzą do wniosku, iż koncepcja nie może mieć znaczenia poza tym postępowaniem, gdyż odnosi się do potrzeb konkretnego Zamawiającego, który opracował własne, szczegółowe założenia, z którymi powinny być weryfikowane koncepcje pod kątem ich spełnienia. Oznacza to jednocześnie, iż dokument będzie weryfikowany pod kątem oceny zgodności oferty z siwz i kryterium oceny. W tym obszarze zatem należy poszukiwać intencji Wykonawcy, jakimi kierował się utajniając tą część oferty przed konkurencją w przetargu publicznym. Chronienie tych informacji oznacza jednocześnie utrudnienie innym wykonawcom weryfikacji czynności Zamawiającego i możliwości skutecznego wniesienia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Co istotne, w przypadku wyboru jego oferty, informacje zawarte w koncepcji staną się powszechnie dostępne, a zatem stracą wartość, jakiej upatruje w nich Przystępujący. Powyższe oznacza, iż utrzymanie tych informacji w poufności ma znaczenie wyłącznie w tym postępowaniu i nie jest istotne dla dalszego funkcjonowania przedsiębiorcy na rynku właściwym. Projektowane w przyszłości rozwiązania będą bowiem przygotowywane niezależnie od obecnych założeń, nie mają zatem trwałego waloru gospodarczego.

Podsumowując, Izba uznała, iż zastrzeżenie koncepcji nie mogło być ocenione jako skuteczne, gdyż charakter informacji wskazywał wyłącznie na ich znaczenie jako elementu oferty ocenianego pod kątem zgodności z siwz oraz kryterium oceny. Nie zawierały one żadnych informacji, które ujawniałyby podstawy działalności mogące zagrażać pozycji podmiotu na rynku, jego przyszłym inwestycjom. Sama wiedza o produktach i materiałach nie może być oceniana jako unikatowa, zastrzeżona tylko dla tego podmiotu, a zatem, nie stanowi informacji technicznej i technologicznej, określającej potencjał podmiotu wyróżniający go na rynku i wymagający ochrony przed ujawnieniem.

Izba na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy uwzględniła odwołanie, jeżeli naruszenie przepisów Ustawy stanowiące jego podstawę miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie składu orzekającego, na każdym etapie postępowania konieczność zapewnienia jawności ofert nabiera szczególnego znaczenia, gdyż ustalenie, czy oferta nie podlega odrzuceniu dokonana przez Zamawiającego może być obarczona błędem. Jeżeli w takim przypadku nie zapewni się wykonawcom możliwości zapoznania się z treścią oferty ocenionej jako najkorzystniejsza, decyzja o jej wyborze może czynić wybór nieprawidłowym, a tym samym może mieć to istotny wpływ na wynik postępowania. Ponieważ obecnie Zamawiający może ograniczyć czynności związane z oceną złożonych ofert do oferty najwyższej ocenionej, pozostali wykonawcy powinni mieć możliwość ustalenia, czy oferta ta faktycznie nie podlega odrzuceniu, a w konsekwencji, która z pozostałych ofert ma szansę na wybór. Ponieważ na obecnym etapie postępowania nie można wykluczyć, iż najwyższą ocenioną zostanie oferta P., jej utajnienie może uniemożliwić ustalenie, czy czynność jej wyboru nie naruszy przepisów Ustawy, czyniąc tym samym wynik postępowania nieprawidłowym. Tym samym należało uznać, iż naruszenie zasady jawności w postępowaniu może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W świetle powyższego odwołanie w całości podlegało uwzględnieniu na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis uiszczony przez Odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie Zamawiającego i wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

Przewodniczący: