

WYROK
z dnia 18 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **Abener Energia S.A., Campus Palmas Altas c/Energia Solar, 401014 Sewila, Hiszpania** w postępowaniu prowadzonym przez **Elektrociepłownia Stalowa Wola S.A., ul. Energetyków 13, 37 - 450 Stalowa Wola,**

przy udziale **wykonawcy Iberdrola Ingenieria y Construccion S.A.U., Calle Ribera de Axpe 5 Erandio (Vizcaya), Hiszpania** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu przeprowadzenie czynności w zakresie odtajnienia oferty przystępującego dotyczących załącznika D do oferty – Umowy Serwisowej w zakresie elementów wymaganych przez zamawiającego częścią IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Istotne Postanowienia Umowy Serwisowej.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Elektrociepłownię Stalowa Wola S.A., ul. Energetyków 13, 37 - 450 Stalowa Wola** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Abener Energia S.A., Campus Palmas Altas c/Energia Solar, 401014 Sewila, Hiszpania** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Elektrociepłowni Stalowa Wola S.A., ul. Energetyków 13, 37 - 450 Stalowa Wola** na rzecz **Abener Energia S.A., Campus Palmas Altas c/Energia Solar, 401014 Sewila, Hiszpania** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Elektrociepłownia Stalowa Wola S.A., ul. Energetyków 13; 37-450 Stalowa Wola prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę bloku gazowo - parowego o mocy 400 MWe z członem ciepłowniczym w Elektrociepłowni Stalowa Wola” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Dnia 29 grudnia 2011 roku Zamawiający odmówił wykonawcy – Abener Energia S.A. 401014 Sewila, Hiszpania, ujawnienia informacji zawartych w Umowie Serwisowej stanowiącej załącznik D do oferty wykonawcy Iberdroła.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca: Abener Energia S.A. 401014 Sewila, Hiszpania (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 9 stycznia 2012 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący wniósł odwołanie od zaniechania dokonania przez Zamawiającego czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, polegających na braku ujawnienia w postępowaniu informacji zawartych w Umowie Serwisowej stanowiącej załącznik D do oferty Iberdroła Ingenieria y Construcción S.A.U. z siedzibą w Calle Ribera de Axpe 5, Erandio (Vizcaya), Hiszpania, które Iberdroła w sposób bezzasadny zastrzegła, jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zawartych w Umowie Serwisowej stanowiącej załącznik D do oferty Iberdroła, która to oferta stanowi załącznik do protokołu postępowania (dalej "Protokół Postępowania"), który jest jawny oraz
2. Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1994 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieprawidłową ocenę przez Zamawiającego informacji zawartych w Umowie Serwisowej stanowiącej załącznik D do oferty Iberdroła, jako tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji niezgodną z prawem odmowę ujawnienia tych informacji Odwołującemu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu ujawnienia informacji zawartych w Umowie Serwisowej stanowiącej załącznik D do oferty złożonej w postępowaniu przez Iberdroła,
- 2) zasądzenie kosztów postępowania od Zamawiającego na rzecz Odwołującego według norm przepisanych.

W dniu 29 grudnia 2011 roku pełnomocnik Odwołującego Pan Petr M., podczas obecności w siedzibie Zamawiającego, wystąpił o udostępnienie informacji zawartych w Umowie Serwisowej - stanowiącej załącznik D do oferty Iberdrola. Zamawiający odmówił ujawnienia powyższych informacji, wskazując, że Iberdrola podtrzymała wniosek o zastrzeżenie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w treści Umowy Serwisowej. Strony podpisały protokół, na podstawie którego Odwołującemu przekazano wyłącznie informacje zawarte w Umowie Serwisowej załączonej do oferty innego uczestnika postępowania tj. PBG S.A. Odwołujący nie otrzymał informacji zawartych w Umowie Serwisowej stanowiącej załącznik D do oferty Iberdrola. Brak dostępu do informacji zawartych w treści Umowy Serwisowej załączonej do oferty Iberdrola pozbawia Odwołującego możliwości dokonania weryfikacji powyższej części oferty Iberdrola, a w dalszej kolejności uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego. Oferta Odwołującego - zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert - jest drugą najkorzystniejszą (pierwszą jest oferta złożona przez Iberdrola). Zgodnie z treścią Rozdziału 14.2.1 SIWZ: "Złożenie w Ofercie projektu Umowy Serwisowej sprzecznej lub nie uwzględniającej Istotnych Postanowień Umowy Serwisowej - Część IV SIWZ skutkuje odrzuceniem Oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Ustawy". Zamawiający odmawiając Odwołującemu dostępu do informacji zawartych w Umowie Serwisowej Iberdrola, pozbawił tym samym Odwołującego możliwości weryfikacji, czy Iberdrola załączyła do swojej oferty złożonej w postępowaniu Umowę Serwisową zgodną z treścią Rozdziału 14.2.1 SIWZ. Powyższe może potencjalnie doprowadzić do braku możliwości zaskarżenia informacji o wyborze oferty Iberdrola oraz uzyskania zamówienia przez Odwołującego, co naraża go na poniesienie szkody w postaci utraty możliwości uzyskania spodziewanych korzyści. Odwołujący stwierdził, że określone fragmenty Umowy Serwisowej nie mogą stanowić i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Iberdrola. Z treści art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do którego odsyła art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Odwołujący podkreślił, że właśnie stosowne przepisy prawa, a nie wola wykonawcy, rozstrzygają o kwalifikacji określonych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Ilekroć zastrzeżono tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiający ma obowiązek zbadać zasadność takiego zastrzeżenia.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 9 stycznia 2012 roku.

Zamawiający, dnia 11 stycznia 2012 roku przekazał wykonawcom kopię odwołania.

Dnia 13 stycznia 2012 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Iberdrola Ingenieria y Construcccion S.A.U. z siedzibą w Calle Ribera de Axpe 5, Erandio (Vizcaya), Hiszpania.

Zamawiający nie wniósł pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania określonych przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, odnośnie umowy serwisowej, iż Projekt Umowy Serwisowej przygotuje wykonawca uwzględniając Istotne Postanowienia Umowy Serwisowej zamieszczone w części IV s.i.w.z. (zwane również „IPUS”). Złożenie w ofercie projektu Umowy Serwisowej sprzecznej lub nie uwzględniającej Istotnych Postanowień Umowy Serwisowej – część IV s.i.w.z. skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Na tej samej podstawie zostanie odrzucona oferta zawierająca projekt Umowy Serwisowej obejmującej postanowienia, które uzależniają zastosowanie Istotnych Postanowień Umowy Serwisowej od dodatkowych warunków.

Część IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiąca Istotne Postanowienia Umowy Serwisowej stanowi dokument, w którym Zamawiający opisał m.in. definicje, zakres przedmiotowy urządzenia objętego serwisem, zakres dostaw i usług objętych umową

serwisową, oraz szereg innych, istotnie ważnych dla Zamawiającego elementów, w sumie 13 punktów, spełnienie którego, każdego z osobna, winno być przez Zamawiającego ocenione pod kątem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Dlatego też za zasadne Izba uznała stanowisko Odwołującego, dotyczące możliwości kwestionowania tych postanowień oferty, które nie odpowiadają treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Oczywiście na bieżącym etapie postępowania Izba nie wypowiada się w zakresie zgodności postanowień oferty Przystępującego z treścią s.i.w.z., a jedynie w zakresie skuteczności zastrzeżenia jawności tejże oferty w zakresie załącznika D – Umowy Serwisowej.

Izba badając ofertę Przystępującego w zakresie treści dotyczącej załącznika D – Umowy Serwisowej stwierdziła, że określone fragmenty Umowy Serwisowej nie mogą stanowić i nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa - Przystępującego. Z treści art. 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do którego odsyła art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W ocenie Izby nie może być kwalifikowana, jako tajemnica przedsiębiorstwa część Umowy Serwisowej dotycząca np. zapisów stricte "prawniczych", w tym w szczególności podstawowych terminów realizacji umowy, podstawowych obowiązków stron, czy też właściwości sądu, jak również w szczególności zapisów stanowiących *essentialia negotii* każdej umowy serwisowej.

W związku z powyższym przyjęcie przez Zamawiającego wyjaśnień Przystępującego dotyczących zasadności kwalifikowania całości przedstawionego przez tego wykonawcę projektu Umowy Serwisowej świadczy o braku dokonania należytej analizy treści przedmiotowego projektu oraz o bezkrytycznej postawie Zamawiającego względem Przystępującego.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający nie może biernie, bez cienia krytyki przyjmować i stosować, jako obowiązujące wyjaśnienia składane przez wykonawców, w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek stosowania zasady, określonej przepisem art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady jawności prowadzonego postępowania. Oczywiście przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp została wyłączona powyższa zasada. Jednakże wyłączenie powyższej zasady powinno mieć zastosowanie w wyjątkowych sytuacjach. Sytuacje te to oczywiście zagrożenie ujawnieniem m.in. tajemnic handlowych, rozwiązań technologicznych, itp., które charakteryzują i stosowane są przez wykonawców w zakresie indywidualnych rozwiązań.

Izba, badając ofertę Przystępującego, w zakresie treści załącznika D – Umowa Serwisowa zważyła, że cała treść przedmiotowego załącznika nie powinna i nie może podlegać utajnieniu, gdyż nie we wszystkich elementach załącznika D – Umowa Serwisowa – zostały zawarte informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa – Przystępującego - w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odtajnienie wyżej wskazanych elementów ma wpływ na zachowanie Zamawiającego i Przystępującego, jako że informacje dalsze, składane po terminie składania ofert, a dotyczące odtajnionej części Umowy Serwisowej podlegają w swoim zakresie również odtajnieniu w zakresie, w jakim odtajnione zostały informacje podstawowe Umowy Serwisowej.

Zamawiający wykonując niniejszy wyrok zobowiązany jest do odtajnienia treści Umowy Serwisowej – stanowiącej załącznik D do oferty Przystępującego - w zakresie, w jakim odnosi się ona (potwierdza spełnianie wymogów) do treści Istotnych Postanowień Umowy Serwisowej – część IV – załącznika do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dlatego też, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 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), uwzględniając koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Przewodniczący: