

Sygn. akt: KIO 1040/11

WYROK
z dnia 31 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2011 r. przez wykonawcę **Dynamik Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Mierzeja Wiślana 6, 30-372 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **ENION Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Zawila 65L, 30-390 Kraków**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Dynamik Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Mierzeja Wiślana 6, 30-372 Kraków** i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy) uiszczoną przez wykonawcę **Dynamik Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Mierzeja Wiślana 6, 30-372 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13 i Nr 28, poz. 143) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający ENION S.A. z siedzibą w Krakowie, ul. Zawila 65 L, 30-390 Kraków wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa osprzętu do sieci kablowej dla ENION S.A. w 2011 r.« z podziałem na 3 części. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13 i Nr 28, poz. 143) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

04.03.2011 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2011/S 44-073076.

06.05.2011 r. (pismo z 27.04.2011 r.) wykonawca Dynamik Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie powiadomił o zapoznaniu się z ofertami 21 kwietnia 2011 r. Jednak zdaniem wykonawcy Dynamik zamawiający nie udostępnił całych ofert niezasadnie powołując się na zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców.

09.05.2011 r. (pismo z 06.05.2011 r.) zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty:

- 1) w częściach 1 i 2 – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „Rutex” Spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie (lider), P.P.H.U. „Prosper” Spółka z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ENERGO-MARKET ZET Spółka z o.o. z siedzibą w Tarnowie oraz F.H.U. „Eliot” Janusz Lizak z siedzibą w Krakowie [zwani dalej »wykonawcami Rutex«];
- 2) w części 3 – wykonawcy Dynamik Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie;

19.05.2011 r., zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wykonawca Dynamik Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie, ul. Mierzeja Wiślana 6, 30-372 Kraków wniósł do Prezesa KIO odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty na zadanie 1, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Rutex Spółka z o.o. z siedzibą w Częstochowie (lider), P.P.H.U. „Prosper” Spółka z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ENERGO-MARKET ZET Spółka z o.o. z siedzibą w Tarnowie oraz F.H.U. „Eliot” Janusz Lizak z siedzibą w Krakowie (zwanymi dalej »wykonawcami Rutex«) oraz na odmowę udostępnienia przez zamawiającego pełnej treści oferty wykonawców Rutex, złożonej na zadanie 1.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 8 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez bezzasadną odmowę udostępnienia pełnej treści oferty złożonej przez wykonawców Rutex na zadanie 1 w przedmiotowym postępowaniu na skutek błędnego uznania przez zamawiającego, że zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp – przez nieuznanie, że bezpodstawne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz nieodtajnienie tych informacji przez zamawiającego w toku badania i oceny ofert w istocie powoduje to, że oferta wykonawców Rutex złożona na zadanie 1 jest niezgodna z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez wybór na zadanie 1 oferty wykonawców Rutex, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia] oraz zaniechanie odrzucenia tej oferty;
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp – przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji;
- 5) (z ostrożności procesowej) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawców Rutex mimo, że jej złożenie w okolicznościach sprawy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty na zadanie 1;
- 2) dokonanie ponownej oceny i badania ofert na zadanie 1 z uwzględnieniem okoliczności podniesionych w odwołaniu oraz w toku postępowania odwoławczego;
- 3) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców Rutex na zadanie 1;
- 4) wybór oferty odwołującego na zadanie 1 jako oferty najkorzystniejszej;
- 5) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie: »Dostawa osprzętu do sieci kablowej dla Enion S.A. w 2011 r.«. Zgodnie z pkt 2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia, zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych na każde z zadań:

Zadanie 1 – dostawa muf nn i SN;

Zadanie 2 – dostawa głowic nn i SN, zestawów uziemiających do głowic;

Zadanie 3 – dostawa adapterów kątowych do głowic.

09.05.2011 r. odwołujący otrzymał (za pośrednictwem faksu) zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach wykluczonych z postępowania oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Z treści pisma wynika, że zamawiający na zadanie 1 i 2 wybrał, jako najkorzystniejsze, oferty złożone przez wykonawców Rutex.

Dowód: Kopia pisma zamawiającego z 06.05.2011 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie 10.05.2011 r. odwołujący otrzymał (za pośrednictwem faksu) odpowiedź na wniosek odwołującego z 28.04.2011 r. o udostępnienie pełnej treści oferty złożonej przez wykonawców Rutex. Z pisma tego wynika, że zamawiający nie udostępni odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawców Rutex informacji, gdyż uznaje je za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dowód: Kopia pisma odwołującego z 28.04.2011 r. – wniosek o udostępnienie pełnej treści oferty Wykonawców Rutex.

Kopia pisma Zamawiającego z 05.05.2011 r.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Jak wynika z treści orzeczenia Sądu Najwyższego z 3 października 2000 r. w sprawie o sygn. akt: I CKN 304/00 (OSNC 2001, Nr 4 poz. 59), za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana każda informacja, jeśli spełnia łącznie trzy warunki:

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa;
- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej;
- 3) podjęto w stosunku niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ofercie złożonej przez wykonawców Rutex na zadanie 1 zostały zastrzeżone następujące informacje:

- karty katalogowe produktów;
- instrukcje montażu;
- składy ilościowe produktu.

Informacje zawarte w ww. dokumentach nie mają znaczenia gospodarczego i są powszechnie dostępne. Odwołujący zwraca uwagę, że np. dane techniczne mufy typu ELPO, której jedynym producentem jest firma Energo Test, znajdują się na stronie internetowej producenta.

Dowód: Wydruk informacji zawartych na stronie internetowej www.energotest.com.pl
Informacje zawarte na stronie 18 maja 2011 r.

Jak wynika z wyr. Krajowej Izby Odwoławczej z 24 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO UZP 818/10 »informacją nieujawnioną do wiadomości publicznej jest informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja podpada pod pojęcie tajemnicy, gdy przedsiębiorca ma wolę, by została ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna«.

Z kolei w wyr. z 5 września 2001 r. Sąd Najwyższy w sprawie o sygn. akt I CKN 1159/00 stwierdził, że »nie ulega wątpliwości, że zakresem tajemnicy nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy nimi zainteresowany może się legalnie dowiedzieć. Jak trafnie stwierdził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyr. z 3 października 2000 r. I CKN 304/2000 (OSNC 2001, nr 4, poz. 59) informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, kiedy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano«.

Z uwagi na fakt, że wszyscy wykonawcy Rutex, nie są producentami zaoferowanych muf, a jedynie pośredniczą przy ich sprzedaży (są dystrybutorami), to informacje o cechach technicznych produktów, sposobie ich montażu czy wyszczególnieniu elementów, które wchodzi w skład zestawu do skonstruowania (budowy) mufy nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Są one bowiem dostępne chociażby dla osoby, która kupuje mufy, a zatem potencjalnie każdy może wejść w posiadanie tych informacji. Informacje te są również zawarte w ogólnie dostępnych katalogach wydawanych przez producentów oraz na stronach internetowych producentów muf.

Żadne z zastrzeżonych przez wykonawców Rutex informacji nie mają waloru technicznego, technologicznego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa. Zastrzeżone informacje dotyczą parametrów i właściwości produktu, które każdy z wykonawców Rutex sprzedaje, a zatem cech z którymi każdy kupujący może się w zwykłym toku rzeczy zapoznać.

Wykonawcy Rutex nie podjęli też żadnych działań w celu zachowania poufności takich informacji. Za podjęcie działań w celu zachowania poufności należy rozumieć sytuację, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Oznacza to, że przedsiębiorca musi podjąć odpowiednie działania organizacyjne mające na celu utrzymanie danych informacji w tajemnicy.

Odwołujący zwraca uwagę, że wykonawcy Rutex, składając oferty w innych postępowaniach, w tym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie oferowali taki sam lub bardzo zbliżony asortyment, nie zastrzegali kart katalogowych, instrukcji

montażu czy składów ilościowych jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przykładem może być postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę osprzętu kablowego nn i SN dla potrzeb Enea Operator Spółka z o.o. i BHU S.A.(numer postępowania RPUZ/P/0867/2009/DR/RR).

W art. 8 Pzp została sformułowana, jako jedna z generalnych zasad udzielania zamówień i przeprowadzenia postępowania, zasada jawności. Zgodnie z art. 8 ust. 2 Pzp zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp. Zasada jawności może być wyłączona lub ograniczona tylko w wyjątkowych sytuacjach. Zgodnie z treścią uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 74/05 »skoro skuteczność dokonanego przez wykonawcę, nawet w wymaganym terminie, zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji, w postaci aktualizacji ustawowego zakazu ich ujawniania, została uwarunkowana uprzednim pozytywnym przesądzeniem o tym, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to oczywistą staje się konstatacja, że właśnie potencjalny adresat tego zakazu, tj. zamawiający, zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiła ustawowa przesłanka, przesądzająca o aktualizacji wymienionego zakazu. Samo użycie przez ustawodawcę w art. 96 ust. 4 Pzp bezosobowego zwrotu *Nie ujawnia się informacji...* nie może wywoływać jakichkolwiek wątpliwości, że adresatem tego zakazu (obowiązku określonego zaniechania) jest właśnie zamawiający, bowiem interpretacja podmiotowego zakresu obowiązywania wyrażonej w tym przepisie normy nie może abstrahować od regulacji zawartej w art. 8 ust. 2 Pzp. Ponieważ przesłanką aktualizacji zakazu ujawniania informacji jest uprzednie pozytywne przesądzenie, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów, do których odsyła ustawodawca w art. 96 ust. 4 Pzp, przeto logicznym staje się wniosek, że badanie w przedmiocie wystąpienia tej przesłanki jest obowiązkiem zamawiającego, bowiem pozytywny wynik tego badania przesądzi dopiero o zaktualizowaniu się ustawowego zakazu ujawniania informacji, adresowanego przecież – co wyżej wykazano – do zamawiającego. Jego obowiązkiem jest więc zbadanie, czy informacje objęte przez wykonawcę przedmiotowym zakresem zastrzeżenia zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 47, poz. 211 ze zm.), którego interpretację zawiera ustabilizowana już linia orzecznictwa (wyrok SN z dnia 5.9.2001 r., I KKN 1159/00, OSNC 2002, nr 5, poz. 67; wyrok

SN z 3 października 2000 r., 1 CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 59 z aprobowaną glosą). (...)«.

»Celem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest zapewnienie skutecznej ochrony przedsiębiorcom, którzy dokonują inwestycji w szeroko pojmowaną działalność innowacyjną i gospodarczą oraz zwalczanie takich form konkurencji, które są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami« (Janusz Szwaja w komentarzu do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2006). Nie podlega jednak ochronie prawnej informacja, która jest ogólnie dostępna i w której posiadanie może wejść każdy. Informacja taka nie może być bowiem uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający bezpodstawnie uznał, że zastrzeżone w ofercie wykonawców Rutex informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Mając powyższe na uwadze, zamawiający dokonał wyboru oferty, która jest niezgodna z ustawą. Zostały w niej zastrzeżone informacje, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś zamawiający nie dokonał ich odtajnienia.

Niezależnie od powyższego, odwołujący podnosi, że treść oferty złożona przez wykonawców Rutex na zadanie 1 w przedmiotowym postępowaniu jest niezgodna z treścią specyfikacji.

W pierwszej kolejności odwołujący stwierdza, że wykonawcy Rutex nie zaoferowali kompletnej mufy typu ELPO (poz. 32 i 44 Formularza wyceny stanowiącego treść oferty). Zgodnie z treścią specyfikacji zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia, a konkretnie w wymaganiach technicznych dotyczących muf kablowych, wymagał, aby wyroby do wykonania muf kablowych były oferowane w zestawach montażowych oraz aby zestaw zawierał wszelkie niezbędne dla montażu komponenty. Jak wynika z instrukcji montażu takiej mufy i jej składu ilościowego, zestaw do budowy mufy nie zawiera syciwa lub drutu lutowniczego. Brak tych elementów uniemożliwia wykonanie prawidłowego montażu mufy zgodnie z instrukcją producenta oraz wyłącza możliwość eksploatacji mufy.

Ponadto, zgodnie z poz. 50 opisu przedmiotu zamówienia na zadanie 1, zamawiający wymagał zaoferowania mufy przejściowej na napięcie 12/20 kV do łączenia trzyżyłowego kabla o izolacji papierowej z trzema kablami jednożyłowymi o izolacji z tworzyw sztucznych oraz o przekroju żył kabli 95-240 mm² plus adaptera zmieniającego zakres od 95-240 mm² do 35-75 mm². Wykonawcy Rutex zaoferowali w swojej ofercie w pozycji 50 Formularza wyceny na zadanie 1 mufę typu 93-FS-236 3PL plus adapter, która jest produkowana przez producenta 3M. W oficjalnie dostępnej karcie katalogowej produktu brak jest jakichkolwiek informacji producenta, że do tego typu mufy mogą być stosowane adaptery.

Zgodnie z pkt 8.7 specyfikacji na potwierdzenie spełnienia warunków o jakich mowa w pkt 6.1 specyfikacji należy złożyć oświadczenie, potwierdzające że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, a także załączyć:

- 1) deklaracje zgodności potwierdzające, że oferowany przez wykonawcę asortyment wyszczególniony w Formularzu wyceny – załącznik nr 4 do specyfikacji, spełnia wymagania norm i warunków technicznych przedstawionych w załączniku nr 1 do specyfikacji w oparciu, o które został wyprodukowany, deklaracja zgodności musi być wystawiona przez producenta lub upoważnionego przez niego przedstawiciela zgodnie z normami PN-EN ISO/EIC 17050-1:2005 oraz PN-EN ISO/EIC 17050-2:2005;
- 2) dokumenty potwierdzające przeprowadzenie badań dla oferowanych muf i głowic wystawione przez jednostkę badawczą akredytowaną przez Polskie Centrum Akredytacji lub innego pełnoprawnego członka EA, będącego sygnatariuszem Wielostronnego Porozumienia EA MLA (zamawiający nie wymaga przedmiotowych dokumentów dla muf i głowic na napięcie 18/30 kV, głowic nn, zestawów uziemiających do głowic oraz adapterów kątowych do rozdzielnic).

W związku z powyższym, zamawiający wymagał, aby dla każdej mufy za wyjątkiem muf i głowic na napięcie 18/30 kV, dołączyć certyfikaty potwierdzające przeprowadzenie stosownych badań. Oznacza to, że każda z zaoferowanych muf, nie będąca mufą 18/30 kV musi być certyfikowana. Z uwagi na fakt, że producent w oficjalnej karcie katalogowej mufy typu 93-FS-236 3PL oraz w instrukcji montażu nie wskazuje, że mufa ta może być zastosowana wraz z adapterem zmieniającym jej zakres, oraz biorąc pod uwagę fakt, że zarówno w ocenie technicznej numer IEn – EWP – 623/2008 oraz w załączniku do tej oceny brak jest informacji o możliwym zastosowaniu adaptera zmieniającego zakres mufy należy przyjąć, że mufa ta nie była certyfikowana wraz z adapterem. W odmiennym przypadku informacja taka znalazła by się w karcie katalogowej, certyfikacie a niezbędnym byłoby jej zawarcie w instrukcji montażu. Każdy certyfikat odwołuje się bowiem do instrukcji montażu producenta. Czym innym jest adapter kątowy do rozdzielnic, stanowiący część głowicy kablowej, co do którego zamawiający nie wymagał dołączenia certyfikatów a czym innym adapter zmieniający zakres przekroju dla mufy.

Zakres przekroju żyły roboczej widniejący w instrukcji montażu oraz w karcie katalogowej producenta dla zaoferowanej w pozycji 50 Formularza wyceny na zadanie 1 mufy 93-FS-236 3PL nie pokrywa się z zakresem wymaganym przez zamawiającego, przy uwzględnieniu konieczności zastosowania adaptera. W instrukcji montażu wymienione są zakresy 50-240 mm², zaś w karcie katalogowej 70-240 mm². Zamawiający wymagał natomiast łącznie zakresów przekrojów od 35-240 mm² (uwzględniając adapter).

Ponadto zgodnie z oficjalnym składem ilościowym mufy 93-FS-236 3PL sprężyny dociskowe F5, dla których minimalna prawidłowo dociskana średnica (dociskana z właściwą siłą) wynosi 44 mm, zgodnie z instrukcją montażu mufy powinna dociskać plecionkę do powłoki ołowianej kabla z izolacją papierową. W przypadku minimalnego wymaganego przez zamawiającego przekroju żyły, tj. 35 mm², średnica kabla na powłoce ołowianej dla najczęściej

stosowanego kabla HAK nFtA zgodnie z katalogiem producenta kabli, tj. firmy TELE-FONIKA KABLE Spółka z o.o. S.K.A. wynosi 43,5 mm². Powyższe powoduje, że istnieje realna obawa, że nawet po zastosowaniu adaptera w postaci rury termokurczliwej lub innego, wymagana do odtworzenia żyły powrotnej kabla plecionka nie będzie wystarczająco silnie dociskana do powłoki ołowianej. Przy uwzględnieniu sytuacji, że mufa nie została certyfikowana wraz z adapterem, należy przyjąć, że siła docisku plecionki do ekranu jest zbyt mała, co może przyczynić się do nieprawidłowej pracy mufy a w dłuższym okresie eksploatacji do jej awarii.

Zaoferowana przez wykonawców Rutex mufa, o jakiej mowa w pozycji 50 formularza wyceny na zadanie 1, stanowiącego treść oferty, nie odpowiada wymaganiom zamawiającego zawartych w treści specyfikacji w tym w szczególności w opisie przedmiotu zamówienia. To samo należy odnieść do muf typu ELPO, zaoferowanych przez wykonawców Rutex w pozycji 32 oraz 44 oferty formularza wyceny na zadanie 1.

19.05.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

20.05.2011 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także:

1) dowodu złożonego przez odwołującego:

- a) (dowód nr 1) pismo procesowe wraz z kopiami 17 dokumentów na okoliczność, że dokumenty zastrzeżone w ofercie konsorcjum nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i są jawne, a dostęp do nich jest powszechny,
- b) (dowód nr 2) zdjęcie innego typu mufy, niż mufy oferowane w przedmiotowym postępowaniu obrazującej, co, zdaniem odwołującego, powinna zawierać mufa,

2) dowodów złożonych przez zamawiającego:

- a) (dowody nr 3 i 4) deklaracja poufności wykonawcy Rutex i oświadczenie producenta 3M na okoliczność, że zastrzeżone informacje są to informacje niejawne,
- b) (dowód nr 5) oświadczenie producenta 3M na okoliczność, że oferowane produkty spełniają wymagania specyfikacji,

c) (dowód nr 6) umowę na dostawę m.in. oleju elektroizolacyjnego na okoliczność, że zamawiający kupują zalewę elektroizolacyjną czy cynę (druć lutowniczy) konieczne do wykonania czynności technicznych i że zamawiający nie wymagał tego rodzaju materiałów w rozpoznawanym postępowaniu

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz pisemne dowody i oświadczenia świadka złożone podczas rozprawy przez strony.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty pierwszy, drugi i piąty naruszenia art. 8 oraz art. 7 ust. 1 Pzp – przez bezzasadną odmowę udostępnienia pełnej treści oferty złożonej przez wykonawców Rutex na skutek błędnego uznania przez zamawiającego, że zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp – przez nieuznanie, że bezpodstawne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz nieodtajnienie tych informacji przez zamawiającego w toku badania i oceny ofert w istocie powoduje, że oferta wykonawców Rutex jest niezgodna z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawców Rutex mimo, że jej złożenie w okolicznościach sprawy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający odmówił udostępnienia pełnej treści oferty złożonej przez wykonawców Rutex uznając, że zachodzą przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp – przez uznanie, że wykonawcy Rutex zasadnie zastrzegli informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Producent 3M oraz wykonawcy Rutex podjęli niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji technicznych, które wykonawcy Rutex załączyli do oferty w rozpoznawanym postępowaniu w wydzielonej części i zatytułowanej »Część niejawna«.

Ponadto zamawiający złożył na piśmie dowody w postaci »Deklaracji poufności« wystawionej 12 kwietnia 2011 r. przez wykonawców Rutex, w którym to dokumencie wykonawcy ci zobowiązali się do dołożenia należytej staranności, aby informacje dotyczące oferowanego towaru i danych technicznych nie zostały przekazane osobom nieuprawnionym. Jak wynika z »Oświadczeń producenta [3M]« było to spowodowane na skutek wniosku producenta, który do celów rozpoznawanego postępowania specjalnie dedykował konstrukcje muf i nie jest to modyfikacja istniejącego już produktu tylko wytworzenie innego produktu, co wynika również z oświadczenia złożonego przez świadka podczas rozprawy. Dlatego też dowód wniesiony przez odwołującego w postaci kopii różnych dokumentów nie został wzięty przez skład orzekający Izby pod uwagę, gdyż dotyczył innych muf, występujących na rynku, ale nie dotyczył muf dedykowanych specjalnie na cele rozpoznawanego postępowania.

Odwołujący nie zdołał wykazać (co zostało omówione wyżej), że oferta wykonawców Rutex zawiera informacje, które bezpodstawnie zostały zastrzeżone przez wykonawcę i jest niezgodna z ustawą i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Ze względu na zgodne z prawem zastrzeżenie informacji przez wykonawców Rutex ich zastrzeżenie nie może być uznane jako czyn nieuczciwej konkurencji, dlatego zamawiający nie odrzucając oferty wykonawców Rutex nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty pierwszy, drugi i piąty naruszenia art. 8 oraz art. 7 ust. 1 Pzp – przez bezzasadną odmowę udostępnienia pełnej treści oferty wykonawców Rutex, art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp – przez nieuznanie, że bezpodstawnie zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz nieodtajnienie tych informacji przez zamawiającego w toku badania i oceny ofert powoduje, że oferta wykonawców Rutex jest niezgodna z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawców Rutex mimo, że jej złożenie w okolicznościach sprawy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – nie zasługują na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez wybór oferty wykonawców Rutex, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zaniechanie jej odrzucenia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił, że wykonawcy Rutex nie zaoferowali kompletnej mufy typu ELPO (poz. 32 i 44). Zamawiający w wymaganiach technicznych dotyczących muf kablowych, wymagał, aby wyroby do wykonania muf kablowych były oferowane w zestawach montażowych oraz aby zestaw zawierał wszelkie niezbędne dla montażu komponenty. Jednak montaż mufy a eliminacja braku ciągłości kabla to nie są te same czynności. Dlatego zamawiający nie wymagał aby zestaw zawierał powszechnie występujące elementy jak spirytus skażony i szmatka do oczyszczenia kabla, drut lutowniczy czy syciwa. Spowodowane to jest zastosowaniem

wymienionych przedmiotów do innej fazy operacji zabezpieczania kabla, a w szczególności nie do końca możliwym do stypizowania procesem technologicznym i nienormowanym zużyciem tych przedmiotów w trakcie działań technika. Na to zużycie ma wpływ wiele czynników: wilgotność powietrza, temperatura, wysuszenie kabla, miejsce montażu, usytuowanie uszkodzenia czy doświadczenie oraz umiejętności samego technika wykonującego montaż.

W związku z powyższym wykonawca mógł w zestawie do budowy mufy nie zawrzeć zarzucanych elementów – syciwa lub drutu lutowniczego. Brak tych elementów nie uniemożliwia wykonanie prawidłowego montażu mufy zgodnie z instrukcją producenta, gdyż w instrukcji brak jest szczegółowych odniesień do postępowania z samym rdzeniem kabla, a instrukcje dotyczą postępowania przy montażu muf.

Zamawiający wymagał w ust. 8.7 lit. b specyfikacji, aby wykonawcy dołączyli do oferty »dokumenty potwierdzające przeprowadzenie badań typu dla oferowanych muf i głowic wystawione przez jednostkę badawczą [...] (Zamawiający nie wymaga przedmiotowych dokumentów dla muf oraz głowic na napięcie 18/30 kV, głowic nn, zestawów uziemiających do głowic oraz adapterów kątowych do rozdzielnic)«. Z tego postanowienia wynika, że zamawiający wymagał załączenia do oferty dokumentów dla oferowanych muf i głowic, ale już nie można wnioskować, że dokumenty te mają obejmować również adaptory, co sugeruje odwołujący. Stwierdzenia napisane w nawiasie to tylko wyjątek, uszczegółowienie postanowienia. Wyjątku, uszczegółowienia nie można interpretować rozszerzająco na zasadzie paremii *exceptiones non sunt extentendae* – wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco. Również nie należy do nich stosować reguły wnioskowania z przeciwieństwa (*a contrario*), stosowaniem których to reguł zasugerował się odwołujący.

Ponadto, zgodnie z poz. 50 opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający wymagał zaoferowania mufy przejściowej na napięcie 12/20 kV do łączenia trzyżyłowego kabla o izolacji papierowej z trzema kablami jednożyłowymi o izolacji z tworzyw sztucznych oraz o przekroju żył kabli 95-240 mm² plus adaptera zmieniającego zakres od 95-240 mm² do 35-75 mm². Wykonawcy Rutex zaoferowali w swojej ofercie w pozycji 50 Formularza wyceny mufę typu 93-FS-236 3PL plus adapter, która jest produkowana przez producenta 3M. Odwołujący stwierdził, że w oficjalnie dostępnej karcie katalogowej przedmiotu określonego w poz. 50 opisu przedmiotu zamówienia (mufy przejściowej na napięcie 12/20 kV do łączenia trzyżyłowego kabla o izolacji papierowej z trzema kablami jednożyłowymi o izolacji z tworzyw sztucznych) brak jest jakichkolwiek informacji producenta, że do tego typu mufy mogą być stosowane adaptory. Jednak ze względu na dedykowanie określonych przedmiotów do rozpoznawanego przetargu ocena techniczna została zawarta na str. 120 w części jawnej oferty wykonawców Rutex.

W zakresie sprężyny dociskowej F5, dla których minimalna prawidłowo dociskana średnica (dociskana z właściwą siłą) wynosi 44 mm, a w przypadku minimalnego wymaganego przez

zamawiającego przekroju żyły, tj. 35 mm², średnica kabla na powłoce ołowianej dla najczęściej stosowanego kabla HAK nFtA zgodnie z katalogiem producenta kabli, tj. producenta TELE-FONIKA KABLE Spółka z o.o. wynosi 43,5 mm², skład orzekający Izby stwierdza za wyjaśnieniami zamawiającego, że cyt. »sprężyna do zacisków nie jest zakładana bezpośrednio na powłokę ołowianą, gdyż służy ona do dociskania plecionki oplatającej kabel nie będącej elementem kabla. Plecionka ta leży na powłoce ołowianej kabla i dopiero ona jest dociskana przez sprężynę, która jest przedmiotem odwołania. Różnica średnic powłoki ołowianej i sprężyny wynosząca 0,5 mm jest niwelowana z naddatkiem przez grubość plecionki, którą ta sprężyna dociska do powłoki ołowianej«.

W związku z powyższym zarzut trzeci naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez wybór oferty wykonawców Rutex, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zaniechanie jej odrzucenia – zdaniem składu orzekającego Izby nie zasługuje na uwzględnienie.

Ze względu na prowadzenie postępowania przez zamawiającego zgodnie z przepisami prawa, zamawiający nie naruszył w szczególności art. 7 ust. 1 Pzp. W związku z tym również zarzut czwarty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych ani ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody przedstawione przez strony.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

Przewodniczący: