

WYROK
z dnia 6 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **R.J.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ALLGAST” R.J. z siedzibą w Bydgoszczy przy ul. Gdańskiej 145 (85-022 Bydgoszcz) w postępowaniu prowadzonym przez **4 Regionalną Bazę Logistyczną we Wrocławiu** z siedzibą przy ul. Pretficza 28 (50-984 Wrocław)

przy udziale wykonawcy **COBBY Sp. z o.o.** z siedzibą w Poznaniu przy ul. Dąbrowskiego 77A (60-529 Poznań), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie tej czynności przy jednoczesnym odstąpieniu oferty wykonawcy **COBBY Sp. z o.o.** z siedzibą w Poznaniu przy ul. Dąbrowskiego 77A (60-529 Poznań) w całości, natomiast pozostałe zarzuty odwołania uznaje za nieuzasadnione;

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **4 Regionalną Bazę Logistyczną we Wrocławiu** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **R.J.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ALLGAST” R.J. z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **4 Regionalnej Bazy Logistycznej we Wrocławiu** na rzecz wykonawcy **R.J.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ALLGAST” R.J. z siedzibą w Bydgoszczy kwotę 19 913 zł 40 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy dziewięćset trzynaście złotych czterdzieści groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, noclegu, kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kosztów opłaty skarbowej z tytułu pełnomocnictwa (zgodnie ze spisem przedstawionym na rozprawie).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

4 Regionalna Baza Logistyczna we Wrocławiu zwana dalej „zamawiającym” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sprzętu do indywidualnego i zbiorowego żywienia w warunkach polowych (nr sprawy: MAT/1/2018), zwane dalej: „postępowaniem”, które zostało podzielone na pięć części.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 stycznia 2018 r. pod nr 2018/S 009-015397.

W dniu 24 sierpnia 2018 r. wykonawca R.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „ALLGAST” R.J. z siedzibą w Bydgoszczy zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie w zakresie części I postępowania obejmującej zakup kuchenek wielopaliwowych, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 8 ust. 3 w zw. z 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp przy czym wskazał, że zamawiający dokonał czynności niezgodnej z przepisami Pzp tj. zezwolił na zastrzeżenie informacji zawartych w ofercie oferenta Cobby sp. z o.o. (zwanego dalej: „przystępującym”) w zakresie faktycznie wykluczającym możliwość weryfikacji, przez innych oferentów, poprawności tej oferty jak również wykluczającym uczciwą konkurencję pomiędzy oferentami, jak również w sytuacji braku wykazania przez tegoż oferenta, iż istnieją przesłanki do zastrzeżenia tych informacji, tym samym dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji całkowitego naruszenia zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości;
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp przy czym wskazał, że zamawiający zaniechał czynności do której był zobowiązany tj.: nie odrzucił oferty przystępującego pomimo iż treść oferty przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: „SIWZ” (nie spełnia wymogów SIWZ), a tym samym winna ulec odrzuceniu;
3. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 419 z późn. zm.) przy czym wskazał, że zamawiający zaniechał czynności do której był zobowiązany tj.: nie odrzucił oferty przystępującego pomimo iż oferta przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a tym samym winna ulec odrzuceniu.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania z uwagi, iż w/w naruszenia miały wpływ na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zgodnie z art.192 ust. 2 ustawy);
- 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia tej czynności przy jednoczesnym odtajnieniu oferty przystępującego w całości;
- 3) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia tej czynności przy jednoczesnym odrzuceniu oferty przystępującego - ewentualnie (przy uwzględnieniu przez Krajową Izbę Odwoławczą argumentacji dot. odrzucenia oferty przystępującego);
- 4) obciążenia zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący podał, że przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, jako że ma on możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia w części 1 - kuchenki wielopaliwowe, a tym samym ma on interes w uzyskaniu danego zamówienia wymagany zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, że oferta przystępującego została zastrzeżona, jako tajemnica przedsiębiorstwa, w istotnej części obejmującej praktycznie całość merytorycznej treści oferty. Jako uzasadnienie zastrzeżenia wskazano przez przystępującego lakoniczne i ogólnikowe argumenty, nie poparte żadnym materiałem dowodowym - zawarte w piśmie załączonym do oferty (strony 22-26 oferty). Takie działanie jego zdaniem uniemożliwia innym oferentom jakąkolwiek polemikę (tak na gruncie merytorycznym czy formalnym) ze złożoną ofertą - faktycznie przekreślając, podstawową dla europejskiego i polskiego porządku prawnego, zasadę uczciwej konkurencji i przejrzystości wyrażoną w art. 7 Pzp. Pismem z 6 sierpnia 2018 r. (wpływ do zamawiającego 8 sierpnia 2018 r.) jako zastrzeżone zostały wskazane 22 dokumenty m.in.: katalog oferowanej kuchenki, instrukcja obsługi, opis na kuchence, certyfikat CE wraz z tłumaczeniem, referencje wraz z tłumaczeniem, oświadczenia podmiotów na zasobach których polega wykonawca, wpisy do ewidencji podmiotów na zasobach których polega wykonawca, zaświadczenia podmiotów na zasobach których polega wykonawca o niezaleganiu z opłatami podatków na ubezpieczenie społeczne. Ponadto zastrzeżone zostały wybrane fragmenty z JEDZ i formularza ofertowego.

Wskazał przy tym, że tego typu działania spotkały się już wcześniej z negatywną oceną Krajowej Izby Odwoławczej i na potwierdzenie tego podał tezy zawarte w wyrokach: z dnia 27 kwietnia 2017 r., o sygn. akt KIO 687/17; KIO 693/17 oraz z dnia 16 lutego 2018 r., o sygn. akt KIO 200/18.

Jako potwierdzenie słuszności swojej argumentacji podał także fragment uzasadnienia do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Sejm RP VII kadencji, Nr druku: 1653).

Wobec powyższego wyraźnie wskazał, że zgoda zamawiającego na zastrzeżenie praktycznie całości oferty przystępującego (w jej części merytorycznej tj. co w zasadzie jest oferowane, kto jest producentem, kto wykonuje zamówienie, kto udostępnił zasoby, kto udzielił referencji), przy braku po temu argumentów i jakichkolwiek dowodów (braku „wykazania”, iż informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa) jest niezgodna z ustawą. Tym samym zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości, co wskazuje iż czynności wyboru najkorzystniejszej oferty jest wadliwa jako niezgodna z ustawą.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołujący wskazał, w że sytuacji zastrzeżenia całości merytorycznej części oferty przystępującego niemożliwym jest pełne i wyczerpujące formułowanie zarzutów dot. spełnienia przez tę ofertę wymagań stawianych w SIWZ (czyli faktowi, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp) - co również potwierdza powyższy zarzut. Wyjaśnił, że dysponując profesjonalną wiedzą z zakresu sprzętu do indywidualnego żywienia w warunkach polowych (wykonując już wcześniej liczne dostawy do Wojska Polskiego we współpracy z zamawiającym bądź innymi podmiotami), formułuje zarzut w tym zakresie - zaznaczając wyraźnie, iż jest on daleki jakościowo od polemiki z odtajnioną ofertą przystępującego (o poniższych zarzutach zamawiający był informowany pismem z dnia 21 sierpnia 2018 r.) i tak:

- odwołujący (wnosząc z grafiki załączonego do oferty katalogu) ma pewność, iż zaoferowana kuchenka BRS-8 jest produkowana przez Yongkang Jiedeng Outdoor Products Co. LTD wchodzące w skład holdingu Brother Holding Group Co. Ltd - będącego jedynym prawnym właścicielem praw opatentowanej kuchenki BRS-8, a także jedynym właścicielem praw zastrzeżonej nazwy BRS w Unii Europejskiej, o czym świadczy oryginalny katalog tego producenta oraz załączony certyfikat zastrzeżonej nazwy i grafiki BRS na terenie Unii Europejskiej przez Yongkang Jiedeng Outdoor Products Co. LTD;

- na stronie 39 oryginalnego katalogu wyraźnie zaznaczono, że oryginalna kuchenka wielopaliwowa BRS- 8 jest produkowana z dyszą paliwową o mocy 4500 W (wat) i która przy takiej mocy zagotuje wodę (1 liter) w czasie 3 minuty 20 sekund.

W tym zakresie odwołujący wyjaśnił, że można zamówić kuchenkę u producenta BRS-8 z dyszą paliwową o słabszej mocy czyli np. 2000, 2500 lub 2800 Wat, kosztem oczywiście czasu zagotowania wody. Im słabsza dysza, tym czas doprowadzenia zimnej wody do wrzenia będzie dłuższy, co wydaje się oczywiste. Mając daną moc kuchenki 4500W, która wg. katalogu, a więc wg. badań producenta gotuje 1 liter wody w czasie 3 minuty 20 sekund

ze wzoru z fizyki szkoły podstawowej mając Moc i Czas wzór na pracę ma postać $W=P \times t$

Dane:

$$P1=4500W$$

$$t1=200s$$

$$P2=2800W$$

$$t2=X$$

$$W=P \times t$$

$$P1 \times t1=P2 \times t2$$

Dzieląc obie strony przez P2 $(P1 \times t1)/P2=t2$

Zamieniając miejscami $t2=(P1 \times t1)/P2$

$$\text{Podstawiając dane } t2=4500 \times 200/2800 = 321,43$$

Sprawdzenie jednostek $t=W \times s/W=[s]$

Czas drugiej kuchenki (oferowanej przez przystępującego) to 321,43 sekund co dzieląc przez 60 (60 sekund jest w minucie), aby uzyskać wynik w minutach i dało wynik 5 minut 36 sekund.

Powyższe stanowi wyliczenie czasu zagotowania 1 litra wody bazujące na danych samego producenta. Zamawiający w SIWZ - w wymaganiach taktycznych we wzorze do umowy co prawda żądał minimalnej mocy kuchenki początkowo 2800W, a po zmianie na żądanie zmniejszenia w SIWZ mocy 2500W, jednakże przy spełnieniu jednocześnie drugiego równoważnego i koniecznego warunku polegającego na zagotowaniu 1 litra wody w czasie poniżej 5 minut, zaoferowana kuchenka BRS-8 z dyszami paliwowymi do różnych paliw o mocy 2800W nie spełnia stawianych w SIWZ wymagań.

Zostało to zdaniem odwołującego potwierdzone w piśmie z dnia 21 sierpnia 2018 r., które otrzymał zamawiający oraz odwołujący w kopii, od samego producenta w dniu 22 sierpnia 2018, w którym to producent potwierdza fakt chęci zamówienia kuchenki o zmniejszonej mocy przez przystępującego na początku roku 2018, pomimo wydłużonego do grubo ponad 5 minut czasu zagotowania 1 litra wody, oraz że stan tej wiedzy posiada przystępujący.

Ponadto odwołujący wskazał, że w dniu 10 sierpnia 2018 r., a więc przed ogłoszeniem wyników, odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o sprawdzenie faktycznego czasu zagotowania wody jeżeli przystępujący zaoferuje kuchenkę o mocy mniejszej niż 3000W, argumentując wieloletnim doświadczeniem w sprzedaży kuchenek wielopaliwowych brak fizycznej możliwości zagotowania wody w czasie krótszym niż ponad 5 minut. Pismo pozostało bez praktycznej odpowiedzi.

- w tym zakresie odwołujący wskazał, że przystępujący zaoferował butelki na paliwa ciekłe o pojemności 500 ml, podczas gdy ten producent Yongkang Jiedeng Outdoor Products Co. LTD na którego katalog powołuje się przystępujący, nie produkuje takich butelek. Ten

producent, co wynika ze strony 70 oryginalnego katalogu, produkuje i dostarcza wraz z kuchenkami butelkę o pojemności 450 ml, a także do wyboru zamiennie 530 ml, 750 ml, 1000 ml. Ponadto pismo z dnia 21 sierpnia 2018 r. wystosowane przez Yongkang Jiedeng Outdoor Products Co. LTD do zamawiającego i przetłumaczone na język polski przez tłumacza przysięgłego, można traktować jako dodatkowy argument za niezgodnością oferty z SIWZ.

Co do zarzutu nr 3 odwołujący prezentując ten zarzut wskazał jak rozumieć można czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 419 z późn. zm.). Jak przedstawiono powyżej, zastrzeżenie oferty (i dokumentów przedstawionych w późniejszym terminie po dokonaniu oceny ofert) w zakresie uniemożliwiającym jej ocenę (pod kątem merytorycznym i formalnym) przez konkurentów prowadzi do obejścia zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania - jest więc nadużyciem prawa (co jest szczególnie istotnym w kontekście niezwykle lakonicznych argumentów podniesionych jako uzasadnienie zastrzeżenia). Nadużycie prawa podmiotowego jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 419 z późn. zm.) a na potwierdzenie tego przywołał tezy z: wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie, sygn. VI ACa 1478/13, wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie, sygn. I ACa 923/12 oraz wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2008 r., sygn. III CSK 162/08.

Odwołujący wyjaśnił ponadto, w oparciu o własną wiedzę rynkową i kontakty handlowe, iż oferta przystępującego może zawierać nieprawdziwe oświadczenia, a przedstawione (po ocenie ofert) dokumenty są nieprawdziwe/nierzetelne. Oczywiście, tak samo jak w przypadku zarzutu 2, nie można mieć absolutnej pewności co do stawianych tu zarzutów, gdyż analiza dokumentów (zastrzeżonych) jest niemożliwa. W tym zakresie wskazał, że zamawiający otrzymał pismo z dnia 21 sierpnia 2018 r. wystosowane przez producenta Yongkang Jiedeng Outdoor Products Co. LTD w którym podmiot ten wycofuje swoje referencje i zasoby dla przystępującego, tym samym pozostaje całkowicie niezrozumiałym co zaoferował przystępujący i na jakiej podstawie złożone zostały oświadczenia ofertowe skoro podmiot trzeci z dnia na dzień wycofuje się z kontaktów handlowych. Ponadto ten sam podmiot wskazuje na istotne rozbieżności pomiędzy ofertą a faktycznymi kontaktami handlowymi przystępującego.

W dniu 27 sierpnia 2018 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca COBBY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Na posiedzeniu w dniu 5 września 2018 r. przystępujący złożył pisemne stanowisko, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego.

Przystępujący odnośnie zarzutu nr 1 w pierwszej kolejności podniósł zarzut przekroczenia terminu na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp. Wskazał przy tym, że odwołujący kilkakrotnie w trakcie prowadzenia przez zamawiającego badania i oceny ofert składał wnioski o udostępnienie oferty wraz z dalszymi dokumentami przystępującego. Pierwszy wniosek odwołujący złożył w dniu 20 kwietnia 2018 r., na który zamawiający odpowiedział pozytywnie w dniu 23 kwietnia 2018 r. W jego ocenie na podstawie wglądu odwołujący uzyskał część jawną oferty przystępującego oraz pozostałą dokumentację, nadto zamawiający odmówił odwołującemu udostępnienia pozostałych dokumentów składających się na ofertę przystępującego z uwagi na zastrzeżenie zawartych tam informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Przy czym odwołujący również po dniu 10 sierpnia 2018 r. (data złożenia przez przystępującego dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp) korzystał z prawa wglądu do dokumentacji postępowania, w tym do uzyskania dokumentów przedłożonych przez przystępującego. Zamawiający każdorazowo prezentował identyczne stanowisko, a mianowicie udostępniał część jawną dokumentacji oraz odmawiał udostępnienia części objętej zastrzeżeniami tajemnicy przedsiębiorstwa. Następnie w dniu 16 sierpnia 2018 r., a więc po dokonaniu przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej odwołujący ponownie zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie tych samych dokumentów i jednocześnie złożył wniosek o odtajnienie zastrzeżonych przez przystępującego dokumentów.

Działanie takie odwołującego ocenił jako nieuzasadnioną próbą otwarcia na nowo terminu, któremu odwołujący uchybił. Złożenie wniosku o udostępnienie tych samych dokumentów wraz z wnioskiem o odtajnienie nie może być poczytane jako nowa czynność, na którą służy odwołanie w myśl art. 180 ust. 1 Pzp, bowiem po pierwsze jest to czynność odwołującego. Po drugie, jest to dokonanie tych samych czynności, których skutek nastąpił przed datą 16 sierpnia 2018 r. Zatem, odwołujący uzyskawszy wiedzę o braku udostępnienia określonej części oferty przystępującego, jak również o przyczynach odmowy (tajemnica przedsiębiorstwa) powinien był złożyć odwołanie zgodnie z treścią art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp.

Zatem w ocenie przystępującego podniesienie przedmiotowego zarzutu dopiero w odwołaniu należy ocenić jako spóźnione i w tym zakresie powinno zostać pozostawione jako bezprzedmiotowe. W tym zakresie przystępujący przywołał fragmenty następujących orzeczeń: wyroku Izby z dnia 21 lipca 2015 r. o sygn. akt KIO 1401/15; KIO 1403/15, wyroku SO w Przemyślu z dnia 11 maja 2015 r., sygn. akt: I Ca131/15 oraz wyroku Izby z dnia 9 listopada 2017 r. o sygn. akt KIO 2214/17.

Niezależnie od powyższego przystępujący podniósł, że dokumenty, które zostały zastrzeżone w przedmiotowym postępowaniu zawierały informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Wskazał, że każdorazowo wypełnił przesłanki wynikające z treści art. 8 ust. 3 Pzp, a więc dokonał nie tylko stosownego zastrzeżenia, ale przede wszystkim wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wyjaśnił, że nie dokonał zastrzeżenia „praktycznie całości oferty”, jak sugeruje przystępujący, ale wyłącznie części dokumentów zawierające informacje, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, która sprowadza się w istocie do nieujawniania podmiotów przy pomocy, których przystępujący zamierza wykonać zamówienie. W tym aspekcie przywołał treść wyroku Izby z dnia 16 marca 2016 r. o sygn. akt KIO 289/16.

Podkreślił także, że zamawiający konstruując formularz oferty jednoznacznie przesądził, iż dostawa obejmuje produkty co do gatunku. Nadto, na etapie składania oferty żaden uczestnik postępowania nie był zobowiązany do wskazywania, ani modeli, ani producenta oferowanego urządzenia, zatem nieprawdziwe jest twierdzenie odwołującego, że została utajniona część merytoryczna oferty.

Wskazał także, że sytuacja prawna odwołującego oraz jego w przedmiocie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest identyczna. Odwołujący w swojej ofercie zastrzegł w zasadzie całość oferty wraz z wszelkimi dokumentami, które przedłożył na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Zatem przedmiotowy zarzut odwołującego oraz jego wniosek o ujawnienie zastrzeżonych przez przystępującego dokumentów w świetle zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp należy uznać za całkowicie nieuzasadniony. Realizacja ww. wniosku odwołującego doprowadziłaby do sytuacji nierównego traktowania wykonawców, bowiem odwołującego chroniłaby tajemnica przedsiębiorstwa, natomiast jego konkurenta już nie. Zamawiający natomiast mając na uwadze stan faktyczny przedmiotowego postępowania, oraz fundamentalne zasady przepisów Pzp wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp zobowiązany jest do nie ujawniania tajemnicy przedsiębiorstwa wszystkich uczestników postępowania, w sytuacji prawidłowego zastrzeżenia przez te podmioty informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Dotyczy to zarówno odwołującego, jak i jego.

Jego zdaniem w niniejszej sprawie zachodzi jeszcze jeden bardzo istotny fakt, a mianowicie w ocenie przystępującego odwołujący nie spełnił przesłanek wskazanych w treści art. 8 ust. 3 Pzp. Odwołujący bowiem dokonał zastrzeżenia, ale zaniechał jakiegokolwiek wyjaśnienia (wykazania), iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał jedynie, że informacje te stanowią tajemnicę państwową Chińskiej Republiki Ludowej, jak również zamieścił groźbę żądania wielomilionowego odszkodowania w przypadku udostępnienia tych dokumentów.

Co dwóch pozostałych zarzutów przystępujący wskazał, że odwołujący nie wykazał, iż opisane przez niego wywody co do treści oferty przystępującego stanowią naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp który jednoznacznie wskazuje, że odrzuca się ofertę niezgodną z Pzp. Jego zdaniem odwołujący opisał pewien zakres okoliczności składający się na stan faktyczny, który zdaniem odwołującego stanowi naruszenie konkretnej normy prawnej zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Takie określenie zarzutów zaskarżenia nie może być następnie modyfikowane w trakcie rozprawy przed Izbą.

Następnie wyjaśnił, że odwołujący w ramach przedmiotowych zarzutów nie udźwignął ciężaru dowodowego, który na nim spoczywa.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Wykonawca COBBY Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany nadal „przystępującym”) stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem pismem z dnia 30 sierpnia 2018 r. (w tym w szczególności z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej nadal „SIWZ”) wraz załącznikami oraz oferty przystępującego wraz ze złożonymi następnie dokumentami w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, a także dowody złożone na rozprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 zasługuje na uwzględnienie, natomiast pozostałe zarzuty odwołania uznała za nieuzasadnione.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 należy wskazać, że przystępujący w złożonej w dniu 28 marca 2018 r. ofercie zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa następujące informacje:

- stronę nr 8 formularza ofertowego z informacjami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- stronę nr 5 formularza JEDZ dla Cobby Sp. z o.o. z informacjami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa;
- formularz JEDZ dla podwykonawcy – dla części 1 – 12 str.;
- pełnomocnictwo dla firmy Cobby Sp. z o.o. od podwykonawcy – dla zadania 1 – 1 str.;
- tłumaczenie pełnomocnictwa dla firmy Cobby Sp. z o.o. od podwykonawcy – dla zadania 1 – 1 str.

Odwołujący pismem z dnia 20 kwietnia 2018 r., które wpłynęło do zamawiającego tego samego dnia złożył wniosek o umożliwienie wglądu w złożone w postępowaniu oferty. Zamawiający odpowiedział odwołującemu na powyższy wniosek pismem z dnia 23 kwietnia 2018 r., w którym wyznaczył termin wglądu na dzień 24 kwietnia 2018 r. w godzinach 10.00-11.00. Jak wynika z pisma z dnia 24 kwietnia 2018 r. przedstawiciel odwołującego potwierdził, że dokonał wglądu do ofert oraz otrzymał kserokopię ofert wykonawców w tym oferty przystępującego na 27 stronach.

Następnie przystępujący w dniu 8 sierpnia 2018 r. w odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 3 sierpnia 2018 r. stanowiące wezwanie do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, złożył wskazane dokumenty, następujące z nich zastrzegając jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa:

- stronę katalogową dla kuchenki wielopaliwowej z informacjami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa — 1 str.;
- instrukcję obsługi kuchenki wielopaliwowej z informacjami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa — 1 str.;
- opis znajdujący się na kuchence;
- tłumaczenie certyfikatu CE dla kuchenki wielopaliwowej — 2 str.;
- certyfikat CE dla kuchenki wielopaliwowej — 2 str.;
- oświadczenie załącznik nr 6 — 2 str.;
- list referencyjny tłumaczenie — 1 str.;
- list referencyjny — 1 str.;
- oświadczenie podmiotu na zasobach którego polega wykonawca wraz z potwierdzeniem autentyczności przez izbę handlową nr 183307B0/009435- tłumaczenie - 2 str.;
- oświadczenie podmiotu na zasobach którego polega wykonawca wraz z potwierdzeniem autentyczności przez izbę handlową nr 183307B0/009435 -teczka i 2 str.;

- oświadczenie podmiotu na zasobach którego polega wykonawca wraz z potwierdzeniem autentyczności przez izbę handlową nr 183307B0/009434 - tłumaczenie - 2 str.;
- oświadczenie podmiotu na zasobach którego polega wykonawca wraz z potwierdzeniem autentyczności przez izbę handlową nr 183307B0/009434 - teczka i 2 str.;
- oświadczenie podmiotu na zasobach którego polega wykonawca wraz z potwierdzeniem autentyczności przez izbę handlową - nr 183307B0/009433 — 2 str.;
- oświadczenie podmiotu na zasobach którego polega wykonawca wraz z potwierdzeniem autentyczności przez izbę handlową - nr183307B0/009433-teczka i 2 str.;
- wpis do ewidencji podmiotu na zasobach którego polega wykonawca - tłumaczenie j. polski — 1 str.;
- wpis do ewidencji podmiotu na zasobach którego polega wykonawca - tłumaczenie j. angielski — 1 str.;
- wpis do ewidencji podmiotu na zasobach którego polega wykonawca — 1 str.;
- zaświadczenie podmiotu na zasobach którego polega wykonawca o niezaleganiu z opłatami podatku - tłumaczenie j. polski — 1 str.;
- zaświadczenie podmiotu na zasobach którego polega wykonawca o niezaleganiu z opłatami podatku - tłumaczenie j. angielski — 1 str.;
- zaświadczenie podmiotu na zasobach którego polega wykonawca o niezaleganiu z opłatami podatku — 1 str.;
- zaświadczenie podmiotu na zasobach którego polega wykonawca o niezaleganiu z opłatami podatków na ubezpieczenie społeczne - tłumaczenie j. polski — 1 str.;
- zaświadczenie podmiotu na zasobach którego polega wykonawca o niezaleganiu z opłatami podatków na ubezpieczenie społeczne j. angielski — 1 str.;
- zaświadczenie podmiotu na zasobach którego polega wykonawca o niezaleganiu z opłatami podatków na ubezpieczenie społeczne — 1 str.

Odwołujący pismem z dnia 14 sierpnia 2018 r., które wpłynęło do zamawiającego tego samego dnia złożył wniosek o umożliwienie wglądu w złożone w postępowaniu oferty. Jak wynika z pisma z dnia 14 sierpnia 2018 r. przedstawiciel odwołującego potwierdził, że dokonał wglądu do ofert oraz otrzymał kserokopię odwołania (pismo nr 18638/18), odpis wyroku KIO 862/18, pismo nr 30535/18, nr 29195/18 oraz ofert dwóch wykonawców w tym oferty przystępującego. Tego samego dnia tj. 14 sierpnia 2018 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach I części zamówienia.

W dniu 16 sierpnia 2018 r. zamawiający otrzymał także pismo odwołującego, w którym wnosił on odtajnienie oferty przystępującego w całości oraz powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego i zamawiającego, co do tego, że termin na wniesienie odwołania na czynność zamawiającego w myśl art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp rozpoczynał bieg od chwili udostępnienia odwołującemu jawnej części oferty przystępującego tj. od dnia 24 kwietnia 2018 r. 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, że zamawiający w dniu 24 kwietnia 2018 r. zakończył weryfikację skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie przystępującego. Natomiast jak wynika z dokumentacji zamawiający jeszcze po 16 sierpnia 2018 r., w związku z pismem odwołującego badał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie przystępującego (co wynika z odręcznej notatki załączonej do kopii pisma odwołującego z dnia 16 sierpnia 2018 r.). Ponadto w dokumentacji znajduje się opinia prawna w kwestii ustalenia czy nazwa producenta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa sporządzona przez zamawiającego z dnia 11 czerwca 2018 r., która co prawda dotyczy części V zamówienia niemniej w ocenie Izby potwierdza ona, że zamawiający po dniu 24 kwietnia 2018 r. badał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w przedmiotowym postępowaniu.

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 Pzp 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. 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 jeszcze o tym, że odwołujący miał wiedzę, że zakończono badanie skuteczności zastrzeżenia. W ocenie Izby z faktu udostępnienia części jawnej oferty przystępującego można logicznie wyciągnąć jedynie taki wniosek, że jakąś część swojej oferty przystępujący objął zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, ale nie jest już wnioskiem bezpośrednio

wynikającym z udostępnienia części jawnej oferty wniosek, że zakończono badanie skuteczności zastrzeżenia. W ocenie Izby musiały istnieć dowód na to, że oświadczenie o zakończeniu badania dotarło do odwołującego np. informacja w zaproszeniu do zapoznania się z ofertami czy też informacja o zakończeniu badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. 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.

Ponadto zakres kognicji Izby wyznaczają nie „wskazanie czynności lub zaniechania zamawiającego”, ale podniesione zarzuty – art. 192 ust. 7 Pzp, 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 przystępującym, a zamawiającym nastąpiło w podstawie faktycznej pierwszego z postawionych przez odwołującego zarzutów i wypełniało wymogi Pzp Tym samym ponieważ co do zaniechania przez zamawiającego odtajnienia treści oferty odwołujący postawił zarzut, to w myśl art. 192 ust. 7 Pzp Izba zobowiązana była go rozpoznać. Dodatkowo korespondencja pomiędzy zamawiającym, a przystępującym stanowi załączniki do protokołu postępowania, które są jawne od daty wyboru oferty najkorzystniejszej, co oznacza, że zarzut nie był spóźniony.

Przechodząc do badania merytorycznego postawionego zarzutu, Izba uznała, że zarzut potwierdził się, gdyż w ocenie Izby nie można przyjąć, że przystępujący wykazał w ofercie, w piśmie z dnia 27 marca 2018 r., że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przystępujący w ofercie jak i w złożonych w dniu 8 sierpnia 2018 r. dokumentach zastrzegł jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wszystkie informacje i dokumenty dotyczące podwykonawców oraz producenta dostarczanych urządzeń. W ocenie Izby złożone uzasadnienie odnosiło się jedynie do wiedzy i procesu technologicznego, natomiast nie wyjaśniało ono w jaki sposób współpraca z producentem, którego także nazwa została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa ma wpływ na wartość gospodarczą przedsiębiorstwa przystępującego.

W każdym przypadku wykonawcy muszą dostosować oferowane produkty do specyficznych wymagań zamawiających tak, aby przedstawić korzystną cenowo ofertę. Przedmiotem postępowania jest dostawa kuchenek wielopaliwowych, a przystępujący dopasował jedynie dostępne na rynku produkty do konkretnych wymagań zamawiającego.

Przystępujący w ocenie Izby nie wykazał dlaczego w jego opinii określenie podwykonawców oraz nazwy producenta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponadto do uzasadnienia nie dołączył jakiegokolwiek dowodu, który chociaż uprawdopodobniłby, że podjął niezbędne działania w celu zachowania w tajemnicy ww. informacji oraz podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji. W tym zakresie przystępujący powołał się na niesprecyzowane dokumenty wewnętrzne, których nie załączył do uzasadnienia. Nie uzasadnia zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoływanie się bliżej niesprecyzowane know-how, ani też na strategię rynkową w sytuacji gdy zaoferowana przez niego cena została indywidualnie skalkulowana na potrzeby niniejszego postępowania. Podobnie stosowanie wskazanych w uzasadnieniu zabezpieczeń w postaci: podpisania z pracownikami umów o zachowaniu poufności, stosowania długoterminowych klauzul o zakazie konkurencji czy też mechanizmów ograniczonego dostępu do pomieszczeń i systemów informatycznych nie jest niczym nadzwyczajnym i nie może zostać uznane za szczególnie środki gdyż są to ogólne praktyki stosowane u wielu wykonawców funkcjonujących na rynku.

Przystępujący dopiero na rozprawie złożył jako dowód umowę pomiędzy nim a podmiotem, z którym współpracuje przy czym całość tejże umowy zastrzegł jako zawierającą tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba nie wzięła pod uwagę przedmiotowego dowodu ponieważ po pierwsze przystępujący powinien był go złożyć już na etapie składania oferty jako załącznik do uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Po drugie w treści tej umowy zastały zastrzeżone także szczegółowe informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa co poddaje pod wątpliwość zastrzeżenie całej umowy i może co najwyżej stanowić potwierdzenie słuszności stanowiska odwołującego, że przystępujący niezasadnie nadużywał prawa do zastrzegania informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa.

Należy wskazać, że w pewnych szczególnych okolicznościach nazwa podwykonawcy lub producenta może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Niemniej w przedmiotowym stanie faktycznym Izba uznała, że zastrzeżone przez przystępującego informacje nie mogły stanowić informacji, o której mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 419 z późn. zm.) przez co potwierdził się zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę Izba nakazała zamawiającemu odtajnienie oferty przystępującego w całości zgodnie z jego żądaniem podniesionym w odwołaniu.

Odnosnie zarzutów nr 2 i 3 na wstępie należy wskazać, że odwołujący podał, iż opisane przez zamawiającego wywody co do treści oferty przystępującego stanowią naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, który jednoznacznie wskazuje, że odrzuca się ofertę niezgodną z Pzp. Jego zdaniem odwołujący opisał pewien zakres okoliczności składający się

na stan faktyczny, który zdaniem odwołującego stanowi naruszenie konkretnej normy prawnej zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Takie określenie zarzutów zaskarżenia nie może być następnie modyfikowane w trakcie rozprawy przed Izbą.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów odwołania, a zarzut składa się z podstawy faktycznej i prawnej. O ile braki w zakresie podstawy prawnej co do zasady mogą nie być istotne dla postępowania odwoławczego – podstawę prawną można wywieść z prawidłowo sformułowanej podstawy faktycznej zwykle w sposób niebudzący wątpliwości – to podstawa faktyczna określona w odwołaniu nie może zostać rozszerzona ani uzupełniona na późniejszym etapie, co wynika z dyspozycji art. 180 ust. 3 w zw. z art. 181 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 192 ust. 7 Pzp. W związku z tym Izba rozpoznała przedmiotowe zarzuty w odniesieniu do podstawy faktycznej określonej w odwołaniu.

W zakresie zarzutów nr 2 i 3 Izba ustaliła, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wymagał, aby kuchenka miała m. in. osiągać moc grzewczą na poziomie min. 2800 W (watów), możliwość zagotowania 1l wody w czasie poniżej 5 minut oraz zawierać w zestawie jedną butlę na paliwo płynne o pojemności 0,5-0,9 litra. Następnie w ramach odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 9 lutego 2018 r. do SIWZ zamawiający zmienił wymóg dotyczący mocy grzewczej kuchenki, zmniejszając go do 2500 W. Jak wynika z karty katalogowej złożonej przez przystępującego wraz z pozostałymi dokumentami w dniu 8 sierpnia 2018 r. zaoferowana przez niego kuchenka posiadała m. in. moc grzewczą na poziomie 2800 W, a butla na paliwo płynne pojemność 500ml. Ponadto w przedmiotowej karcie katalogowej zawarta została informacja, że oferowany produkt gwarantuje niezawodną pracę przy wietrze oraz w niskiej temperaturze poniżej 0°C z czasem zagotowania 1l wody poniżej 5 minut dla benzyny, nafty, gazu.

Izba uznała przedmiotowe zarzuty za nieudowodnione. Na wstępie należy wskazać, że odwołujący miał możliwość formułowania zarzutów co do zgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ ponieważ karta katalogowa złożona przez przystępującego była w zakresie konstrukcji, parametrów, elementów oraz instrukcji obsługi oferowanej kuchenki jawna. Zastrzeżone zostały tam wyłącznie informacje dotyczące nazwy producenta. W związku z tym odwołujący miał możliwość zapoznania się informacjami dotyczącymi parametrów kuchenki i dokładnego przeanalizowania ich pod kątem postawionych zarzutów. Natomiast odnosząc się szczegółowo do stanowiska odwołującego Izba stwierdziła, że jego argumentacja w ramach zarzutu nr 2 w zakresie mocy i czasu zagotowania wody poniżej 5 minut opierała wyłącznie się na teoretycznych rozważaniach w oderwaniu od konkretnego urządzenia. Odwołujący nie uprawdopodobnił, że poczynione przez niego ustalenia miały bezpośrednie przełożenie na wymagania zawarte w SIWZ. Zgodnie z dyspozycją art.

190 ust. 1 Pzp obowiązkiem stron jest wskazanie dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 190 ust. 1 Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Przy czym ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Izby) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (*vide* wyrok Sądu Najwyższego, sygn. akt II CSK 293/07). Izba przy tym wskazuje, że przedstawienie przez stronę dowodu, w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem procesowym, lecz ciężarem procesowym wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie (zob. wyrok SN z 17 czerwca 2009 r. IV CSK 71/09). Ze złożonej przez przystępującego karty katalogowej wynika jednoznacznie, że oferowany produkt gwarantuje niezawodną pracę przy wietrze oraz w niskiej temperaturze poniżej 0°C z czasem zagotowania 1l wody poniżej 5 minut dla benzyny, nafty, gazu, a zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania tej okoliczności.

Zatem, mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim ciężarowi dowodowemu i jego twierdzenia pozostały gołosłowne.

Na marginesie należy dodać, że nawet uznając twierdzenia odwołującego oparte na teoretycznych rozważaniach nie można było uwzględnić przedmiotowego zarzutu. To zamawiający postawił wymóg mocy na poziomie co najmniej 2800 W i jeśli z podstawowych praw fizyki wynika, że tak postawiony wymóg uniemożliwia osiągnięcie czasu zagotowania 1l wody poniżej 5 minut to oznacza, że w treści opisu przedmiotu zamówienia powstała sprzeczność, która oznaczała, że spełnienie tych dwóch wymagań było fizycznie niemożliwe. Przy czym w ocenie Izby sprzeczność ta, która powstała w wyniku działania zamawiającego nie może powodować negatywnych skutków dla przystępującego w postaci odrzucenia jego oferty.

Podobnie jako nieudowodniony Izba uznała zarzut w części dotyczącej pojemnika na paliwo. Zgodnie z pkt 6.5 SIWZ wykonawcy w ramach części I zamówienia byli zobowiązani dołączyć katalog lub stronę katalogową w języku polskim potwierdzającą, że oferowane wyroby spełniają wszystkie wymagania szczegółowego opisu przedmiotu umowy, a nie katalog producenta jak wskazywał odwołujący. W treści złożonej przez przystępującego karty katalogowej wyraźnie zostało wskazane, że butla na paliwo płynne posiada pojemność 500ml co jest zgodne z wymaganiem dotyczącym pojemnika na paliwo ciekłe. W związku z tym Izba uznała, że odwołujący także w tym zakresie nie sprostął ciężącemu na nim ciężarowi dowodowemu i jego twierdzenia pozostały gołosłowne.

Natomiast w zakresie zarzutu nr 3 Izba wzięła pod uwagę wnioski wpływające z uchwały Sądu Najwyższego (dalej zwany: „SN”) z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05, OSNC 2006/7-8/122. W uzasadnieniu tej uchwały SN wyraził pogląd, że badanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy do sfery obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego, a ponadto, że następstwem stwierdzenia bezskuteczności objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest wyłączenie zakazu ich ujawniania. Tym samym SN przesądził, że taka oferta podlega merytorycznej ocenie, brak jest bowiem podstaw do jej odrzucenia jako niezgodnej z Pzp. W uzasadnieniu omawianej uchwały podkreślono, że „Takiej kwalifikacji oferty nie może przesądzać subiektywny stan wiedzy i świadomości oferenta odnośnie do charakteru zastrzeżonych w niej informacji, a jedynie obiektywne okoliczności świadczące o niezgodności oferty z ustawą. Wymagałoby to jednak wskazania okoliczności przesądzających taką niezgodność”. W konsekwencji tej uchwały ukształtowała się jednolita linia orzecznicza, której efektem jest stwierdzenie braku podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy, który – powołując się na tajemnicę przedsiębiorstwa – naruszył przepis art. 8 ust. 3 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie ziszczenia się zarzutu postawionego w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: