

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 4 lipca 2019 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 4 lipca 2019 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2019 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Biokompo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa we Wrocławiu, D HANTSCH SAS w Marlenheim (Francja)** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zambrowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Instytut Energii Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Barczewie, Fostech Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Barczewie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1. odrzuca odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Biokompo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa we Wrocławiu, D HANTSCH SAS w Marlenheim (Francja)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Biokompo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa we Wrocławiu, D HANTSCH SAS w Marlenheim (Francja)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zmianami), na niniejsze postanowienie, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łomży**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Zambrowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę i modernizację linii technologicznej sortowni oraz rozbudowę i modernizację kompostowni Zakładu Przetwarzania i Unieszkodliwiania Odpadów w Czerwonym Borze, gm. Zambrów.

Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 21 czerwca 2019 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Biokompo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa we Wrocławiu, D HANTSCH SAS w Marlenheim (Francja) – dalej: odwołujący – wnieśli odwołanie od czynności zamawiającego polegających na:

1.1. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o wykonanie zamówienia Instytut Energii sp. z o.o. i Fostech sp. z o.o. (dalej „Instytut Energii”) jako najkorzystniejszej,

1.2. zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia odwołującym informacji wskazanych przez Instytut Energii w następujących dokumentach wymaganych zgodnie z Załącznikiem 3.2 Ocena techniczna do siwz:

a) karta katalogowa wraz z opisem prezentujący oferowane rozwiązanie w zakresie biofiltra pionowego wraz ze zintegrowaną płuczką dla parametru: ujęcie i oczyszczenie powietrza poprocesowego na biofiltrze z płuczką,

b) karta katalogowa wraz z opisem przedstawiająca kopułowy wymiennik ciepła dla parametru: odzysk ciepła.

c) karta katalogowa wraz z opisem dla membrany dla parametru: pracy w świetle dziennym,

d) karta katalogowa wraz z opisem dla dysz napowietrzających dla parametru: rodzaj otworów napowietrzających,

- e) karta katalogowa wraz z opisem dla wentylatorów napowietrzających dla parametru: emisja hałasu,
- f) karta katalogowa sond tlenowych wraz z opisem dla parametru: monitoring zmian zużycia tlenu,
- g) wyniki badań AT4 z ostatnich 12 miesięcy określające wymagane wartości dla parametru: wyniki badań; \_\_

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie:

- art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą,
- art. 8 ust. 1-3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wykonawcom informacji bezpodstawnie zastrzeżonych przez Instytut Energii jako tajemnica przedsiębiorstwa;

Odwołujący wniesli o odrzucenie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru ofert,
- odtajnienie i udostępnienie odwołującym informacji wskazanych przez Instytut Energii w następujących dokumentach wymaganych zgodnie z Załącznikiem 3.2 Ocena techniczna do siwz:
  - a) karta katalogowa wraz z opisem prezentujący oferowane rozwiązanie w zakresie biofiltra pionowego wraz ze zintegrowaną płuczką dla parametru: ujęcie i oczyszczenie powietrza poprocesowego na biofiltrze z płuczką,
  - b) karta katalogowa wraz z opisem przedstawiająca kopułowy wymiennik ciepła dla parametru: odzysk ciepła.
  - c) karta katalogowa wraz z opisem dla membrany dla parametru: pracy w świetle dziennym,
  - d) karta katalogowa wraz z opisem dla dysz napowietrzających dla parametru: rodzaj otworów napowietrzających,
  - e) karta katalogowa wraz z opisem dla wentylatorów napowietrzających dla parametru: emisja hałasu,
  - f) karta katalogowa sond tlenowych wraz z opisem dla parametru: monitoring zmian zużycia tlenu,

g) wyniki badań AT4 z ostatnich 12 miesięcy określające wymagane wartości dla parametru: wyniki badań;

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołujących kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotowe postępowanie dotyczy zamówienia o wartości szacunkowej większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

Termin składania ofert upłynął w dniu 14 maja 2018 r. Przystępujący składając ofertę dokonał zastrzeżenia elementów jej treści jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie przedstawił uzasadnienie dla uznania tych informacji za zawierające tajemnice przedsiębiorstwa składając dowody na potwierdzenie zasadności zastrzeżenia informacji.

W dniu 17.05.2019r. pełnomocnik lidera odwołujących wezwał zamawiającego do udostępnienia na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych treści złożonych ofert (w tym przystępującego) wraz z załącznikami i całą korespondencją z zamawiającym, złożonych w ramach postępowania.

Zamawiający pismem z dnia 22.05.2019 r w odpowiedzi na wezwanie odwołujących udostępnił mu dokumenty, w tym ofertę przystępującego. Zamawiający nie udostępnił dokumentów zastrzeżonych przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący w dniu 10.06.br skierował kolejne pismo do Zamawiającego w którym ponownie wnosił o udostępnienie zastrzeżonych i nieudostępnionych w dniu 22.05.br elementów oferty przystępującego w postaci kart katalogowych wymienionych w piśmie oraz wyników badań.

W dniu 11 czerwca 2019 roku zamawiający przesłał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający pismem z dnia 17.06.br podtrzymał decyzję podjętą w zakresie nieodtajnienia zastrzeżonych elementów treści oferty przystępującego z dnia 22.05.br. Dodatkowo pismo zawiera argumentację odnoszącą się do tożsamości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie samego odwołujących w zakresie zastrzeżonych kart katalogowych.

Pismem z dnia 27 czerwca 2019 roku zamawiający poinformował odwołujących o odtajnieniu informacji wskazanych przez przystępującego w dokumencie „Wyniki badań AT4 z ostatnich 12 miesięcy wraz z opisem parametru: monitoring zużycia tlenu”.

W dniu 21 czerwca 2019 roku (prezentata Krajowej Izby Odwoławczej na pierwszej stronie odwołania) odwołujący wnieśli odwołanie na czynność utajnienia wskazanych w odwołaniu dokumentów.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie polega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Stosownie do art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p. odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Podkreślenia wymaga, że ustawa P.z.p. nie przewiduje dla zamawiającego terminu, w którym winien on dokonać oceny zasadności dokonanego zastrzeżenia. Zamawiający może, w celu dokonania badania, wzywać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień, do czego uprawnia go art. 87 ust. 1 zd. pierwsze ustawy P.z.p. Wzywając do złożenia wyjaśnień zamawiający sam ustala termin i częstotliwość ich składania i nie jest w tym zakresie ograniczony żadnymi przepisami ustawy. Chronologia czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia pozwala stwierdzić, iż badanie takie winno zakończyć się przed wyborem najkorzystniejszej oferty lub – ewentualnie – unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia, co nie zmienia faktu, że zamawiający czynności te może ukończyć wcześniej.

W związku z tym, że zamawiający udostępnił odwołującym ofertę przystępujących w dniu 22 maja 2019 roku bez zastrzeżonych dokumentów, przyjęć należy, że do tego dnia dokonał już oceny, czy dokonane zastrzeżenie było skuteczne. W tym dniu odwołujący powzięli wiadomość o uznaniu wskazanych w odwołaniu dokumentów za skutecznie

zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołanie powinno zatem zostać wniesione w terminie 10 dni od daty udostępnienia oferty. Ponieważ 10 dzień przewidziany na wniesienie odwołania przypadał w sobotę 1 czerwca br., termin ten – zgodnie z art. 185 ust. 8 ustawy P.z.p. – upływał dnia następnego po dniach wolnych od pracy, czyli 3 czerwca 2019 roku. Wniesienie odwołania w dniu 21 czerwca 2019 roku należało uznać za uchybienie terminu wskazanego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy P.z.p., co skutkuje odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:** .....