

**Sygn. akt: KIO 2609/12
KIO 2610/12**

**WYROK
z dnia 11 grudnia 2012 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2012 r. przez:

- A. wykonawcę „AZIS” – Mining Service Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębie-Zdroju, 44-335 Jastrzębie-Zdrój, ul. Rybnicka 6 (sygn. akt KIO 2609/12),
- B. wykonawcę „AZIS” – Mining Service Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębie-Zdroju, 44-335 Jastrzębie-Zdrój, ul. Rybnicka 6 (sygn. akt KIO 2610/12),

w postępowaniu prowadzonym przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębie-Zdroju, 44-300 Jastrzębie-Zdrój, Al. Jana Pawła II 4,

przy udziale wykonawcy PROMETGAS.PL Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, 54-424 Wrocław, ul. Muchoborska 18 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2609/12 i KIO 2610/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddała odwołanie wniesione przez wykonawcę „AZIS” – Mining Service Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębie-Zdroju w sprawie o sygn. akt KIO 2609/12,

2.uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę „AZIS” – Mining Service Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębie-Zdroju w sprawie o sygn. akt KIO 2610/12 i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy PROMETGAS.PL Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,

3.kosztami postępowania obciąża wykonawcę „AZIS” – Mining Service Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębie-Zdroju, 44-335 Jastrzębie-Zdrój, ul. Rybnicka 6 (sygn. akt KIO 2609/12) i Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębie-Zdroju, 44-300 Jastrzębie-Zdrój, Al. Jana Pawła II 4 (sygn. akt KIO 2610/12) i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę „AZIS” – Mining Service Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębie-Zdroju, 44-335 Jastrzębie-Zdrój, ul. Rybnicka 6 (sygn. akt KIO 2609/12 i KIO 2610/12) tytułem wpisów od odwołań,**
- 3.2. zasądza od wykonawcy „AZIS” – Mining Service Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębie-Zdroju, 44-335 Jastrzębie-Zdrój, ul. Rybnicka 6 (sygn. akt KIO 2609/12) na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. z siedzibą w Jastrzębie-Zdroju, 44-300 Jastrzębie-Zdrój, Al. Jana Pawła II 4 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**
- 3.3. zasądza od Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. z siedzibą w Jastrzębie-Zdroju, 44-300 Jastrzębie-Zdrój, Al. Jana Pawła II 4 na rzecz wykonawcy „AZIS” – Mining Service Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębie-Zdroju, 44-335 Jastrzębie-Zdrój, ul. Rybnicka 6 (sygn. akt KIO 2610/12) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy 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 (tj. 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębie-Zdroju, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Dostawę dwóch kontenerowych wytwornic azotu dla celów zwalczania zagrożenia pożarowego w rejonach ścian wydobywczych wraz z wykonaniem sieci zasilającej, uruchomieniem i stałą obsługą serwisową w okresie gwarancji dla JSW S.A. KWK „Borynia–Zofiówka” Ruch Borynia”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 lipca 2012 r., nr 2012/S 139-232848.

W dniu 20 listopada 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę „AZIS” – Mining Service Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębie-Zdroju, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawcy PROMETGAS.PL Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej wykonawcą „PROMETGAS”, jako najkorzystniejszej.

sygn. akt KIO 2609/12

W dniu 28 listopada 2012 r. (pismem z dnia 27 listopada 2012 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 27 listopada 2012 r.) od niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zaniechania czynności odtajnienia oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez wykonawcę PROMETGAS, do której to czynności zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty wykonawcy PROMETGAS, prowadzące w konsekwencji do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, na skutek bezprawnego i nieuzasadnionego zaniechania odtajnienia przez zamawiającego zastrzeżonej przez tego wykonawcę części złożonej oferty, pomimo iż brak było podstaw zarówno faktycznych, jak i prawnych do zaniechania tej czynności, a także na skutek bezprawnego nieprzeprowadzenia w tym zakresie prawidłowego postępowania mającego na celu zbadanie, czy odnośnie utajnionych dokumentów

spełnione zostały wszelkie przesłanki ich utajnienia, a także poprzez zaniechanie odtajnienia uniemożliwienie odwołującemu przeprowadzenia kontroli prawidłowości dokonanej przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę PROMETGAS;

- 2) art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady jawności postępowania zamówień publicznych wobec zaniechania odtajnienia zastrzeżonej części oferty wykonawcy PROMETGAS, którego ofertę zamawiający uznał za najkorzystniejszą, pomimo iż utajnione dokumenty, tj. instrukcje obsługi Adsorpcyjnego generatora azotu typu AGA-700-97 (400V) oraz typu AGA-700-97 (500V) nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez niewłaściwe zastosowanie wobec uznania, że dokumenty zastrzeżone przez wykonawcę PROMETGAS objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie zostały spełnione przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 4) art. 179 ustawy Pzp polegające na utrudnieniu odwołującemu skorzystania z przysługujących mu na mocy ww. ustawy środków ochrony prawnej poprzez uniemożliwienie mu zapoznania się z treścią złożonej przez wykonawcę PROMETGAS oferty, a przez to pozbawienie go możliwości oceny i kontroli prawidłowości podjętej przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonej części oferty wykonawcy PROMETGAS.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż wykonawca PROMETGAS w sposób prawnie nieuzasadniony zastrzegł w swojej ofercie utajnienie informacji, które nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a mianowicie wszelkich informacji zawartych w instrukcjach generatorów (wytwornic) azotu, których dostarczenia wraz z ofertą żądał zamawiający dla potwierdzenia parametrów technicznych zamawianych wytwornic azotu (wymóg wynikający z Załącznika nr 1 do SIWZ punktu 3.3). Na podkreślenie zasługuje fakt, iż parametry te stanowiły podstawowy warunek udziału w postępowaniu wynikający wprost z treści punktu IX. A) 2) SIWZ w związku z punktem IX. B) 1) SIWZ oraz zakresu przedmiotu zamówienia określonego w Specyfikacji Technicznej stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ, a bez ich znajomości nie ma możliwości dokonania oceny prawidłowości powziętych przez zamawiającego decyzji w przedmiocie spełnienia przez PROMETGAS warunków technicznych udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wyboru ich oferty jako

najkorzystniejszej. Przedmiotowa instrukcja zawiera w swej zasadniczej części podstawowe informacje dotyczące oferowanych, a stanowiących przedmiot postępowania, urządzeń - wytwornic azotu, które nie mają charakteru unikalnego i nowatorskiego, a wręcz przeciwnie są powszechnie dostępne, dotyczą bowiem tylko i wyłącznie podstawowych parametrów technicznych zamawianego urządzenia, znanych powszechnie na rynku, o czym świadczy już chociażby sama treść SIWZ, w której parametry te zostały szczegółowo opisane stanowiąc wymóg techniczny spełnienia warunków udziału w postępowaniu (w punkcie IX. B) 1) i punkcie 1. 1) Załącznika Nr 1 do SIWZ), co dowodzi, iż były już powszechnie znane i nie stanowiły żadnego *novum*.

Zgodnie z treścią § 59 ust. 1 Rozporządzenia z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (Dz. U. Nr 199 poz. 1228) instrukcja obsługi urządzeń powinna zawierać co najmniej następujące informacje tj. 1) nazwę i adres pełny producenta i jego upoważnionego przedstawiciela, 2) określenie maszyny, które zostało umieszczone na samej maszynie, z wyjątkiem numeru seryjnego, 3) deklarację zgodności WE lub certyfikat uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa, wskazujący szczegółowe dane dotyczące maszyny, 4) ogólny opis maszyny, 5) rysunki, schematy, opisy i objaśnienia niezbędne do użytkowania, konserwacji i naprawy maszyny oraz sprawdzenia prawidłowości jej działania. Wszystkie z powyższych informacji dotyczą tylko i wyłącznie samego rodzaju danego urządzenia i jego podstawowych danych (parametrów) technicznych zawartych w jej opisie odróżniających dany typ maszyny od innego typu, które są powszechnie znane na rynku tych maszyn i nie stanowią żadnej wartości gospodarczej.

A ponadto tylko indywidualnie dobrane rozwiązania oraz stanowiące *know-how* wykonawcy mogą być przedmiotem zastrzeżeń jako stanowiących tajemnice przedsiębiorstwa. Tym samym tylko te elementy opisu oferty, które zawierają szczegółowe opisy indywidualnych rozwiązań technicznych proponowanych przez wykonawcę, stanowią o elemencie charakteryzującym ofertę tego wykonawcy i mogą nie podlegać ujawnieniu innym wykonawcom, co nie miało miejsca w niniejszej sprawie. Zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów składanych w ofercie, nie stanowi podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2012 r. KIO 1016/12).

W dniu 28 listopada 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 30 listopada 2011 r. (pismem z dnia 29 listopada 2012 r.) wykonawca PROMETGAS przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

sygn. akt KIO 2610/12

W dniu 28 listopada 2012 r. (pismem z dnia 27 listopada 2012 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 27 listopada 2012 r.) od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę PROMETGAS, a także od zaniechania czynności wykluczenia powyższego wykonawcy z przedmiotowego postępowania oraz zaniechania odrzucenia złożonej przez niego oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, pomimo, iż nie wykazał się posiadaniem wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonanej (zrealizowanej) dostawy bezpośrednio do kopalni węgla kamiennego co najmniej jednej kontenerowej wytwornicy azotu dla celów zwalczania zagrożenia pożarowego w rejonach ścian wydobywczych o wydajności nominalnej min. 700 m³/h i czystości azotu min. 97%, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, nie przedstawiając w tym zakresie prawidłowego wykazu wykonanych (zrealizowanych) zamówień, który potwierdziłby spełnienie warunku, o którym mowa w punkcie IX.B) 1) SIWZ, a także wymogu z punktu 1.1) i 3.5);
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy PROMETGAS, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w punkcie IX.B) 1) SIWZ w związku z punktem X.2 SIWZ, a także warunków z punktu 1.1), 3.3) i 3.5 SIWZ, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ, a przez to w konsekwencji bezpodstawne nie odrzucenie oferty ww. wykonawcy;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PROMETGAS, pomimo iż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ, tj. nie potwierdziła posiadania przez oferowany przedmiot umowy parametrów technicznych określonych w punkcie 1.1) Specyfikacji Technicznej stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ, a także nie potwierdziła spełnienia warunku o którym mowa w punkcie 3.5) Specyfikacji technicznej i IX.B.1) SIWZ, a w konsekwencji

- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie oferty wykonawcy PROMETGAS, prowadzące w konsekwencji do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, który powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona z uwagi na jej sprzeczność z ustawą Pzp, a także treścią SIWZ, a także poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która zastosowała rozwiązanie opatentowane, co do którego wyłączne prawa posiada odwołujący.

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty, wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy PROMETGAS, odrzucenia złożonej przez ww. wykonawcę oferty oraz ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż żadna ze wskazanych przez wykonawcę PROMETGAS, w ramach udzielonych wyjaśnień, nie charakteryzowała się podstawowym parametrem technicznym, wymaganym zgodnie z punktem 1.1)a) Specyfikacji Technicznej (Załącznik nr 1) oraz punktem IX.B).1) SIWZ, a mianowicie wydajnością nominalną min. 700 m³/h. Tylko zaś zrealizowaniem dostawy wytwornicy o takim parametrze musiał wykazać się wykonawca, aby spełnić wszystkie warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu. Przede wszystkim wykonawca PROMETGAS na zadane mu pytanie nie wskazał żadnego użytkownika oferowanej wytwornicy typu AGA700-97, pomimo tego, iż oświadczył, iż zaprojektował i wyprodukował tego typu wytwornicę. Treść przedstawionych wyjaśnień przesądza wręcz, iż nigdy wcześniej wykonawca ten nie wyprodukował i nie wykonał dostawy wytwornic azotu o parametrach wymaganych przez zamawiającego w SIWZ. W innym wypadku wykonawca PROMETGAS niewątpliwie takiego użytkownika by wskazał, a tego nie uczynił. Odniesienie się zaś przez niego do wytwornic o innych parametrach (o wydajności nominalnej innej niż 700 m³/h) i bezzasadne pominięcie znaczenia parametru w/w wydajności przesądza, iż wykonawca ten nigdy wcześniej nie wyprodukował i nie zrealizował dostawy wytwornicy o tego typu parametrze. Nie spełnił zatem podstawowego wymogu SIWZ. Wykonawca PROMETGAS wykazał się wyprodukowaniem i dostawą jedynie wytwornic o innej wydajności, tj. 250 m³/h i 400 m³/h, a nie wytwornic azotu wymaganych przez zamawiającego.

Nadto wykonawca ten w swojej odpowiedzi na zapytanie zamawiającego bezpodstawnie marginalizuje i stara się nie zwracać uwagi na kwestie wydajności nominalnej wytwornic. Tymczasem wytwornica o wydajności 700 m³/h musi posiadać dwukrotnie większą moc sprężarek, dwukrotnie większą moc generatorów azotu, większą moc osuszaczy, inny „mocniejszy” układ zasilania, niż wytwornice, co przy znacznie większych gabarytach czyni niemożliwym zabudowanie tego układu w jednym kontenerze. Musi to więc

być zupełnie inna konstrukcja niż konstrukcja wytwornic o wydajności 250 m³/h i 400 m³/h, a nie typoszereg.

A ponadto zaoferowana przez wykonawcę PROMETGAS wytwornica azotu narusza patent pt. „Urządzenie do pozyskiwania azotu z powietrza atmosferycznego”, do którego na podstawie umowy licencyjnej wyłączne prawa posiada odwołujący. Takie działanie wykonawcy PROMETGAS narusza zasadę uczciwej konkurencji, a ponadto przepisy prawa własności przemysłowej. Nieprawdziwe jest zatem oświadczenie w/w wykonawcy, iż zaprojektowane przez niego urządzenie (wytwornica azotu) jest wolne od wad fizycznych, prawnych i praw majątkowych osób trzecich.

W dniu 28 listopada 2012 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 30 listopada 2011 r. (pismem z dnia 29 listopada 2012 r.) wykonawca PROMETGAS przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania, uznając iż, odwołanie wniesione przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2609/12 nie zasługuje na uwzględnienie, natomiast odwołanie wniesione przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2610/12 zasługuje na uwzględnienie.

sygn. akt KIO 2609/12

Zarzut dotyczący zaniechania czynności odtajnienia oferty złożonej przez wykonawcę PROMETGAS nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż wykonawca PROMETGAS zastrzegł w treści swej oferty elementy, które – jak wskazał – stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (str. 7-68 oferty wykonawcy PROMETGAS).

Zamawiający, pismem z dnia 7 września 2012 r., zwrócił się do wykonawcy PROMETGAS m.in. o udzielenie wyjaśnień dotyczących informacji zastrzeżonych jako „tajemnica przedsiębiorstwa”, a stanowiących „instrukcje obsługi Adsorpcyjnego generatora azotu typu AGA-700-97 (400V) oraz typu AGA-700-97 (500V)” w następujących kwestiach:

- „czy podjęli Państwo niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji objętych w ofercie klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.);
- jak należy rozumieć umieszczenie tych dokumentów w części utajnionej Państwa oferty?”

Wykonawca PROMETGAS udzielił odpowiedzi na powyższe pismem z dnia 11 września 2012 r. (wpływ do zamawiającego w dniu 13 września 2012 r.), podając powody, dla których zastrzegł przedmiotowe dokumenty jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Tajemnicą przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, są 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 poufności. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00, informacje techniczne i technologiczne dotyczą sposobów wytwarzania wyrobu i jego stosowania, a informacja handlowa to ogół doświadczeń dla prowadzenia działalności. Natomiast dane nieujawnione do wiadomości publicznej, to informacje nieznanne ogółowi, co do których przedsiębiorca podjął celowe czynności zapobiegające ich rozpowszechnianiu.

Dlatego też obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05, stwierdzając m.in., iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający podjął, co jest niewątpliwe, czynność badania skuteczności poczynionego przez wykonawcę zastrzeżenia. Skierował bowiem do niego stosowne pismo, w treści którego wniósł o odniesienie się do konkretnie wskazanych kwestii związanych z zastrzeżeniem części oferty tego wykonawcy (PROMETGAS) jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca PROMETGAS zastrzegł bowiem jako tajemnicę przedsiębiorstwa instrukcje obsługi oferowanych w tym postępowaniu urządzeń. Instrukcje obsługi, a więc dokumenty, które są przekazane nabywcy danego urządzenia wraz z dostawą, nie powinny być co do zasady przedmiotem zastrzeżeń ich tajności ze strony wytwórcy czy też sprzedawcy urządzenia. Instrukcje te poza danymi dotyczącymi parametrów technicznych oferowanego urządzenia zawierają także dane dotyczące instalacji, montażu, funkcjonowania itp. Niemniej jednak w niniejszym stanie faktycznym, jak ustalono w toku całego postępowania, przedłożone instrukcje obsługi dotyczą urządzenia, które nie zostało jeszcze wyprodukowane, zostanie dopiero wyprodukowane na to konkretne zamówienie. Dane w nich zawarte nie mogą być więc powszechnie dostępne. Nie zostały bowiem opublikowane przez wykonawcę – co podnosił w złożonych zamawiającemu wyjaśnieniach – w żadnym publicznym wydawnictwie. Dlatego też nie mogą być uzyskane przez konkurenta zwykłą i dozwoloną drogą. Zastrzeżone informacje – jak dalej podkreślał wykonawca PROMETGAS - są informacjami dotyczącymi rozwiązań technicznych i technologicznych, posiadającymi wartość gospodarczą, a wykonawca ten podjął szereg niezbędnych działań mających na celu zachowanie poufności przedmiotowych informacji, w tym m. in.: wprowadził do zawieranych z pracownikami umów o pracę klauzule o obowiązku zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa, a także karty obowiązków i odpowiedzialności zawierające zobowiązanie do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa. Sam odwołujący przyznał także, mimo iż w odwołaniu wniósł o odtajnienie pełnej treści instrukcji, że istotnie pewne dane zawarte w złożonych instrukcjach mogą być zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, przykładowo wskazując na informacje dotyczące instalacji. Tym samym dopuszczając możliwość objęcia chociażby części instrukcji klauzulą tajności.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, iż ziszczyły się przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dla skutecznego zastrzeżenia informacji w dokumentach złożonych wraz z ofertą jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

sygn. akt KIO 26010/12

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy PROMETGAS na skutek nie spełnienia warunku opisanego w rozdziale IX SIWZ, punkt B) podpunkt 1) nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale IX SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków”, pkt B) ppkt 1) podał, iż „ustala następujące szczegółowe warunki udziału w postępowaniu: Na potwierdzenie warunku wskazanego w punkcie a.2) wymagane jest posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonanej (zrealizowanej) dostawy bezpośrednio do kopalni węgla kamiennego co najmniej jednej kontenerowej wytwornicy azotu dla zwalczania zagrożenia pożarowego w rejonach ścian wydobywczych o wydajności nominalnej min. 700 m³/h i czystości azotu: min. 97% w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”. Na potwierdzenie powyższego – zgodnie z rozdziałem X SIWZ „Oświadczenia lub dokumenty jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu”, pkt 2 - żądając złożenia „wykazu wykonanych (zrealizowanych) zamówień potwierdzających spełnianie warunku o którym mowa w pkt. IX.B.1 SIWZ, wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zamówienia te zostały należycie wykonane”.

Wykonawca PROMETGAS w załączeniu do oferty złożył „wykaz wykonanych (zrealizowanych) zamówień” oraz referencje (str. 72 i 73 oferty). W złożonym wykazie powołał się na „dostawę fabrycznie nowej kontenerowej wytwornicy (generatora) azotu typu MGA-750-97” o wydajności nominalnej „750 m³/h” i czystości azotu „97%” zrealizowaną na rzecz południowego Koncernu Węglowego S.A. Zakład Górniczy Sobieski.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Warunek określony przez zamawiającego w punkcie B), podpunkt 1 sformułowany został jednoznacznie. Zgodnie z jego treścią zamawiający wymagał od wykonawców wykazania się dostawą wytwornicy azotu o określonych parametrach, nie zawężając przy tym – wbrew twierdzeniom odwołującego - tak postawionego warunku do żądania wykazania się dostawą tożsamą z przedmiotem zamówienia. Dopiero bowiem takie określenie warunku (żądanie wykazania się dostawą tożsamą z przedmiotem zamówienia) skutkowałoby jego niespełnieniem przez wykonawcę, który nie wykazał dostawy takiego właśnie urządzenia i w konsekwencji – co słusznie podniósł zamawiający na rozprawie - doprowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jednak w świetle tak określonych postanowień SIWZ, jak uczynił to zamawiający, dokumenty załączone do oferty wykonawcy PROMETGAS (str. 72 i 73 oferty) potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale IX, punkt B.1) SIWZ. Wspecyfikowana w przedłożonym wykazie dostawa dotyczy bowiem wytwornicy azotu o określonych parametrach (wydajności nominalnej min. 700 m³/h i czystości azotu min. 97%), a więc parametrach wymaganych przez zamawiającego. Natomiast wyłącznie z treści tego warunku nie wynikało w oparciu o jaką technologię ma pracować urządzenie, którego

dostawą wykonawca się legitymuje na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym stwierdzić należy, iż zarzut ten nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy PROMETGAS, a tym samym zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy na skutek nie spełnienia wymogów opisanych w załączniku nr 1 do SIWZ „Specyfikacja techniczna” potwierdził się.

Izba ustaliła, iż zamawiający w załączniku nr 1 do SIWZ „Specyfikacja Techniczna” określił przedmiot zamówienia, podając m.in.:

1. w punkcie 1 „Zakres przedmiotu zamówienia”:
 - ppkt 1.a) „wydajność nominalna: min. 700 m³/h”,
2. w punkcie 3 „Wymagania dodatkowe”:
 - ppkt 2.3) „Dla potwierdzenia parametrów technicznych wytwornic azotu wraz z instalacją zasilającą Zamawiający żąda dostarczenia wraz z ofertą dokumentacji techniczno-ruchowych lub instrukcji obsługi urządzeń będących przedmiotem zamówienia.
 - ppkt 2.5) „Oferowany przedmiot zamówienia nie może być prototypem”.

Zamawiający, pismem z dnia 7 września 2012 r., zwrócił się do wykonawcy PROMETGAS m.in. o wskazanie użytkowników oferowanej wytwornicy azotu typu AGA-700-97, podnosząc iż „powziął wątpliwość czy, oferowana wytwornica azotu typu AGA-700-97 nie jest prototypem, ponieważ ww. Wykonawca na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykazał się dostawą wytwornicy azotu typu MGA-750-97”.

Wykonawca PROMETGAS w odpowiedzi na powyższe (pismem z dnia 11 września 2012 r.) wskazał, iż „jest producentem wytwornic typu AGA. I tak, AGA-700-97 należy do typoszeregu zaprojektowanych i wyprodukowanych przez nas urządzeń. Oferowane urządzenie nie jest prototypem (...). (...) rozwiązanie zaproponowane w urządzeniach typoszeregu AGA zostało już przetestowane (m.in. użytkownikiem urządzenia typu AGA-235-99,9 jest: Marani Sp. z o.o., 41-807 Zabrze – Mikulczyce, ul. Mickiewicza 66 a urządzenie typu AGA/A-400-99 jest: LNG-Silesia Sp. z o.o., 43-170 Łaziska Górne, ul. Leśna 1), a wskazane w ofercie przetargowej – AGA-700-97 jest urządzeniem typoszeregu AGA tylko o wydajności 700 m³/h. W myśl powyższego PROMETGAS.PL Sp. z o.o. oświadcza, że AGA-700-97 nie jest prototypem”.

Odwołujący podniósł, iż urządzenie oferowane przez wykonawcę PROMETGAS nie spełnia wymogów zawartych w punktach: 1.1.a), 3.3) i 3.5) „Specyfikacji Technicznej”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż na potwierdzenie spełnienia wymogów wyspecyfikowanych w „Specyfikacji Technicznej” wykonawcy zobowiązani byli złożyć dokumentację techniczno-ruchową lub instrukcję obsługi urządzenia będącego przedmiotem zamówienia. I takie

instrukcje („instrukcje obsługi Adsorpcyjnego generatora azotu typu AGA-700-97 (400V) oraz typu AGA-700-97 (500V)” wykonawca PROMETGAS złożył, wypełniając tym samym wymóg określony w punkcie 3.3) „Specyfikacji Technicznej”. A ponadto żądane przedmiotowe instrukcje zostały przedłożone wraz z ofertą tego wykonawcy, a więc w terminie wymaganym przez zamawiającego. Wykonawca ten spełnił również wymóg określony w punkcie 1.1.a) „Specyfikacji Technicznej”, a mianowicie wymóg dotyczący oferowanego urządzenia – jego wydajności nominalnej „min. 700 m³/h”. Potwierdzeniem czego jest informacja zawarta w części niejawniej oferty tego wykonawcy (strony: 12.30 (20.30) i 12.28 (50.83)), która istotnie potwierdza spełnienie wymogu z punktu 1.1.a) „Specyfikacji Technicznej”.

Natomiast oferowane urządzenie nie spełnia wymogu z punktu 3.5) „Specyfikacji Technicznej”, w myśl którego, „oferowany przedmiot zamówienia nie może być prototypem”. Jak wynika bowiem z treści dokumentacji postępowania już sam zamawiający na etapie badania i oceny ofert powziął wątpliwości co do spełnienia przez urządzenie oferowane przez wykonawcę PROMETGAS tego właśnie wymogu, wskazując iż „wykonawca na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykazał się dostawą wytwornicy typu MGA-750-97” i wnosząc jednocześnie o wskazanie użytkowników oferowanej przez tego wykonawcę wytwornicy azotu typu AGA-700-97. Wykonawca ten (PROMETGAS) wskazał użytkowników konkretnych urządzeń („AGA-235-99,9” i „AGA/A-400-99”). Jednak urządzenia te są urządzeniami o innych wymogach, w tym innej wydajności nominalnej („235 m³/h” i „400 m³/h”), o wydajności dwukrotnie a nawet trzykrotnie mniejszej niż wydajność wymagana przez zamawiającego dla zamawianego urządzenia. Natomiast zamawiający, co jest bezsporne, wymagał urządzenia o ściśle określonych wymogach, w tym o wydajności nominalnej „min. 700 m³/h” i urządzenie o takiej wydajności wykonawca ten istotnie przedstawił. Niemniej jednak nie wykazał, iż urządzenie to (wytwornica azotu typu AGA-700-97) nie jest prototypem. Nie potrafił bowiem podać chociażby jednego użytkownika tego właśnie urządzenia. Natomiast wskazał, iż jest producentem wytwornic azotu typu AGA, dlatego też wytwornica azotu typu AGA-700-97 należy do typoszeregu zaprojektowanych i wyprodukowanych przez niego urządzeń, a oferowane urządzenie nie jest prototypem. Tymczasem prototyp, co jest niewątpliwe, jest pewnym pierwowzorem czy też modelem w oparciu, o który wykonuje się następne rzeczy. Jest więc jedynie próbnym egzemplarzem urządzenia. A ponieważ wykonawca PROMETGAS nie wykazał, iż wytworzył już takie urządzenie jakie zaoferował obecnie, w tym konkretnym postępowaniu oznacza to, że jest to jedynie nieistniejący jeszcze model - typ wskazanej wytwornicy azotu. Urządzenie takie nie zostało więc jeszcze wyprodukowane i dostarczone. Bez znaczenia jest tu rodzaj technologii w oparciu, o którą ma ono pracować, gdyż zamawiający jedynie w odniesieniu do warunku określonego w B.1) SIWZ nie wskazał technologii, określając ją natomiast jednoznacznie w odniesieniu do wymogów stawianych oferowanemu urządzeniu (punkt 1.e) „Specyfikacji

technicznej” – „zasada działania wytwornic w oparciu o technologię PSA (Pressure Swing Adsorbtion))”.

Dlatego też Izba uznała, iż zarzut ten potwierdził się.

Na marginesie należy dodać, iż zarzuty dotyczące naruszenia praw patentowych winny być dochodzone na drodze sądowej, a nie w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: