

Sygn. akt: KIO 598/14

WYROK
z dnia 14 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 kwietnia 2014 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2014 r. przez **Odwołującego** - RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - PGE Górnictwo i energetyka Konwencjonalna S.A., ul. 1-go Maja 63, 97-400 Bełchatów,

przy udziale **Wykonawców** –

- a) Konsorcjum: General Electric International., Inc., Abener Energia S.A., Two Corporate Drive, Shelton , CT 06484-0861 Connecticut
- b) Konsorcjum: Polimex Mostostal Sp. z o.o. Ansaldo Energia S.p.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa
- c) Konsorcjum: SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o., SNC-LAVALIN Inc., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr**
(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwolującego** -
RAFAKO S.A., ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem, na „Budowę gazowo - parowego bloku kogeneracyjnego w PGE GiEK S.A. Oddział Zespół Elektrowni Dolna Odra - Elektrownia Pomorzany”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 29.12.2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2011/S 250- 408721.

Odwołujący RAFAKO S.A, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na utajnieniu informacji w ofertach złożonych przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu tj. Konsorcjum General Electric International Jnc, - Abener Energia SA (dalej "Konsorcjum GE" lub "GE"), Konsorcjum Polimex-Mostostal S.A, - Ansaldo Energia SpA (dalej "Konsorcjum Polimex" lub "Polimex"), Konsorcjum SNC-Lavalin Polska Sp. z o.o, oraz SNC-Lavalin Inc. (dalej "Konsorcjum SNC" lub "SNC"), które nie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j.: Dz. U. 2003 r, Nr 153 poz, 1503 ze zm.) (dalej „uznk”), a co za tym idzie, które powinny być jawne mając na uwadze generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawartą w treści art, 8 ust, 1 upzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa: art. 8 ust. 1 upzp, poprzez utajnienie parametrów odnośnie każdego z trzech gwarantowanych punktów pracy (które zostały określone w tabeli 4.4-1 Załącznika nr 6 Parametry Gwarantowane), a zastrzeżonych przez Konsorcjum GE, Konsorcjum Polimex 1 Konsorcjum SNC tj.: parametrów spalin na wylocie z turbiny (strumień, temperatura ciśnienie), temperatury gazu do turbiny gazowej wraz z ilością gazu, sprawności brutto turbiny gazowej, mocy elektrycznej (brutto) turbiny gazowej, parametrów pary z kotła odzyskowego (strumienie, temperatury, ciśnienia), temperatury wody na wylocie z odgazowyczacza, temperatury wody wlotowej/wylotowej do/z ostatnich dwóch powierzchni grzewczych kotła (tj. podgrzewacza kondensatu i podgrzewacza wody sieciowej), temperatury spalin za kotłem, parametrów pary upustowej z turbiny parowej (strumienie, temperatury, ciśnienia), parametrów pary do kondensatora turbiny parowej (strumień, ciśnienie, entalpia), mocy elektrycznej (brutto) turbiny parowej, mocy cieplnych wymienników ciepłowniczych, mocy cieplnej oddawanej do sieci SEC, potrzeb własnych elektrycznych bloku zgodnie z definicją przedstawioną w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zapotrzebowania mocy przez system antyoblodzeniowy turbiny gazowej, a także poprzez utajnienie Załącznika nr 6 Parametry Gwarantowane, w zakresie oferty Konsorcjum GE oraz Konsorcjum Polimex pomimo że

informacje te, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 uznk, art. 7 ust, 1 upzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji, uniemożliwiający Odwołującemu zapoznanie się z ofertami pozostałych Wykonawców J zweryfikowanie poprawności i realności podanych przez nich parametrów będących podstawą oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu każdego z 15 parametrów wskazanych w punkcie I zarzutów, odnośnie każdego z gwarantowanych punktów pracy określonych w Załączniku nr 6 Parametry Gwarantowane tj. parametrów o których mowa w punkcie I zarzutów dla punktu Sezon Grzewczy Praca - Ciepłownicza, Sezon Letni - Praca Kondensacyjna 100% obciążenie oraz Sezon Letni - Praca Kondensacyjna 50% obciążenie, a więc łącznie 45 parametrów oraz wypełnionego Załącznika nr 6 do Kontraktu, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przypisanych, w tym kosztów zastępstwa procesowego w maksymalnej wysokości określonej przepisami prawa, tj, 3 600 zł w oparciu o fakturę przedstawioną na rozprawie.

W dniu 10 marca 2014 roku Odwołujący wniósł o możliwość zapoznania się z ofertami pozostałych uczestników Postępowania. Z otrzymanych przez Odwołującego skanów ofert wynika że każdy z Wykonawców tj. Konsorcjum GE, Konsorcjum Polimex oraz Konsorcjum SNC utajnili część techniczną swoich ofert wskazując, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa, dodatkowo Konsorcjum GE oraz Konsorcjum Polimex utajniły Załącznik nr 6 do Kontraktu - Parametry Gwarantowane.

Odwołujący podkreślał, że zgodnie z art. 8 ust. 1 upzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Możliwość ograniczenia jawności występuje tylko w określonych przez ustawę przypadkach. Przypadkiem takim jest sytuacja, w której zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosił o odtajnienie parametrów odnośnie każdego z trzech gwarantowanych punktów pracy (1. Sezon Grzewczy Praca - Ciepłownicza, 2. Sezon Letni - Praca Kondensacyjna 100% obciążenie oraz 3. Sezon Letni - Praca Kondensacyjna 50% obciążenie); tj. parametrów spalin na wylocie z turbiny (strumień, temperatura ciśnienie), temperatury gazu do turbiny gazowej wraz z ilością gazu, sprawności brutto turbiny gazowej, mocy elektrycznej (brutto) turbiny gazowej, parametrów pary z kotła odzyskowego (strumienie, temperatury, ciśnienia), temperatury wody na wylocie z odgazowacza, temperatury wody wlotowej/wylotowej do/z ostatnich dwóch powierzchni grzewczych kotła (tj. podgrzewacza kondensatu i podgrzewacza wody sieciowej), temperatury spalin za kotłem, parametrów pary upustowej z turbiny parowej (strumienie, temperatury, ciśnienia),

parametrów pary do kondensatora turbiny parowej (strumień, ciśnienie, entalpia), 1 l mocy elektrycznej (brutto) turbiny parowej, mocy cieplnych wymienników ciepłowniczych, mocy cieplnej oddawanej do sieci SEC, potrzeb własnych elektrycznych bloku zgodnie z definicją przedstawioną w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zapotrzebowania mocy przez system antyoblodzeniowy turbiny gazowej, a także treści Załącznika nr 6 do Kontraktu (w przypadku oferty Konsorcjum GE i Konsorcjum Polimex).

W ocenie Odwołującego, doszło do sytuacji, w której uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ukrywają istotne części swoich ofert jako tajemnicę przedsiębiorstwa, mimo iż tajemnicą przedsiębiorstwa informacje te nie są, jedynie w celu utrudnienia konkurencji weryfikacji poprawności sporządzenia ofert.

Odwołujący wskazał, że ujawnienie powyżej wskazanych informacji jest konieczne do weryfikacji ujawnionych informacji podanych w formularzu ofertowym. W Załączniku nr 2 do części I SIWZ, pt. „Formuła obliczenia wskaźnika efektywności ekonomicznej NPVR dla oceny ofert” zawarto kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Jest ono oparte o wskaźnik wartości bieżącej netto (Net Present Value Ratio) oraz podstawowe parametry ekonomiczne i techniczne. W Załączniku nr 2 Zamawiający skonkretyzował, iż przy ocenie ofert brane będą pod uwagę moc netto bloku energetycznego, sprawność netto bloku energetycznego, cena ofertowa brutto za budowę BGP, cena ofertowa brutto za realizację 12-letniej umowy serwisowej dla TG.

Wszyscy Wykonawcy ubiegający się o uzyskanie zamówienia zobowiązani byli podać wartości sprawności i mocy bloku oraz wynagrodzenia z tytułu wykonania przedmiotu Kontraktu i realizacji Umowy Serwisowej w Formularzu Oferty, stanowiącym Załącznik 1 do części I SIWZ. Wartości te mają wpływ na ocenę ofert, a co za tym idzie na wybór oferty najkorzystniejszej.

W ocenie Odwołującego osiągnięcie wartości znacznie przekraczającej poziom sprawności 85,05% jest wątpliwe. Wedle najlepszej wiedzy Odwołującego, posiadającego bogate doświadczenie w realizacji tego typu zamówień, mogło dojść do błędu obliczeniowego w ofertach pozostałych Wykonawców, bądź do sporządzenia oferty niezgodnie z treścią SIWZ. Uzyskanie danych i wartości, których odtajnienia domaga się Odwołujący, służyć ma sprawdzeniu ich poprawności która w sposób oczywisty może wpływać na odrzucenie ofert niektórych Wykonawców i ostateczny wybór najkorzystniejszej oferty. Odwołujący podkreślał, że nie domaga się odtajnienia procesu myślowego, który doprowadził każdego z pozostałych Wykonawców do uzyskania takich, a nie innych wyników, a jedynie wartości wyjściowych, którymi się posługiwali. Wartości te są pochodną wartości występujących w urządzeniach wchodzących w skład instalacji powszechnie dostępnych na rynku które wykorzystują Wykonawcy w swoich pracach, tak więc ich ujawnienie nie może stanowić naruszenia

tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art, 11 ust. 4 uznk. Odwołujący podkreślił, że pojedyncze dane podane w formularzu oferty jedynie na potrzeby konkretnego postępowania nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, jeśli nie mogą nadawać się do wykorzystania poza tym konkretnym postępowaniem.

Odwołujący twierdził, że dane których ujawnienia żąda, nie mają charakteru technicznego, technologicznego, handlowego tub organizacyjnego przedsiębiorstwa, co powoduje, że nie została spełniona pierwsza z przesłanek pozwalających uznać je za tajemnice przedsiębiorstwa,

W ocenie Odwołującego, nie zachodzi także druga z przesłanek określonych w art. 11 ust, 4 uznk tj. brak publicznego ujawnienia żądanych do ujawnienia danych. Dla instalacji, która ma powstać w wyniku przedmiotowego postępowania konieczne będzie uzyskanie pozwolenia zintegrowanego w rozumieniu przepisów o ochronie środowiska. W celu uzyskania tego pozwolenia konieczne będzie złożenie stosownego wniosku, który zgodnie z treścią art. 184 ust. 2 ustawy o ochronie środowiska powinien zawierać między Innymi: Informacje o rodzaju instalacji stosowanych urządzeniach i technologiach oraz charakterystykę techniczną źródeł powstawania i miejsc emisji opis zakładanych wariantów funkcjonowania instalacji blokowy (ogólny) schemat technologiczny wraz z bilansem masowym i rodzajami wykorzystywanych materiałów, surowców i paliw, istotnych z punktu widzenia wymagań ochrony środowiska, informację o energii wykorzystywanej lub wytwarzanej przez instalację, wielkość I źródła powstawania albo miejsca emisji - aktualnych i proponowanych - w trakcie normalnej eksploatacji instalacji oraz w warunkach odbiegających od normalnych, w szczególności takich jak rozruch i wyłączenia. Dla podania powyższych danych konieczne będzie ujawnienie we wniosku co najmniej następujących danych, które zostały zastrzeżone w ofertach Wykonawców Konsorcjum GE, Konsorcjum Polimex i Konsorcjum SNC.

Postępowanie o wydanie pozwolenia zintegrowanego jest co do zasady jawne, tak więc każdy zainteresowany podmiot będzie miał do tych danych dostęp.

Odwołujący argumentował także, że co do ostatniej z przesłanek tj. działań podjętych przez Wykonawców w celu zachowania poufności utajnionych danych, żaden z Wykonawców nie wykazał, że jakiegokolwiek kroki zostały w tym celu podjęte, a co za tym idzie należy uznać, że także i ta przesłanka nie została spełniona.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Brak umożliwienia Odwołującemu zapoznania się z częścią ofert pozostałych Wykonawców wskazanych w zarzutach może spowodować pozbawienie go rzeczywistej możliwości weryfikacji ich prawidłowości, a także weryfikacji zgodności z przepisami upzp czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na sprawdzeniu zgodności tych ofert z SIWZ.

W ocenie Izby zarzut bezpodstawnego braku odtajnienia wskazanych w treści odwołania parametrów jest bezzasadny.

Jak zostało to wielokrotnie wskazane w orzecznictwie dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest spełnienie trzech przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Informacja mogąca zostać zakwalifikowana jako tajemnica przedsiębiorstwa powinna być informacja, która ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub stanowiący inne informacje posiadające wartość gospodarczą, która nie została ujawniona publicznie, co do której przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W ocenie Izby przesłanki te nie zostały spełnione w odniesieniu do przedmiotowych parametrów, których odtajnienia domagał się Odwołujący.

Izba ustaliła, że parametry stanowiły część dokumentacji, która podlegała utajnieniu przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. W załączniku nr 3 wykonawcy dokonali opisu rozwiązań technologicznych przy realizacji zamówienia. Parametry, których odtajnienia żądał Odwołujący stanowiły część utajnionej dokumentacji. Nie jest sporne, że dokumentacja w załączniku nr 3 podlegała utajnieniu i Odwołujący nie kwestionował faktu, że utajnienie dokumentacji jest zasadne.

Izba miała na uwadze także fakt, że również Odwołujący dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie dokumentacji w załączniku nr 3, w tym także przedmiotowych parametrów. Odwołujący nie odtajnił dokumentacji w dniu składania ofert, ani w dniu rozstrzygnięcia postępowania przez Zamawiającego, jak również w dniu złożenia odwołania. Odwołujący zdecydował się na odtajnienie parametrów dwa dni po złożeniu odwołania. Należy podkreślić, że Odwołujący nie odtajnił całości dokumentu stanowiącego załącznik nr 3 do oferty.

Nie zostało udowodnione, że odtajnienie żądanych przez odwołującego parametrów nie wskaże całości rozwiązań zaoferowanych przez Wykonawców.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom, że dane bilansowe pokazują aktualne rozwiązanie obiegu ciepłego oraz sprawności zastosowanych urządzeń sposób, w jaki obieg jest zaprojektowany i zoptymalizowany, co skutkuje zróżnicowanymi rozwiązaniami lub udoskonaleniami. Ujawnienie wskazanych danych umożliwi doświadczonemu inżynierowi, poznanie procesu myślowego i wiedzy Uczestnika. Przystępujący wskazał także, że należy zaprzeczyć, jakoby dane te były jedynie danymi wyjściowymi, których podanie wymaga jedynie kontaktu z producentem. Dane te są rezultatem długiego procesu myślowego Uczestnika, który następnie te dane przekazał producentowi, który zaoferował odpowiednie dla Postępowania urządzenia.

W ocenie Izby dowód przedłożony przez Odwołującego nie potwierdza, aby przedmiotowe parametry i dane techniczne były ujawnione publicznie.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Odwołujący przedstawił wydruk ze strony internetowej w języku angielskim. Nie wiadomo, czego dotyczy wydruk. Izba zauważyła, że stosownie do art. 19 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się w języku polskim, zaś dokumenty przedstawia się w języku polskim wraz z ich tłumaczeniem. W przedstawionym wydruku dopisano wprawdzie (odręcznie i mało czytelnie) polskie odpowiedniki angielskich nazw parametrów, dotyczy to jednak zaledwie czterech parametrów. Pozostała treść wydruku nie została przetłumaczona na język polski. Nadto w ocenie Izby nie wiadomo, czego, jakich rozwiązań dotyczą informacje w tym wydruku, a ponadto, czy rzeczywiście jest to całościowe rozwiązanie jednej z firm, czy też jedynie tylko określone urządzenie, które dopiero w połączeniu z innymi da określone rozwiązanie, które stanowiłoby koncepcje przewidziane przez wykonawców w ofertach. Z tego względu Izba uznała, że wydruk, który przedstawił Odwołujący, nie stanowi potwierdzenia okoliczności, że wszystkie parametry zastosowane przez wykonawców w ofertach są powszechnie dostępne na stronach internetowych. Nie została więc dowiedziona okoliczność, że powyższa informacja została ujawniona publicznie.

Należy także zauważyć, że w odniesieniu do powyższych informacji przedsiębiorcy podjęli niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Odwołujący w piśmie dotyczącym zachowania poufności treści ujętych w załączniku nr 3 do oferty napisał: „wymiana informacji pomiędzy podmiotami tworzącymi ofertę tj. Rafako S.A., General Electric International Inc, Cockerill Maintenance & Ingenierie, Siemens, odbywa się na zasadach zachowania poufności, do czego poszczególne strony zobowiązane są na podstawie podpisanych umów o współpracy. Informujemy także, że dane zawarte w naszej ofercie nie zostały ujawnione publicznie.” Zatem Odwołujący sam wskazał na istnienie umów pomiędzy podmiotami, które zobowiązują do zachowania w poufności przyjętych rozwiązań. Tym samym, w ocenie Izby,

sam Odwołujący wskazał, że nie są bezpodstawne twierdzenia Wykonawców Przystępujących, którzy również zastrzegli poufność w swoich pismach o zastrzeżeniu poufności informacji zawartych w ofertach oraz w wyjaśnieniach złożonych na rozprawie i wskazali, że są związani poufnymi umowami o współpracy. Z powyższego wynika, że wykonawcy podjęli czynności, które miały na celu zachowanie poufności treści wskazanych w załączniku nr 3 i 6 do oferty, w tym także przedmiotowych parametrów.

Izba dała wiarę twierdzeniom Przystępujących do postępowania odwoławczego, że nie jest prawdą twierdzenie Odwołującego, jakoby dla celów postępowania koniecznym było uzyskanie pozwolenia zintegrowanego. Przystępujący Konsorcjum GE, Abener Energia SA przedstawił jako dowód decyzję Marszałka Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 15 kwietnia 2011 roku. Decyzja ta określa ogólnie parametry techniczne kogeneracyjnego bloku gazowo – parowego, nie przywołując w żadnym miejscu danych, do których odnosił się Odwołujący. Przystępujący wskazał także, że nie jest prawdą, że całość postępowania o udzielenie pozwolenia zintegrowanego jest jawna. Zgodnie z ustawą z dnia 3 października 2008 roku o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie oraz o ocenach oddziaływania na środowisko, udostępnieniu podlegają informacje inne niż te, których ujawnienia domagał się Odwołujący. Skoro przedmiotem udostępnienia nie są dane, których ujawnienia żądał Odwołujący, to należy uznać, że nie została wypełniona przesłanka, na którą powoływał się w Odwołujący, że przedmiotowe parametry zostaną podane do wiadomości publicznej, a tym samym nie została wypełniona przesłanka, o której mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....