

Sygn. akt: KIO 3913/23

## WYROK

Warszawa, dnia 19 stycznia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Ewa Sikorska**

**Protokolantka: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 roku przez wykonawcę **AM.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Łęki Szlacheckie w Łękach Szlacheckich**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **JFC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Karpinie, A.C.**

### orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **AM.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **AM.** tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

.....

Sygn. akt: KIO 3913/23

### Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Łęki Szlacheckie w Łękach Szlacheckich – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Łęki Szlacheckie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 grudnia 2023 roku wykonawca A.M. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego, w tym m.in. od:

- nieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – JFC Polska sp. z o.o., ul. Białostocka 1, 05-252 Karpin oraz Greenline A.C., ul. Romualda Traugutta 45, 07-410 Ostrołęka, dalej łącznie jako: „JFC” lub „przystępujący”,
- nieuprawnionego zaniechania odrzucenia oferty EMKAN-PRO K.M., Pstrągi – Gniewoty 6, 18-300 Zambrów, dalej jako „EMKAN”,
- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez JFC.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, a także naruszenie innych pozostałych w związku z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p. przepisów, tj.:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnione zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty JFC i dokonaniu wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, co przejawia się w niewskazaniu w ofercie typu oferowanych urządzeń,
- 2) art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez niezasadne zastosowanie tego przepisu polegające na nieujawnieniu informacji zastrzeżonych przez JFC jako tajemnica przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co doprowadziło do uniemożliwienia zapoznania się przez pozostałych

wykonawców z istotnymi informacjami dotyczącymi oferty JFC i do kontroli prawidłowości decyzji zamawiającego polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty JFC przy uwzględnieniu okoliczności wynikających z informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa,

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnione zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty JFC i dokonaniu wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu w sytuacji, gdy wykonawca ten nie przedłożył pełnych raportów z badań przeprowadzonych w laboratorium notyfikowanym przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie: <http://ec.europa.eu/> wg procedur określonych w normie EN 12566-3: 2005+A2:2013 oraz Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) zgodnej z obowiązującymi przepisami, a w zakresie skuteczności oczyszczania – zgodnej z dokumentami dostarczonymi do badania, co byłoby potwierdzone przez laboratorium notyfikowane lub producenta urządzeń. (tj. dokumentów przedmiotowych wymaganych treścią V.21.1. lit. a i c SWZ i w konsekwencji nie potwierdził spełnienia warunków zamówienia,

4) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnione zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty JFC i dokonaniu wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, co przejawia się w:

- niespełnieniu wymagania z punktu 2.2.2. podpunkt 3 Programu Funkcjonalno-Użytkowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, dalej jako: „PFU”,
- niespełnieniu wymagania z punktu 2.2.2. podpunkt 11 PFU,
- niespełnieniu wymagania z punktu 2.2.2. podpunkt 12 PFU.

5) art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnione zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na zaniechaniu wezwania JFC do wyjaśnień treści oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych,

6) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnione zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty EMKAN w sytuacji, gdy wykonawca ten nie przedłożył pełnych raportów z badań przeprowadzonych w laboratorium notyfikowanym przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie: <http://ec.europa.eu/> wg procedur określonych w normie EN 12566-3: 2005+A2:2013 oraz Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) zgodnej z obowiązującymi przepisami, a w zakresie skuteczności oczyszczania – zgodnej z dokumentami dostarczonymi do badania, co byłoby potwierdzone przez laboratorium notyfikowane lub producenta urządzeń. (tj. dokumentów przedmiotowych wymaganych treścią V.21.1. lit. a i c SWZ i w konsekwencji nie potwierdził spełnienia warunków zamówienia,

7) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnione zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty EMKAN, co przejawia się w niespełnieniu wymagania:

- aby oczyszczalnia składała się z jednego zbiornika, bez osadnika wstępnego (komory wstępnej, innego zbiornika lub miejsca, w którym zachodzą procesy gnilne),
- dotyczących montażu urządzeń bez dodatkowych zabezpieczeń,
- aby oczyszczalnia posiadała możliwość wykonania wlotu ścieku surowego pod dowolnym kątem do wylotu ścieku oczyszczonego oraz aby do DTR (o ile nie zawiera)dołączyć schematy, rysunki i rzeczywiste zdjęcia potwierdzające parametr,
- w zakresie usuwania osadu w inny sposób niż wozem asenizacyjnym

oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

W świetle powyższych zarzutów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia mają istotny wpływ na wynik postępowania, a konsekwencji odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty JFC jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert, w ramach której zamawiający:
  - a. w odniesieniu do zarzutu 1, 3, 4 odrzuci ofertę JFC z powodu niezgodności z warunkami zamówienia i dokona ponownej oceny ofert bez uwzględniania oferty JFC,
  - b. w odniesieniu do zarzutu 5 – wezwie JFC do wyjaśnień treści oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych,

c. w odniesieniu do zarzutu 6, 7 odrzuci ofertę EMKAN z powodu niezgodności z warunkami zamówienia i dokona ponownej oceny ofert bez uwzględniania oferty EMKAN,

d. w odniesieniu do zarzutu 2 udostępni dokumenty niezasadnie zastrzeżone przez JFC jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwolujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku (szkody), gdyż objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia objętego postępowaniem i jego realizację. Co prawda oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzeciej pozycji w rankingu ofert, jednak zarówno zaniechanie odrzucenia przez zamawiającego oferty JFC, która została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, jak i oferta złożonej przez wykonawcę EMKAN, która została sklasyfikowana na drugiej pozycji, są kwestionowane przez odwołującego w postępowaniu odwoławczym. Oferty te są bowiem niezgodne z warunkami zamówienia. Gdyby więc zamawiający nie dokonał wadliwej czynności polegającej na zaniechaniu odrzucenia tych ofert, to w takim wypadku oferta odwołującego byłaby najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Zatem nieuzasadnione czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie zamówienia publicznego, przez co odwołujący może ponieść szkodę majątkową równą korzyściom, jakich spodziewał się uzyskać w wyniku realizacji zamówienia. Prawidłowe czynności zamawiającego powinny polegać na dokonaniu badania i oceny ofert bez uwzględniania ofert JFC oraz EMKAN, które to oferty powinny zostać odrzucone z powodu niezgodności z warunkami zamówienia. Wszystkie te czynności powinny doprowadzić zamawiającego do wniosku, że to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza w postępowaniu.

Zamawiający nie odniósł się do zarzutów odwołania. Nie wniósł odpowiedzi na odwołanie i nie był obecny na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: JFC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Karpinie, A.C.. Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 16 stycznia 2024 roku wnieśli o oddalenie odwołania w całości.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, polegające na zaprojektowaniu, dostawie, budowie i uruchomieniu przydomowych biologicznych oczyszczalni ścieków (PBOŚ) spełniających wymogi normy PN-EN12566-3:+A2:2013 lub równoważnej.

*Dowód: SWZ*

Oferty w postępowaniu złożyło czterech wykonawców – odwołujący, przystępujący, EMKAN, ECO-TEAM spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa.

*Dowód: protokół postępowania*

Zamawiający dnia 20 grudnia 2023 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez przystępującego. Na drugiej pozycji sklasyfikowana została oferta EMKAN, a na trzecim miejscu – oferta złożona przez odwołującego. Oferta ECO-TEAM została odrzucona.

*Dowód: pismo z dnia 20 grudnia 2023 roku*

Zamawiający w treści punktu 2.2.2. podpunkt 3 PFU (strona 9) wymagał, aby: „Oczyszczalnia ścieków ma się składać z jednego zbiornika, bez osadnika wstępnego (komory wstępnej, innego zbiornika lub miejsca w którym zachodzą procesy gnilne)”.

Zamawiający w treści punktu 2.2.2. podpunkt 11 PFU („Wymagane parametry techniczne”) wymagał, aby zbiornik oczyszczalni musi posiadać wytrzymałość gwarantującą prawidłową pracę oczyszczalni z posadowieniem wlotu co najmniej 1,2 m p.p.t. bez dodatkowych zabezpieczeń. Parametr ten musi być potwierdzony w raporcie z badań zgodnym z Normą PN EN 12566, wystawionym przez laboratorium notyfikowane oraz w Deklaracji właściwości użytkowych wystawionej przez producenta oczyszczalni.

Zgodnie z treścią wyjaśnień do SWZ z dnia 17.10.2023 r. „Zamawiający, uzna warunek za spełniony, jeżeli parametr będzie potwierdzony w jednym z poniższych dokumentów:

- Raport z badań,
- Deklaracja właściwości użytkowych,

- Dokumentacja Techniczno- Ruchowa (DTR).

*Dowód: PFU*

Zamawiający w treści punktu 2.2.2. podpunkt 12 PFU („Wymagane parametry techniczne”) wymagał: „Oczyszczalnia musi posiadać możliwość wykonania wlotu ścieku surowego pod dowolnym kątem do wylotu ścieku oczyszczonego. Wymaga się, aby parametr techniczny był potwierdzony w Raporcie z badań PBOŚ, zgodnym z Normą PN EN 12566 lub w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) Zamawiający wymaga, aby do DTR dołączyć schematy rysunki i rzeczywiste zdjęcia potwierdzające parametr.”

*Dowód: PFU*

Zgodnie z wyjaśnieniami treści SWZ z dnia 17.10.2023 r.:

„Pytanie 6

Zamawiający wymaga „Oczyszczalnia musi posiadać możliwość wykonania wlotu ścieku surowego pod dowolnym kątem do wylotu ścieku oczyszczonego. Wymaga się, aby parametr techniczny był potwierdzony w Raporcie z badań PBOŚ, zgodnym z Normą PN EN 12566 lub w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR)”. Czy Zamawiając będzie wymagał, żeby do DTR dołączyć schematy, rysunki i rzeczywiste zdjęcia potwierdzające parametr?

Odpowiedź:

Tak, Zamawiający będzie wymagał, aby do DTR (o ile nie zawiera) dołączyć schematy, rysunki i rzeczywiste zdjęcia potwierdzające parametr.”.

*Dowód: wyjaśnienia treści SWZ z 17.10.2023 r.*

W wyjaśnieniach SWZ z 26.10.2023 r., w odpowiedzi na pytanie nr 2 zamawiający wskazał: „Wykonawca, w przypadku zamiaru zastosowania rozwiązań równoważnych zobowiązany jest wskazać te rozwiązania i wykazać, za pomocą dowolnych środków dowodowych, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone opisie przedmiotu zamówienia. Ciężar udowodnienia równoważności spoczywa na Wykonawcy. W takiej sytuacji w/w dokumenty będą stanowiły przedmiotowe środki dowodowe, a Wykonawca składa je wraz z ofertą”.

*Dowód: wyjaśnienia treści SWZ z 26.10.2023 r.*

Zgodnie z treścią punktu V.21.1. lit. a SWZ zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych: Pełnych raportów z badań przeprowadzonych w laboratorium notyfikowanym przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie: <http://ec.europa.eu/> wg procedur określonych w normie EN 12566-3: 2005+A2:2013. Stosownie natomiast do brzmienia punktu V.21.1. lit. c SWZ, zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych: Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) zgodnej z obowiązującymi przepisami. W zakresie skuteczności oczyszczania, DTR ma być zgodna z dokumentami dostarczonymi do badania – potwierdzone przez laboratorium notyfikowane lub producenta urządzeń.

Zgodnie z SWZ rozdział XIII ust. 6e wymóg brzmiał „W zakresie skuteczności oczyszczania, DTR ma być zgodna z dokumentami dostarczonymi do badania – potwierdzone przez laboratorium notyfikowane lub producenta urządzeń”.

*Dowód: SWZ*

Przystępujący złożył zgodnie z wymogami zamawiającego oświadczenie, że załączona Dokumentacja Techniczno-Ruchowa (DTR) oczyszczalni Hydro-cycle (w szczególności instrukcja obsługi), w zakresie skuteczności oczyszczania jest zgodna z dokumentami dostarczonymi do badania wykonanego przez laboratorium notyfikowane.

W złożonej przez przystępującego DTR – „Instrukcja montażu” znajduje się zapis: „Zbiornik oczyszczalni posiada wytrzymałość gwarantującą prawidłową pracę oczyszczalni z posadowieniem wlotu co najmniej 1,2 m p.p.t. bez dodatkowych zabezpieczeń”.

Przystępujący przedstawił Instrukcje, gdzie na stronie 11 Instrukcji obsługi zawarto następującą informację „Standardowo wlot i wylot ścieków znajdują się po przeciwnych stronach zbiornika przydomowej oczyszczalni ścieków. Korekty kąta pomiędzy wlotem, a wylotem ścieków w przedziale 15-45 stopni zwykle wykonujemy za pomocą kolan kanalizacyjnych. W przypadku szczególnie trudnych warunków montażu, związanych np. z brakiem miejsca na działce, w sytuacji gdy niezbędne jest usytuowanie wlotu ścieków surowych i wylotu ścieków oczyszczonych pod kątem większym niż 45 stopni, na życzenie klienta możemy dostosować wlot i wylot do wymaganych parametrów – korpus

zbiornika umożliwiają ich wykonanie w dowolnym miejscu". Ponadto Instrukcja na stronie zawiera schematy, rysunki i rzeczywiste zdjęcia potwierdzające wskazany parametr - strona nr 3, 7, 12, 13, 15, 16, 19.

*Dowód: przedmiotowe środki dowodowe złożone przez przystępującego*

Zamawiający wymagał w treści kolumny 3 zawartej w tabeli pn. „tabela cen jednostkowych” w punkcie C.1.2 formularza ofertowego wskazania następujących parametrów oferowanej oczyszczalni: „Przepustowość oczyszczalni – typ”.

Jednocześnie w treści formularza ofertowego wskazano: „tabelę cen jednostkowych należy wypełnić wg wymaganej przepustowości oczyszczalni w zależności od liczby osób w gospodarstwie określonej w PFU”

*Dowód: formularz ofertowy – załącznik do SWZ*

Przystępujący w formularzu ofertowym w kolumnie 3 wskazał jedynie przepustowość oferowanej oczyszczalni.

*Dowód: formularz ofertowy przystępującego*

Pismem z dnia 20 listopada 2023 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty między innymi w następującym zakresie: „W formularzu ofertowym punkt C.1.2) – Tabela cen jednostkowych, Wykonawca w kolumnie 3 („Przepustowość oczyszczalni typ”). Wykonawca wpisał jedynie przepustowość. Należy podać konkretny typ zaproponowanej oczyszczalni.”

*Dowód: pismo z 20.11.2023 r.*

Pismem z dnia 26 listopada 2023 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

„W żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie napisał co rozumie jako typ. Zapis znajdujący się w formularzu ofertowym „Przepustowość oczyszczalni – typ” Wykonawca zrozumiał jako typ przepustowości oczyszczalni. Dopiero teraz w wyniku wezwania i sprecyzowania, że należy podać konkretny typ zaproponowanej oczyszczalni, Wykonawca podejrzewa, że Zamawiającemu może zależeć na informacji na temat rodziny i/lub modelu oferowanej oczyszczalni. W normie 12566-3, której spełnienia wymagał Zamawiający nie istnieje definicja „typu”, a „rodziny” i „modelu” oczyszczalni. W żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie postawił wymogu co do podania w ofercie „typu”, „modelu”, rodziny” oczyszczalni. Zaoferowaliśmy zgodnie ze złożonymi już dokumentami przedmiotowymi rodzinę oczyszczalni Hydrocycle, model HC1, HC2. Ewentualnie jako typ oczyszczalni Zamawiający może określa technologię pracy oczyszczalni? Zgodnie ze złożonymi dokumentami przedmiotowymi, zaoferowana oczyszczalnia pracuje w technologii osadu czynnego i złoża biologicznego. Jeśli oczekuje Zamawiający innej informacji jako „typ”, proszę zdefiniowanie tego pojęcia.

*Dowód: pismo z 26.11.2023 r.*

Pismem z dnia 6 listopada 2023 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia przedmiotowych środków dowodowych.

*Dowód: pismo z 06.11.2023 r.*

Przy piśmie z dnia 13 listopada 2023 roku, przystępujący złożył m.in. przedmiotowe środki dowodowe tj. pełne raporty z badań przeprowadzonych w laboratorium notyfikowanym przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie: <http://ec.europa.eu/> wg procedur określonych w normie EN 12566-3:2005+A2:2013, deklarację Właściwości Użytkowych (DWU), Dokumentację Techniczno-Ruchową.

Jednocześnie przystępujący wskazał, co następuje:

„Wraz z przekazaniem wskazanych informacji (zwanych dalej łącznie także: „informacjami”) Wykonawca zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane w związku z tym, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233). Wobec powyższego, na podstawie art. 18 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) wykazuję, że informacje objęte ww. zastrzeżeniem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), dalej: „u.z.n.k.”, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub

rozporządzenia nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności..

Odnosząc powyższy przepis do okoliczności niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przekazanych informacji, w szczególności zważywszy na uczynione zastrzeżenie, wyjaśniam, że informacje mają charakter stricte technologiczny, bowiem szczegółowo i precyzyjnie opisują przedmiot zamówienia zaoferowany przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu. Ujawnienie opisu stosowanych technologii i mechanizmów pozostaje nader celowe, słuszne i jest uzasadnione regulami wymuszonymi przez podmioty działające wspólnie na branżowym rynku.

Zastrzeżone informacje, zgodnie ze stanem na dzień uczynienia zastrzeżenia, nie zostały udostępnione publicznie, nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji oraz nie są łatwo dostępne dla takich osób, bowiem Wykonawca podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. W tym miejscu pozwalam sobie zwrócić uwagę Zamawiającego, iż rzeczony zastrzeżenie zostało dokonane przez Wykonawcę celowo, z rozważą i dostatecznym rozeznaniem. Taki stan rzeczy powodowany jest wolą, aby oznaczone informacje zachowały przymiot niezbędnej im poufności. Wykonawca podejmuje wszelkie działania, aby informacje nie trafiły do wiadomości i wiedzy ogółu zainteresowanych odbiorców, a zwłaszcza dociekliwych konkurentów. Wskazując na powyższe czynności i czynione starania wyjaśniam, że polegają one m.in. na konsekwentnej praktyce opatrywania informacji - w formie przedstawionej Zamawiającemu - klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jak również w tradycyjnych kontraktach, oraz wprowadzaniu postanowień mających na celu zobowiązanie kontrahentów do zachowania tychże informacji w poufności. Co więcej wskazuję, iż rzeczona, szczególna staranność wyraża się m.in. w wymaganiu od pracowników mających dostęp do informacji do zachowania ich w nienaruszonym stanie poufności.

Co więcej w ocenie Wykonawcy nie może budzić wątpliwości, że ewentualne uzyskanie przez konkurentów istotnych, elementarnych i podstawowych informacji o rozwiązaniach technicznych i technologicznych stosowanych w proponowanych oczyszczalniach mogłoby narazić Wykonawcę na realne, znaczące straty tak w wymiarze finansowym, jak również w aspekcie perspektyw gospodarczego rozwoju Wykonawcy, uniemożliwiając i związany z tym nierozzerwalnie kosztochłonny i czasochłonny proces pozyskiwania nowych podmiotów spośród rozmaitych grup klientów.

Jednocześnie Wykonawca informuje, że czynem nieuczciwej konkurencji jest ujawnienie, wykorzystanie lub pozyskanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 11 ust. 1 u.z.n.k.). Na podstawie art. 18 ust. 1 u.z.n.k. w razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji, przedsiębiorca, którego interes został zagrożony lub naruszony, może żądać:

- 1) zaniechania niedozwolonych działań;
- 2) usunięcia skutków niedozwolonych działań;
- 3) złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie;
- 4) naprawienia wyrządzonej szkody, na zasadach ogólnych;
- 5) wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści, na zasadach ogólnych;
- 6) zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej lub ochroną dziedzictwa narodowego - jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji był zawiniony.

W razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na naruszeniu tajemnicy przedsiębiorstwa sąd na wniosek uprawnionego, może zobowiązać pozwanego do podania do publicznej wiadomości informacji o wyroku albo treści wyroku, w oznaczony sposób i w oznaczonym zakresie, jeżeli jest to uzasadnione ze względu na okoliczności dokonania czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności sposób dokonania czynu, wartość informacji, których dotyczył czyn, skutek czynu oraz prawdopodobieństwo dokonania czynu nieuczciwej konkurencji w przyszłości, a w przypadku, jeżeli pozwanym jest osoba fizyczna - jeżeli dodatkowo nie sprzeciwia się temu uzasadniony interes pozwanego, w szczególności względem na ochronę jego dóbr osobistych. Sposób i zakres podania do publicznej wiadomości informacji o wyroku albo treści wyroku nie może prowadzić do ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto W razie dokonania czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na naruszeniu tajemnicy przedsiębiorstwa uprawniony może żądać, zamiast odszkodowania określonego w art. 18 ust. 1 pkt 4 u.z.n.k., naprawienia szkody przez zapłatę sumy pieniężnej w wysokości odpowiadającej wynagrodzeniu, które w chwili jego dochodzenia byłoby należne tytułem udzielenia przez uprawnionego zgody na korzystanie z informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Niezależnie od odpowiedzialności cywilnoprawnej ustawodawca ustanowił odpowiedzialność karną tego kto, wbrew ciążącemu na nim obowiązki w stosunku do przedsiębiorcy, ujawnia innej osobie lub wykorzystuje we własnej

działalności gospodarczej informację stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy. W takim wypadku sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2 (art. 23 u.z.n.k.).”

*Dowód: pismo z 13.11.2023 r.*

Pismem z dnia 7 grudnia 2023 roku zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień pismem następującej treści:

„Wójt Gminy Łęki Szlacheckie, działając zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710), wzywa wykonawców JFC Polska Sp. z o.o. ul. Białostocka 1, 05-252 Karpin i Greenline A.C., ul. Romualda Traugutta 45, 07-410 Ostrołęka, zwraca się do Państwa o wyjaśnienie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji składanych w postępowaniu.

Wykonawca JFC Polska Sp. z o.o. w odpowiedzi (z dnia 13.11.2023r.) na wezwanie do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych wskazał, że informacje i dokumenty zawarte w plikach „raporty z badań” stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i że nie mogą być one udostępniane. W związku z wystąpieniem przez jednego z oferentów z wnioskiem o dostęp do dokumentacji postępowania wnosimy o uzasadnienie i jednoznaczne wykazanie, że informacje oznaczone jako „tajemnica przedsiębiorstwa” podlegają ochronie w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Aby wykazać zasadność zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca jest zobowiązany wykazać łącznie wystąpienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie informujemy, że z informacji jakie przedłożył oferent wnioskujący o dostęp do dokumentów postępowania wynika, iż utajnione raporty były już udostępniane nie będąc objęte zastrzeżeniem dostępu. Zamawiający powziął wątpliwość czy pliki objęte klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, we wcześniejszym okresie a co za tym idzie nie zostałyby spełniona jedna z przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym wnosimy o określenie czy pliki złożone w powyższym postępowaniu przetargowym oznaczone jako „tajemnica przedsiębiorstwa” były już udostępniane bez objęcia ich takową klauzulą.

Niewykazanie przez wykonawcę zasadności zastrzeżenia oznacza, że wykonawca rezygnuje w postępowaniu o udzielenie zamówienia z ochrony informacji, określonych jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym, treść ww. plików podlega udostępnieniu w całości.”

*Dowód: pismo z 07.12.2023 r.*

Pismem z dnia 12 grudnia 2023 roku przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

„W związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pn. „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Łęki Szlacheckie”, w nawiązaniu do wezwania do wyjaśnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji składanych w postępowaniu z dnia 7 grudnia 2023 roku, Wykonawca przejmie wyjaśnia:

Wraz z przekazaniem raportów z badań na zgodność z normą 12566-3 (zwanymi dalej łącznie także: „informacjami”) Wykonawca zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane w związku z tym, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233).

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), dalej: „u.z.n.k.”, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Podobnie również tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z dnia 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem (Dz. U. UE. L. z 2016 r. Nr 157, str. 1),, zgodnie z którym „tajemnica przedsiębiorstwa” oznacza informacje, które spełniają wszystkie następujące wymogi:

- a) są poufne w tym sensie, że jako całość lub w szczególnym zestawie i zbiorze ich elementów nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji;
- b) mają wartość handlową dlatego, że są objęte tajemnicą;
- c) poddane zostały przez osobę, która zgodnie z prawem sprawuje nad nimi kontrolę, rozsądnym, w danych okolicznościach, działaniom dla utrzymania ich w tajemnicy.

Odnosząc powyższe przepisy do okoliczności niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz przekazanych informacji, w szczególności zważywszy na uczynione zastrzeżenie, wyjaśniam, że informacje mają charakter stricte technologiczny, bowiem szczegółowo i precyzyjnie opisują przedmiot zamówienia zaoferowany przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu. Ujawnienie opisu stosowanych technologii i mechanizmów pozostaje nader celowe, słuszne i jest uzasadnione regulami wymuszonymi przez podmioty działające wspólnie na branżowym rynku. Informacje posiadają wartość gospodarczą, bowiem są wynikiem wieloletnich badań, a ich wykorzystanie przez innego przedsiębiorcę zaoszczędziłoby mu wydatków na badania lub zwiększyłoby zyski w związku z wprowadzeniem innowacyjnego produktu, a tym samym pozwoliłoby pozyskać nowych klientów. Zastrzeżone informacje obejmują całość wiadomości dotyczących urządzeń produkowanych przez przedsiębiorcę, związanych z cyklem produkcyjnym i dotyczą sposobu ich wytwarzania i stosowanych metod działania.

Zastrzeżone informacje, jako całość nie są ogólnie znane lub łatwo dostępne dla osób z kręgów, które zwykle zajmują się tym rodzajem informacji. Co to oznacza w praktyce? Między innymi to, że nawet jeżeli pojedyncze informacje zostały ujawnione, to zebranie ich w całość, może uzasadniać objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Trzeba zauważyć, że pewne dane mogą uzyskać wartość gospodarczą dopiero gdy są zestawione z innymi informacjami (np. jawne dane dotyczące rodziny oczyszczalni zestawione z poufnymi danymi dotyczącymi szczegółowych informacji produkcyjnych).

Warto wskazać, że jeszcze przed zmianą art. 11 Ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233.), Izba potrafiła odwoływać się do takiego rozumienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Choćby w wyroku z dnia 13 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2421/17, wskazano, że „Co do zasady, pojedyncze informacje o parametrach technicznych nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, ale zbiór pojedynczych parametrów już może stanowić informację stanowiącą tajemnicę”.

Co więcej jawność informacji należy odnosić do stanu wiedzy osób, które zajmują się danym rodzajem informacji, a zatem przedstawicieli danego środowiska/branży. Dla przykładu, pewne dane dotyczące parametrów technicznych urządzeń mogą nie być dostępne dla ogółu społeczeństwa, jednak przedstawiciele danej branży np. produkcyjnej będą w stanie bez większego problemu je uzyskać czy ustalić samodzielnie.

Zastrzeżone informacje, jako całość nie zostały podane do publicznej wiadomości i podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Nie istnieją również inne źródła, z których można uzyskać te informacje w takim zestawie i w taki sposób, w jaki zostały złożone w ofercie. W tym miejscu pozwalam sobie zwrócić uwagę Zamawiającego, iż rzeczony zastrzeżenie zostało dokonane przez Wykonawcę celowo, z rozważą i dostatecznym rozeznaniem. Taki stan rzeczy powodowany jest wolą, aby oznaczone informacje zachowały przymiot niezbędnej im poufności.

Wykonawca podejmuje wszelkie działania, aby informacje nie trafiły do wiadomości i wiedzy ogółu zainteresowanych odbiorców, a zwłaszcza dociekliwych konkurentów. Wskazując na powyższe czynności i czynione starania wyjaśniam, że polegają one m.in. na konsekwentnej praktyce opatrywania informacji – w formie przedstawionej Zamawiającemu - klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jak również w tradycyjnych kontraktach, oraz wprowadzaniu postanowień mających na celu zobowiązanie kontrahentów do zachowania tychże informacji w poufności. Co więcej wskazuję, iż rzeczona, szczególna staranność wyraża się m.in. w wymaganiu od pracowników mających dostęp do informacji do zachowania ich w nienaruszonym stanie poufności.

Jednocześnie wskazać należy, że JFC Polska Sp. z o.o. podejmuje wiele wewnętrznych działań i środków dla ochrony informacji na każdym poziomie funkcjonowania przedsiębiorstwa, m.in. poprzez:

1.Szkolenia:

- a) dotyczące zachowania poufności;
- b) szkolenia z obowiązujących pracowników wewnętrznych procedur, które zobowiązują do bezwzględnego zachowania poufności informacji dotyczących firmy oraz wykonywanych usług,

2. Poświadczenia zachowania poufności. Wszyscy pracownicy oraz współpracownicy zobowiązani są zachować i chronić poufność informacji dotyczących firmy oraz ujawniać te informacje wyłącznie w uprawnionych celach i zgodnie z obowiązującymi przepisami,

3. Ograniczony dostęp do informacji. Organizacja wewnętrzna zapewnia dostęp do informacji przetargowych, dokumentów opracowywanych na potrzeby składania ofert, jak również przebiegu realizacji umów tylko uprawnionym osobom. Pracownicy są szkoleni przez swoich przełożonych w zakresie bezpiecznego przekazywania danych oraz użytkowania np. internetu. Ponadto Wykonawca stosuje wielopoziomowe zabezpieczenia w dostępie do kluczowych informacji zapisanych w systemach informatycznych.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca prawidłowo skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, jak również zastrzeżone informacje spełniają wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k, tym samym wnosimy o niedostępność tych informacji osobom nieuprawnionym. W opinii Wykonawcy powyższe informacje związane z działalnością firmy niewątpliwie stanowią kategorie danych, mających z jego perspektywy charakter poufny, których ujawnienie mogłoby pociągać za osobą negatywne konsekwencje dla jego pozycji rynkowej.

Warto również zwrócić uwagę na art. 21 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 94, str. 65 z późn. zm.), zgodnie z którym; „ O ile nie przewidziano inaczej [...] dana instytucja zamawiająca, w szczególności w przepisach dotyczących dostępu do informacji, a także bez uszczerbku dla obowiązków związanych z podawaniem do wiadomości publicznej informacji o udzielonych zamówieniach oraz z udostępnianiem kandydatom i oferentom informacji określonych w art. 50 i 55, instytucja zamawiająca nie ujawnia informacji przekazanych jej przez wykonawców i oznaczonych przez nich jako poufne, w tym między innymi tajemnic technicznych lub handlowych oraz poufnych aspektów ofert.”

Mając na uwadze, że ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa może mieć istotne znaczenie, zastrzegamy sobie prawo do złożenia Zamawiającemu dodatkowych wyjaśnień, jeżeli udzielone wyjaśnienia w jakimkolwiek zakresie będą budzić wątpliwości Zamawiającego lub będą wymagały doprecyzowania. W związku z powyższym, przed podjęciem decyzji o odtajnieniu którejkolwiek z informacji objętych zastrzeżeniem zgodnie z naszym oświadczeniem, uprzejmie prosimy o wcześniejsze poinformowanie nas o zakresie, w jakim budzi to Państwa wątpliwości i umożliwienie nam ustosunkowania się do podjętej decyzji lub skorzystania ze środków ochrony prawnej w tym zakresie.”

*Dowód: pismo z 12.12.2023 r.*

Zgodnie z treścią punktu V.21.1.c SWZ, wykonawcy mieli obowiązek złożenia wraz z ofertą Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) zgodnej z obowiązującymi przepisami. W zakresie skuteczności oczyszczania, DTR ma być zgodna z dokumentami dostarczonymi do badania – potwierdzone przez laboratorium notyfikowane lub producenta urządzeń.

*Dowód: SWZ*

Wykonawca K.M., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EMKAN-PRO K.M. („EMKAN”) zaoferował w postępowaniu urządzenia z rodziny M-BOŚ Plus w konfiguracji 4 i 6. Wykonawca ten w innym postępowaniu, prowadzonym przez Gminę Kamionka złożył raport nr 753500728/2013/2 oraz sformułowane w punkcie 1 uzupełnienia: „Laboratorium wskazuje, że wyniki skuteczności zostały umieszczone w raporcie 753500728/2013/2” wskazuje na badanie oczyszczalni M-Boś Plus 4 jako najmniejszej z rodziny. EMKAN dołączył również oświadczenie w Gminie Kamionka z dnia 01.08.2019r. o treści: „jako producent oczyszczalni oświadczam, że (...) jest zgodna z dokumentami przedstawionymi do badania w laboratorium notyfikowanym” oraz w Gminie Łęki Szlacheckie z dnia 29.10.2023 r. o treści: „jako producent oczyszczalni oświadczam, że (...) jest zgodna z dokumentami przedstawionymi do badania w laboratorium notyfikowanym. Dostarczony do postępowania w Gminie Kamionka Raport z badań i oceny właściwości wyrobu Nr LK- 01-1123/14/Z00NK dotyczy urządzenia M-BOŚ PLUS 50, czyli największej oczyszczalni z rodziny Załączona do postępowania w Gminie Łęki Szlacheckie Dokumentacja Techniczno-Ruchowa w punkcie 3 „Budowa i zasada działania oczyszczalni typu M-BOŚ Plus” zawiera informacje tylko dotyczące urządzeń: M-BOŚ Plus 4, M-BOŚ Plus 6, nie dotyczy natomiast całej rodziny urządzeń. W Deklaracji Właściwości Użytkowych nr 01/M-BOŚ PLUS/2021 w punkcie 7 widnieje informacja, że sporządzona została ona na podstawie raportów z badań nr 2431/15/Z00NP, 753501267a/2/2016, LZK00-00708/21/Z00NZK. Raport z badań nr 753501267a/2/2016 w punkcie 4 zawiera wykaz dokumentów wykorzystanych do sporządzenia raportu z przeprowadzenia testu i zawiera on cztery raporty o numerach: 753500481/2011, 753500728/2013/2, 753500728/2013/2 oraz 753500728/02, które nie zostały załączone do oferty.

Zamawiający na stronie 9 PFU wymagał, aby oczyszczalnia składała się z jednego zbiornika, bez osadnika wstępnego (komory wstępnej, innego zbiornika lub miejsca, w którym zachodzą procesy gnilne). Wymaganie zostało potwierdzone w odpowiedzi na pytania z dnia 24.10.2023 r. Zamawiający wymagał również napowietrzania: ciągłego, wymuszonego, bez możliwości sterowania automatycznego i ręcznego.

EMKAN zadeklarował spełnienie wymagań SWZ stosownym oświadczeniem wstępnym. Jak wynika natomiast z załączonej przez EMKAN w Postępowaniu Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (część dotycząca zasad działania oczyszczalni): „(...) Gazy powstające podczas procesu oczyszczania odprowadzane są z osadnika gnilnego i bioreaktora poprzez system wentylacji”. Zgodnie z zaleceniami należy: „Zdjąć ostrożnie pokrywę wjazdu rewizyjnego (czynność wykonywać powoli, aby umożliwić stopniowy wypływ gazów oraz dobre przewietrzenie osadnika co ułatwi pracę osoby wykonującej czynności serwisowe).

W odniesieniu do wymogu dotyczącego braku dodatkowych zabezpieczeń zamawiający wymagał, aby możliwe było zagłębienie bez zabezpieczeń. Jak wynika natomiast z dokumentów przedłożonych przez EMKAN w postaci raportu z badań nr LZK00-00708/21/Z00NZK (strona 5, punkt 1.3. Opis Sposobu Montażu Zbiornika): „(...) nasypka wykonana jest piaskiem zagęszczanym do wysokości 0,3m oraz gruntem rodzimym lub opcjonalnie mieszanką cementowo-piaskową. W przypadku gruntów z ilów lub gliny zaleca się wykonanie nasypki cementowo-piaskowej”.

W odniesieniu do wymogu dotyczącego możliwości wykonania wlotu ścieku surowego pod dowolnym kątem do wylotu ścieku oczyszczonego i nieprzedłożenie schematów, rysunków i rzeczywistych zdjęć zamawiający w punkcie 12 na stronie 10 PFU wymagał, aby oferowana oczyszczalnia posiadała możliwość wykonania wlotu ścieku surowego pod dowolnym kątem do wylotu ścieku oczyszczonego. Zamawiający wymagał także, aby ten parametr techniczny był potwierdzony w raporcie z badań PBOŚ, zgodnym z Normą PN EN 12566 lub w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR). Dodatkowo w odpowiedzi na pytania z dnia 17.10.2023 r. Zamawiający wskazał, że będzie wymagał, aby do DTR (o ile nie zawiera) dołączyć schematy, rysunki i rzeczywiste zdjęcia potwierdzające parametr.

EMKAN nie załączył do oferty schematów, rysunków i rzeczywistych zdjęć potwierdzających spełnienie przedmiotowego wymogu w zakresie możliwości wykonania wlotu ścieku surowego pod dowolnym kątem do wylotu ścieku oczyszczonego.

W odniesieniu do wymogu dotyczącego usuwania osadu w inny sposób niż wozem asenizacyjnym – jak wynika z DTR przedłożonej przez EMKAN w postępowaniu: „(...) oczyszczalnia jest przystosowana do usuwania osadu nadmiernego również bez konieczności dojazdu wozu asenizacyjnego”.

Dokumentacja Techniczno-Ruchowa (DTR) w punkcie „Montaż oczyszczalni” wskazuje: „(...) Włazy powinny wystawać ponad powierzchnię terenu i być dostępne w stopniu umożliwiającym dojazd i okresową obsługę techniczną taboru asenizacyjnego.”

W punkcie „Usuwanie osadów z zachowaniem stałego poziomu cieczy” wskazano: „(...) W przypadku wyższego niż zalecany poziomu osadu nadmiar należy odpompować z dna komory II – osadnika wtórnego za pomocą wozu asenizacyjnego.”

W DTR brak jest informacji oraz instrukcji usuwania osadu w inny sposób aniżeli we wskazanym zakresie dotyczącym konieczności usuwania nadmiernego osadu przy wykorzystaniu wozu asenizacyjnego.

*Stan faktyczny w zakresie zarzutów dotyczących oferty wykonawcy EMKAN Izba ustaliła na podstawie informacji wskazanych w odwołaniu, na zasadzie art. 533 ust. 2 ustawy P.z.p.*

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwolanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnione zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego i dokonaniu wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, co przejawia się w niewskazaniu w ofercie typu oferowanych urządzeń.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający wymagał, by wykonawca w formularzu ofertowym, w treści kolumny 3, zawartej w tabeli pn. „tabela cen jednostkowych” w punkcie C.1.2 formularza ofertowego, wskazał

„Przepustowość oczyszczalni – typ”. Jednocześnie w treści wzoru formularza ofertowego zamawiający poinformował, że: „tabelę cen jednostkowych należy wypełnić wg wymaganej przepustowości oczyszczalni w zależności od liczby osób w gospodarstwie określonej w PFU”.

Postawiony w odwołaniu zarzut dotyczy tego, że przystępujący w złożonym formularzu ofertowym nie wskazał w kolumnie 3 typu oczyszczalni. Uczynił to dopiero w wyniku wezwania zamawiającego. Fakt niewskazania w ofercie przystępującego typu oczyszczalni stanowi – w ocenie odwołującego – podstawę do odrzucenia oferty przystępującego.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. W szczególności Izba wskazuje, że opis kolumny trzeciej tabeli zawartej w formularzu ofertowym jest na tyle niejasny, iż można go zinterpretować zarówno jako typ oczyszczalni, jak i typ przepustowości. Zważywszy zaś na okoliczność, iż – zgodnie z treścią informacji zawartej pod tabelą – tabelę należy wypełnić według wymaganej przepustowości oczyszczalni, a także faktu, iż przepustowość oczyszczalni określa się na podstawie parametrów, nie zaś typu, przystępujący miał podstawy, by przyjąć, iż w opisywanej sytuacji wystarczy, gdy w tabeli wpisze parametry przepustowości.

Jednocześnie odwołujący nie wykazał, by zamawiający w treści SWZ zdefiniował pojęcie „typ oczyszczalni”, która to definicja byłaby obowiązująca dla uczestników tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie wykazał także, by takie pojęcie istniało w języku branżowym i było powszechnie używane i obowiązujące w przedmiotowej dziedzinie. Nieuprawnione – w ocenie Izby – jest również twierdzenie, iż w takim przypadku należy posłużyć się znaczeniem spornego sformułowania, funkcjonującym w języku potocznym. Oczywistym jest bowiem, iż w przypadku specjalistycznych określeń funkcjonujących w danej branży, potoczne znaczenie poszczególnych wyrażeń może mieć jedynie zadanie uzupełniające, ale nie bezwzględnie obowiązujące.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu pozostaje tu okoliczność, iż inni wykonawcy wpisali do tabeli typy oferowanych przez nich oczyszczalni. Fakt zinterpretowania przez większość wykonawców opisu kolumny 3 tabeli w sposób odmienny niż przystępujący nie oznacza, iż wyłącznie taka interpretacja był możliwa i dopuszczalna. Izba podkreśla, że postanowienia SWZ winny być jasne i klarowne, niebudzące wątpliwości interpretacyjnych.

W sytuacji, w której możliwe są różne interpretacje zapisów s.i.w.z., zachodzi niejednoznaczność s.i.w.z. Z kolei niejednoznaczność postanowień s.i.w.z. nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców, a wszelkie wątpliwości zamawiający powinien rozstrzygać na korzyść wykonawcy - tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku o sygn. akt KIO 643/12 z dnia 16 kwietnia 2012 roku: "Badanie i ocenę ofert powinien zamawiający prowadzić z uwzględnieniem zasady, iż wszelkiego rodzaju niedopowiedzenia, niejasności, niedoprecyzowania, zawarte w postanowieniach SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. To zamawiającego obciąża obowiązek takiego przygotowania postępowania, aby postanowienia SIWZ były jednoznacznie i nie budziły wątpliwości w toku prowadzonej procedury" Z kolei Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 10 lipca 2015 r., sygn. akt. I C 2/15 stwierdził, że "Doprecyzowanie zamówienia następuje poprzez przygotowanie przez zamawiającego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - jednego z podstawowych dokumentów, niezbędnych dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego obligatoryjna treść została wskazana przez ustawodawcę w art. 36 ustawy P.z.p. (m. in. co do opisu przedmiotu świadczenia oraz sposobu obliczenia ceny). To na podstawie informacji w niej zawartych wykonawcy przygotowują swe oferty. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia od momentu jej udostępnienia jest wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, natomiast dla oferenta jest ona wiążąca od momentu złożenia oferty (art. 70<sup>1</sup> § 4 k.c.). Należy jednak podkreślić, że dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z postanowień specyfikacji, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawiają, w ocenie Sądu winny być one rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji."

Zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez niezasadne zastosowanie tego przepisu polegające na nieuwzględnieniu informacji zastrzeżonych przez JFC jako tajemnica przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała co do zasady za słuszny, niemniej jednak podlegający oddaleniu na zasadzie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.

Stosownie do art. 18 ust. 3 ustawy P.z.p., nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Tym samym, określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełniają łącznie trzy warunki:

- mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiadają wartość gospodarczą,
- informacje te jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób
- podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania poufności.

Powyższe zostało potwierdzone wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00).

Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Przedsiębiorca ma obowiązek podjęcia działań, które zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zapewnią ochronę informacji przed upowszechnieniem, czy – ściślej mówiąc – ujawnieniem. Ocena ma być dokonana *ex ante*, a nie *ex post*. Działanie przedsiębiorcy musi doprowadzić do powstania warunków stwarzających duże prawdopodobieństwo, że informacja pozostanie nieujawniona. Tak więc, dopóki sam przedsiębiorca, nie podejmie działań bezpośrednio zmierzających do zachowania danych informacji w poufności, nie można mówić o tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba podziela stanowisko odwołującego, że przystępujący nie wykazał przesłanek uzasadniających zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w złożonych przez niego przedmiotowych środkach dowodowych. Informacje wskazane jako uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia charakteryzują się bardzo wysokim stopniem ogólności i nie zostały poparte przez przystępującego jakimikolwiek dowodami.

Niemniej jednak Izba oddaliła podniesiony w tym zakresie zarzut, a to z uwagi na dyspozycję art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Odwołujący w treści odwołania podniósł, że przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa dokumenty, które miałyby stanowić raporty z badań przeprowadzonych w laboratorium notyfikowanym przez Komisję Europejską. Jednocześnie odwołujący wskazał, że przystępujący nie zastrzegł tych dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Kamionka”. Odwołujący oświadczył, że uzyskał dostęp do tych dokumentów od Gminy Kamionka, wnosząc o udostępnienie protokołu z tego postępowania. Jednocześnie odwołujący stwierdził, że każdy zainteresowany podmiot może uzyskać dostęp do tych informacji w ramach dostępu do protokołu z postępowania prowadzonego przez Gminę Kamionka. Wskazał również, że przystępujący przedkładał tożsame informacje w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, nie zastrzegając ich przy tym jako tajemnica przedsiębiorstwa. Każda zainteresowana osoba może zatem uzyskać dostęp do tych informacji bez trudu – poprzez sformułowanie do konkretnego zamawiającego wniosku o udostępnienie protokołu z postępowania wraz z załącznikami, czy też poprzez sformułowanie wniosku w trybie dostępu do informacji publicznej.

Z powyższego wynika, iż – pomimo dokonanego przez przystępującego zastrzeżenia – odwołujący posiadał nieskrępowany dostęp do zastrzeżonych dokumentów i zna ich treść (wynika to również z uzasadnienia innych podnoszonych przez odwołującego zarzutów). Co więcej, stwierdza, że wiedzę na temat treści zastrzeżonych dokumentów może uzyskać praktycznie każdy zainteresowany podmiot. Odwołujący mógł zatem dokonać oceny złożonych przez przystępującego dokumentów i podnieść wobec nich zarzuty. Tym samym nakazanie zamawiającemu dokonanie ujawnienia dokumentów zastrzeżonych przez przystępującego nie będzie miało wpływu na wynik postępowania i będzie pozostawało w sprzeczności z dyspozycją art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p.

W świetle powyższego przepisu, dla uwzględnienia odwołania, konieczne jest wykazanie dwóch przesłanek:

- 1) naruszenie przepisów ustawy oraz

2) wykazanie, że naruszenie to miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania

Z powyższego wynika, że nie każde naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy będzie skutkowało uwzględnieniem odwołania, ale tylko takie, które w sposób istotny wpłynęło lub może wpłynąć na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy rozumieć przez pryzmat pojęcia tego postępowania zdefiniowanego w art. 7 pkt 18 ustawy P.z.p., a więc jako czynność wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Innymi słowy – z wpływem naruszenia na wynik postępowania mamy do czynienia wyłącznie w sytuacji, w której uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu prowadzi lub może prowadzić do wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

W ocenie Izby uwzględnienie zarzutu, z uwagi na okoliczności zawarte w odwołaniu, nie doprowadziłoby do wyboru oferty innego wykonawcy, zatem podniesiony w tym zakresie zarzut podlegał oddaleniu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnione zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty JFC i dokonaniu wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu w sytuacji, gdy wykonawca ten nie przedłożył pełnych raportów z badań przeprowadzonych w laboratorium notyfikowanym przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie: <http://ec.europa.eu/> wg procedur określonych w normie EN 12566-3: 2005+A2:2013 oraz Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) zgodnej z obowiązującymi przepisami, a w zakresie skuteczności oczyszczania – zgodnej z dokumentami dostarczonymi do badania, co byłoby potwierdzone przez laboratorium notyfikowane lub producenta urządzeń. (tj. dokumentów przedmiotowych wymaganych treścią V.21.1. lit. a i c SWZ) i w konsekwencji nie potwierdził spełniania warunków zamówienia.

Odwolujący uzasadnił wskazany wyżej zarzut w taki sposób, że w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kamionka przystępujący oferując urządzenia Hydro-Cycle, wraz ze sprawozdaniem końcowym z badań o numerze referencyjnym: 313500862a/2019, sporządzonym przez Instytut Testów i Certyfikacji S.A. z siedzibą w Zlin w Republice Czeskiej, data wydania: 8 kwietnia 2019 r., przedłożył odmienną Dokumentację Techniczno-Ruchową, niż w postępowaniu w ramach uzupełnionych przedmiotowych środków dowodowych. W ocenie odwołującego oznacza to, że raporty nie mogą dotyczyć tych samych urządzeń, co obecna Dokumentacja Techniczno-Ruchowa, skoro z tymi samymi raportami złożona została inna Dokumentacja Techniczno-Ruchowa w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kamionka. W takim wypadku Dokumentacja Techniczno-Ruchowa nie spełnia wymogu wynikającego z treści punktu V.21.1. lit. a SWZ, zgodnie z którym DTR miała być zgodna z dokumentami dostarczonymi do badania. Skoro bowiem sprawozdanie końcowe z badań o numerze referencyjnym: 313500862a/2019, sporządzone przez Instytut Testów i Certyfikacji S.A. z siedzibą w Zlin w Republice Czeskiej, data wydania: 8 kwietnia 2019 r., było przedkładane z inną Dokumentacją Techniczno-Ruchową, to przedłożone sprawozdanie nie może być zgodne z inną, zmienioną DTR, która została złożona w niniejszym postępowaniu i jest odmienna od DTR składanych w innych postępowaniach, np. w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kamionka. W ocenie odwołującego świadczy o także o dostosowywaniu treści DTR pod wymogi konkretnego Postępowania, co jest manipulacją i co czyni ten dokument niewiarygodnym. JFC jest producentem oferowanego urządzenia, więc może bez przeszkód w każdym czasie wprowadzać zmiany w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej, co jest całkowicie niedopuszczalne i świadczy o braku jakiegokolwiek wiarygodności sporządzanych dokumentów.

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią punktu V.21.1. lit. a SWZ, zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych: pełnych raportów z badań przeprowadzonych w laboratorium notyfikowanym przez Komisję Europejską zgodnie z wykazem dostępnym na stronie: <http://ec.europa.eu/> wg procedur określonych w normie EN 12566-3: 2005+A2:2013. Stosownie natomiast do brzmienia punktu V.21.1. lit. c SWZ, zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą następujących przedmiotowych środków dowodowych: Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) zgodnej z obowiązującymi przepisami. W zakresie skuteczności oczyszczania, DTR ma być zgodna z dokumentami dostarczonymi do badania – potwierdzone przez laboratorium notyfikowane lub producenta urządzeń.

W ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W szczególności podkreślić należy, że – zgodnie ze wskazanymi wyżej postanowieniami SWZ – wykonawca miał przedłożyć raporty z badań przeprowadzonych przez właściwe laboratorium oraz Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) zgodnej z obowiązującymi przepisami, a w zakresie skuteczności oczyszczania – DTR ma być zgodna z dokumentami dostarczonymi do badania.

Z ustalonych okoliczności faktycznych wynika, że przystępujący złożył zarówno raporty z badań, jak i dokumentację techniczno-ruchową. Analiza treści złożonych raportów wraz z przedłożoną DTR nie budzi wątpliwości

Izba. W tym zakresie przystępujący spełnił zatem wymogi SWZ. Jeśli chodzi zaś o argument, że przystępujący złożył w innym postępowaniu inną DTR do tych samych raportów z badań, a także, że treść DTR złożonego w bieżącym postępowaniu została dostosowana do wymogów tego postępowania, to Krajowa Izba Odwoławcza nie jest kompetentna do badania tego rodzaju zarzutów. W sytuacji, w której odwołujący kwestionuje prawdziwość lub rzetelność złożonych przez przystępującego dokumentów, winien powiadomić o tym fakcie właściwe organy.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnione zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty JFC i dokonaniu wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, co przejawia się w:

- niespełnieniu wymagania z punktu 2.2.2. podpunkt 3 Programu Funkcjonalno-Użytkowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, dalej jako: „PFU”,
- niespełnieniu wymagania z punktu 2.2.2. podpunkt 11 PFU,
- niespełnieniu wymagania z punktu 2.2.2. podpunkt 12 PFU.

Odwołujący podniósł, że urządzenie zaoferowane przez przystępującego, nie spełnia wymogu zawartego w treści punktu 2.2.2. podpunkt 3 PFU (strona 9): „Oczyszczalnia ścieków ma się składać z jednego zbiornika, bez osadnika wstępnego (komory wstępnej, innego zbiornika lub miejsca w którym zachodzą procesy gnilne)”.

Odwołujący podniósł, że na stronie 3 instrukcji obsługi zawarto schemat określający budowę i zasady działania oczyszczalni. Wynika z niego, że napowietrzanie ścieków odbywa się w komorze II, zaś komora I jest komorą wstępną. Zatem urządzenia nie spełniają wymogu dotyczącego tego, aby oczyszczalnia składała się z jednego zbiornika, bez osadnika wstępnego (komory wstępnej, innego zbiornika lub miejsca, w którym zachodzą procesy gnilne). Urządzenia posiadają bowiem komorę I będącą komorą wstępną, w które zachodzą procesy gnilne. Dodatkowo przedłożona przez JFC w postępowaniu Instrukcja montażu na stronie 2 zawiera stwierdzenia: „Przeprowadzić wszystkie przewody ciśnieniowe i elektryczne w arocie przez fundament szafy sterowniczej; wszystkie przewody ciśnieniowe i elektryczne (...) między oczyszczalnią a szafeczką sterowniczą (...) połączyć rozdzielacz znajdujący się w skrzynce ochronnej z odpowiednimi wężami (oznaczone kolorami)(...)”. Przywołane zapisy – w ocenie odwołującego – potwierdzają fakt, że urządzenia są sterowane ręczne lub automatyczne, ponieważ zakładana jest regulacja i przepływy między komorami, w których następują różne fazy oczyszczania. Jest to niezgodne z wymogiem zamawiającego zawartym w punkcie 2.2.2. podpunkt 3 PFU i świadczy o niezgodności oferty JFC z warunkami zamówienia. Dodatkowo, jak wynika z dokumentów przedłożonych w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kamionka (instrukcja obsługi dotycząca urządzeń Hydro-cycle, których zmodyfikowane dokumenty zostały zaoferowane również w postępowaniu), na stronie 2 znajduje się opis, z którego wynika, że zaoferowane urządzenie posiada osadnik wstępny nazwany komorą beztlenową (defosfatacji). DTR dołączona do w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Sokół Podlaski na stronie 3 wyraźnie wskazuje komorę osadnika wstępnego.

W ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W tym zakresie Izba przeprowadziła dowód ze złożonej przez przystępującego opinii Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie Wydział Geoinżynierii Instytut Inżynierii i Ochrony Środowiska w Olsztynie, z której wynika, że układ technologiczny oczyszczalni ścieków Hydro-Cycle nie przewiduje stosowania procesów gnilnych.

Izba wskazuje, że złożona przez przystępującego opinia nie jest co prawda opinią biegłego, niemniej jednak nie jest pozbawiona zupełnie doniosłości dowodowej. Tego rodzaju opinie stanowią dowód z dokumentu prywatnego i podlegają ocenie stosownie do reguł oceny dowodów w postępowaniu przed Izbą. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 2 lutego 2011 r. stwierdził, że: „przedstawianie przez strony prywatnych opinii, do których stosuje się art. 253 k.p.c. jest zjawiskiem procesowym coraz częstszym. Niewątpliwie nie będąc dowodem z opinii biegłego (...) stanowią one, jak trafnie podniesiono w literaturze, element materiału procesowego i powinny być udostępnione stronie przeciwnej. Prywatne ekspertyzy opracowane na zlecenie stron przed wszczęciem procesu, czy w jego toku są wyjaśnieniem, z uwzględnieniem wiadomości specjalnych, ich stanowiska (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 czerwca 1974 r. II CR 260/74 LexPolonica nr 322007).

Stanowisko wynikające z opinii koresponduje z argumentacją przystępującego wskazaną w piśmie procesowym, z której wynika, iż oczyszczalnia jest trzykomorowa, z jednym zbiornikiem (a nie trzema zbiornikami). W komorze nie zachodzą procesy gnilne, gdyż zachodzi w niej proces mieszania. Zgodnie z Instrukcją obsługi, „W pierwszej komorze do której wpadają ścieki surowe, zatrzymują się większe zanieczyszczenia. Odbywa się tutaj również mieszanie zawartości komory i wyrównywanie dopływającego ładunku zanieczyszczeń. Dzięki mieszaniu i napowietrzaniu nie

zachodzą tu procesy gnilne, którym towarzyszy wydzielanie nieprzyjemnych zapachów. Stąd ścieki są transportowane do komory drugiej”.

W ocenie Izby zawarte w opinii oraz piśmie procesowym przystępującego twierdzenia uzasadniają stanowisko, iż urządzenia zaofierowane przez przystępującego spełniają wymóg zawarty w treści punktu 2.2.2. podpunkt 3 PFU. Odwołujący natomiast nie zakwestionował wniosków zawartych w opinii, w związku z czym Izba – na zasadzie art. 533 ust. 2 ustawy P.z.p. – uznała te fakty za przyznane.

Odwołujący podniósł, że urządzenie zaofierowane przez przystępującego nie spełnia wymagania zawartego w punkcie 2.2.2. podpunkt 11 PFU, zgodnie z którym zbiornik oczyszczalni musi posiadać wytrzymałość gwarantującą prawidłową pracę oczyszczalni z posadowieniem wlotu co najmniej 1,2 m p.p.t. bez dodatkowych zabezpieczeń. Parametr ten musi być potwierdzony w raporcie z badań zgodnym z Normą PN EN 12566, wystawionym przez laboratorium notyfikowane oraz w Deklaracji właściwości użytkowych wystawionej przez producenta oczyszczalni. Natomiast urządzenie JFC nie spełnia tych wymagań, gdyż w przypadku posadowienia wlotu poniżej 1,2 m p.p.t konieczne jest dodatkowe zabezpieczenie w postaci np. płyt betonowych odciażających lub innych podobnych zabezpieczeń. Wymóg miał być potwierdzony w Deklaracji Właściwości Użytkowych oraz w raportach z badań, natomiast potwierdzenie spełnienia wymogu nie wynika z przedłożonych dokumentów.

Stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią wyjaśnień do SWZ z dnia 17.10.2023 r. „Zamawiający, uzna warunek za spełniony, jeżeli parametr będzie potwierdzony w jednym z poniższych dokumentów:

- Raport z badań,
- Deklaracja właściwości użytkowych,
- Dokumentacja Techniczno- Ruchowa (DTR).

Z powyższego wynika zatem, że możliwość wykazania zakwestionowanego parametru za pomocą DTR została wprowadzona odpowiedzią na pytanie dotyczące treści SWZ z dnia 17 października 2023 roku.

Izba zwraca uwagę, że wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ (art. 135 ust. 1 ustawy P.z.p.). Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 6 dni przed upływem terminu składania ofert albo nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania ofert w przypadku, o którym mowa w art. 138 ust. 2 pkt 2 ustawy P.z.p, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do zamawiającego nie później niż na odpowiednio 14 albo 7 dni przed upływem terminu składania ofert (art. 135 ust. 2 ustawy P.z.p.). *Ratio legis* art. 135 ust. 2 ustawy P.z.p. polega na uzyskaniu przez wykonawców pewności co do wymagań zawartych w SWZ, w szczególności dotyczących opisu przedmiotu zamówienia i w konsekwencji umożliwieniu podjęcia decyzji, czy są w stanie ubiegać się o udzielenie zamówienia i złożyć oferty nie podlegające odrzuceniu. Każdorazowo, jeżeli wyjaśnienia treści SWZ prowadzą do nadania jej zapisom nowego znaczenia, mamy do czynienia z modyfikacją (zmianą) jej treści (zob. wyrok z dnia 8 marca 2011 r., sygn. akt: KIO 368/11).

Treść odpowiedzi na pytania wykonawców udzielona w trybie art. 135 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. stanowi integralną część SWZ i ocena ofert wykonawców winna dokonywać się z uwzględnieniem wyjaśnień i zmian specyfikacji dokonanych w ramach udzielonych odpowiedzi (zob. wyrok z dnia 28 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1615/18). Analogicznie w przypadku zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia. W wyroku z dnia 14 sierpnia 2018 r., sygn. akt: KIO 1479/18, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „odpowiedzi udzielane w ramach wyjaśnień treści specyfikacji zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców (tak np. wyrok z 16 sierpnia 2011 r., KIO 1648/11; wyrok z 7 marca 2012 r., KIO 388/12). Odpowiedź na pytanie związane ze specyfikacją staje się częścią SIWZ i może zmieniać jej pierwotną treść. W takim przypadku zamawiający nie musi dokonywać żadnych dodatkowych czynności, ponieważ zarówno on, jak i wykonawcy, są związani treścią pytań i odpowiedzi. A zatem, oceniając konsekwencje udzielonej przez zamawiającego odpowiedzi, Krajowa Izba podkreśla, że odpowiedziom na pytania dotyczące treści s.i.w.z. przypisywane są doniosłe skutki. Odpowiedzi te są bowiem uznawane za rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zarówno zamawiającego jak i wykonawców (tak np. w wyroku z dnia 17 listopada 2015 r., KIO 2412/15).”

Jednocześnie Izba wskazuje, że w sytuacji, gdy wykonawca stoi na stanowisku, że modyfikacja SWZ narusza przepisy ustawy P.z.p., uprawniony jest do wniesienia odwołania na dokonaną modyfikację. Uprawnienie takie przysługiwało również odwołującemu na modyfikację SWZ z dnia 17 października 2023 roku. Odwołujący nie wykazał, by kwestionował nową treść SWZ, zatem stała się ona obowiązująca wobec wszystkich uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a Krajowa Izba Odwoławcza jest obowiązana uwzględnić tę treść przy

rozpoznawaniu podnoszonych w tym zakresie zarzutów.

Izba wskazuje, że – mając na uwadze powyższe – przeprowadziła dowód ze złożonej przez przystępującego DTR Instrukcji montażu, gdzie na str. 2 zawarto następujący zapis: „Zbiornik oczyszczalni posiada wytrzymałość gwarantującą prawidłową pracę oczyszczalni z posadowieniem wlotu co najmniej 1,2 m p.p.t. bez dodatkowych zabezpieczeń”. Tym samym wymagany parametr został potwierdzony w złożonej przez przystępującego DTR, a zatem spełnia wymogi zawarte w SWZ, z uwzględnieniem modyfikacji z dnia 17 października 2023 roku.

Odwolujący podniósł, że urządzenie zaoferowane przez przystępującego nie spełnia wymagania zawartego w punkcie 2.2.2. podpunkt 12 PFU, zgodnie z którym oczyszczalnia musi posiadać możliwość wykonania wlotu ścieku surowego pod dowolnym kątem do wylotu ścieku oczyszczonego. Wymaga się, aby parametr techniczny był potwierdzony w Raporcie z badań PBOŚ, zgodnym z Normą PN EN 12566 lub w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR). Zamawiający wymaga, aby do DTR dołączyć schematy, rysunki i rzeczywiste zdjęcia potwierdzające parametr. Z odpowiedzi na pytanie z dnia 17 października 2023 roku wynika, że zamawiający będzie wymagał, aby do DTR (o ile nie zawiera) dołączyć schematy, rysunki i rzeczywiste zdjęcia potwierdzające parametr.

Odwolujący wskazał, że w złożonej przez przystępującego DTR stwierdzono, że „na życzenie klienta możemy dostosować wlot i wylot do wymaganych parametrów – korpus zbiornika umożliwia ich wykonanie w dowolnym miejscu”. Przedmiotowe oświadczenie jest niezgodne ze schematem zawartym na stronie 10, który wyraźnie wskazuje, że położenie komór wewnątrz zbiornika i uzależnienie wlotu oraz wylotu względem poszczególnych komór uniemożliwia właśnie tego rodzaju działania polegające na wykonaniu wlotu i wylotu w dowolnym miejscu. W ocenie odwołującego prowadzi to do niespełnienia wymagania, o którym mowa w punkcie 2.2.2. podpunkt 12 PFU i prowadzi do konieczności odrzucenia oferty JFC. Dodatkowo w odpowiedzi na pytania z dnia 17.10.2023 r. zamawiający wskazał, że będzie wymagał, aby do DTR (o ile nie zawiera) dołączyć schematy, rysunki i rzeczywiste zdjęcia potwierdzające parametr. Odwołujący podkreślił, że użyty spójnik „i” oznacza, że zamawiający żądał przedłożenia zarówno schematów, rysunków, jak i rzeczywistych zdjęć potwierdzających spełnienie parametru. JFC nie przedłożył wymaganych rzeczywistych zdjęć potwierdzających parametr, zatem wymaganie przedmiotowe nie zostało spełnione a oferta JFC powinna zostać odrzucona.

Odwolujący wskazał, że zasadniczo istnieje jeden standardowy kąt – 180 stopni. Z pewnością zatem zamawiającemu chodziło o dołączenie zdjęć z których będzie wynikało, że możliwe jest wykonanie wlotu i wylotu pod niestandardowym kątem, a zatem jakimkolwiek innym niż 180 stopni. Urządzenia wyprodukowane przez JFC nie mają możliwości wykonania wlotu ścieku surowego pod dowolnym kątem do wylotu ścieku oczyszczonego, zatem JFC nie jest w stanie przedłożyć rzeczywistych zdjęć potwierdzających spełnienie parametru.

W ocenie Izby argumentacja odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Przystępujący złożył w postępowaniu DTR – Instrukcję obsługi, gdzie na stronie 11 wskazano: „Standardowo wlot i wylot ścieków znajdują się po przeciwnych stronach zbiornika przydomowej oczyszczalni ścieków. Korekty kąta pomiędzy wlotem, a wylotem ścieków w przedziale 15-45 stopni zwykle wykonujemy za pomocą kolan kanalizacyjnych. W przypadku szczególnie trudnych warunków montażu, związanych np. z brakiem miejsca na działce, w sytuacji gdy niezbędne jest usytuowanie wlotu ścieków surowych i wylotu ścieków oczyszczonych pod kątem większym niż 45 stopni, na życzenie klienta możemy dostosować wlot i wylot do wymaganych parametrów – korpus zbiornika umożliwia ich wykonanie w dowolnym miejscu.”

DTR zawiera schematy, rysunki oraz zdjęcie zbiornika. Znajdują się one na stronach: 3, 5, 10 i 11 złożonej instrukcji.

W ocenie Izby podana w instrukcji informacja, że korpus zbiornika umożliwia wykonanie wlotu i wylotu ścieków w dowolnym miejscu oraz załączenie schematów, rysunków i zdjęcia zbiornika czyni zadość wymogom postępowania w tym zakresie. Odwołujący w treści odwołania podniósł co prawda, że z załączonego schematu wynika, że urządzenia wyprodukowane przez przystępującego nie mają możliwości wykonania wlotu ścieku surowego pod dowolnym kątem do wylotu ścieku oczyszczonego, niemniej jednak stanowisko to nie zostało poparte żadnym argumentem. Izba podkreśla, że dla podniesienia skutecznego zarzutu wobec oferty innego wykonawcy nie wystarczy wskazać, że zaoferowany przez niego przedmiot nie spełnia określonych wymogów, o ile stanowisko to nie zostanie poparte konstruktywną argumentacją oraz przedłożonymi dowodami.

Rozstrzygnięcie w zakresie zarzutów wskazanych wyżej jest równoznaczne z uznaniem za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez nieuprawnione zaniechanie zastosowania tego przepisu polegające na zaniechaniu wezwania przystępującego do wyjaśnień treści oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych, który to zarzut oparty był na takich samych podstawach faktycznych jak pozostałe zarzuty dotyczące oferty

przystępującego.

Izba uznała co do zasady za słuszne zarzuty dotyczące oferty wykonawcy EMKAN. Izba oparła się w tym zakresie na zasadzie art. 533 ust. 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym, gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, Izba, mając na uwadze wynik całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane.

Jak już wyżej wskazano, zamawiający nie wypowiedział się w kwestii zarzutów podniesionych w odwołaniu. Nie złożył odpowiedzi na odwołanie i nie brał udziału w rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Wykonawca EMKAN nie przystąpił do postępowania odwoławczego i nie podjął próby obrony swojej oferty. Tym samym Izba uznała za wykazane okoliczności faktyczne przedstawione w odwołaniu, a same zarzuty – za słuszne.

Niemniej jednak – pomimo uznania zasadności zarzutów – podlegają one oddaleniu, a to z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W rozpoznawanej sprawie stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania. Oferta wykonawcy EMKAN została sklasyfikowana za drugim miejscem, natomiast zarzuty podniesione wobec oferty uznanej za najkorzystniejszą, tj. oferty przystępującego, zostały przez Izbę oddalone. Oznacza to, że – bez względu na zasadność zarzutów podniesionych wobec oferty EMKAN – wynik postępowania, rozumiany jako wybór najkorzystniejszej oferty, pozostaje niezmieniony. Jest to równoznaczne z koniecznością oddalenia odwołania w zakresie zarzutów wskazanych w punktach 6 i 7 odwołania.

Oddalenie zarzutów odwołania wskazanych w punktach 1 – 7 odwołania jest równoznaczne z uznaniem za nieuzasadnione zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 16 ust. 1-3 ustawy P.z.p.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....