

WYROK
z dnia 9 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Członkowie: Agnieszka Bartczak-Żuraw
Barbara Bettman

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. Integral Engineering und Umwelttechnik GmbH (Lider konsorcjum), Grosse Neugasse 8, 1040 Wiedeń, Austria, 2. ERBUD Spółka Akcyjna (Partner konsorcjum), ul. Puławska 300 A, 02-819 Warszawa (adres dla doręczeń: ERBUD Spółka Akcyjna, Oddział Szczecin, ul. Mostnika 22, 70-672 Szczecin), w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Czesława 9, 71-504 Szczecin,**

przy udziale wykonawców:

A. **RAFAKO Spółka Akcyjna, ul. Łąkowa 33, 47-400 Racibórz,**

B. **Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna, ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa,**

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Zakładowi Unieszkodliwiania Odpadów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Czesława 9, 71-504 Szczecin, dokonania czynności odstąpienia oferty wykonawcy Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa, część I pt. „Zakres informacji wymagany do oceny ofert” str. od 331 do 397 oferty, zamieszczonej w części pt. „Koncepcja ofertowa dotycząca części budowlano architektonicznej i technologicznej instalacji”.

1

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna, ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Integral Engineering und Umwelttechnik GmbH (Lider konsorcjum), Grosse Neugasse 8, 1040 Wiedeń, Austria, 2. ERBUD Spółka Akcyjna (Partner konsorcjum), ul. Puławska 300 A, 02-819 Warszawa (adres dla doręczeń: ERBUD Spółka Akcyjna, Oddział Szczecin, ul. Mostnika 22, 70-672 Szczecin) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna, ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Integral Engineering und Umwelttechnik GmbH (Lider konsorcjum), Grosse Neugasse 8, 1040 Wiedeń, Austria, 2. ERBUD Spółka Akcyjna (Partner konsorcjum), ul. Puławska 300 A, 02-819 Warszawa (adres dla doręczeń: ERBUD Spółka Akcyjna, Oddział Szczecin, ul. Mostnika 22, 70-672 Szczecin) kwotę **23 651 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictw;

2.3. zasądza od wykonawcy Mostostal Warszawa Spółka Akcyjna, ul. Konstruktorska 11 A, 02-673 Warszawa na rzecz zamawiającego Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Czesława 9, 71-504 Szczecin, kwotę **4 757 zł 17 gr** (słownie: cztery tysiące siedemset pięćdziesiąt siedem złotych

siedemnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby i opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

3

Sygn. akt KIO 385/12

Uzasadnienie

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego „Konsorcjum Integral-Erbud”: 1. Integral Engineering und Umwelttechnik GmbH (Lider konsorcjum) z siedzibą w Wiedniu, 2. ERBUD S.A. (Partner konsorcjum) z siedzibą w Warszawie, wniósł odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pt. „Kontrakt nr 1 Budowa Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów dla Szczecińskiego Obszaru Metropolitalnego” (zaprojektuj i wybuduj) - postępowanie o numerze referencyjnym nadanym przez instytucję zamawiającą: ZUO.POIS.101.WK.003.2011.

Ogłoszenia o zamówieniu opublikowano w dniu 28 sierpnia 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 163-269197.

Wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 4.845.000,00 euro.

Odwołujący podał, że odwołanie wniósł od przekazanej w formie faksu w dniu 14 lutego 2012r. informacji o zaniechaniu uznania za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach konkurencyjnych wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: WARBUD S.A., VINCI Environnement SAS, VINCI Environnement Polska Sp. z o.o., zwanych w skrócie „konsorcjum Warbud”; Mostostal Warszawa S.A. zwany w skrócie „Mostostal”; RAFAKO S.A., zwany w skrócie „RAFAKO” i w konsekwencji o odmowie ujawnienia i udostępnienia treści ofert, w zakresie, w jakim oferty te winny zostać udostępnione.

Odwołujący zarzucił czynności zamawiającego naruszenie przepisów ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą” lub „Pzp”:

- 1) art. 8 ust. 2 przez ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, pomimo, że z żadnego przepisu rangi ustawowej nie wynika, że te informacje podlegają zakazowi udostępniania, a istnieją jednocześnie określone przepisy rangi ustawowej, nakazujące udostępnienie przedmiotowych informacji;
- 2) art. 8 ust. 3 przez zaniechanie ujawnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503, z późn. zm.), zwanej w skrócie „ustawą oznk”). Odwołujący przedstawił żądania:

4

a) uznania za bezskuteczne zastrzeżeń dotyczących zakazu udostępniania informacji

określonych w ofertach konkurencyjnych wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: konsorcjum Warbud; Mostostal; RAFAKO,

- b) nakazania zamawiającemu ujawnienia ww. informacji, jako informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a dostęp do nich nie podlega ograniczeniu, a wręcz przeciwnie, w świetle określonych przepisów prawa, podlega one udostępnieniu.

1. W uzasadnieniu odwołania podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż domaga się ujawnienia treści ofert, które w nieuprawniony sposób utajniono. Wskazał, że ujawnienie treści ofert konkurencyjnych wykonawców pozwoli mu poddać je kontroli, a następnie - w razie dopatrzenia się nieprawidłowości - skorzystać ze środków ochrony prawnej, co w konsekwencji może doprowadzić do uzyskania zamówienia. Natomiast zaniechanie uznania za bezskuteczne utajnienia części ofert uniemożliwia ich kontrolę i podniesienie przeciwko nim zarzutów w ewentualnych odwołaniach wnoszonych na późniejszym etapie postępowania.

Powołał się na wyrok z dnia 9 stycznia 2009 r. Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO/UZP 1493/08. Podał, że wskazane orzeczenie ma zastosowanie także do „interesu w uzyskaniu danego zamówienia” w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy, gdzie wykonawca winien wykazać, w aktualnie obowiązującym stanie prawnym, wnosząc odwołanie, że „ma interes w uzyskaniu danego zamówienia” oraz „może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp”.

Wskazał, że w toku postępowania zamawiający z niezrozumiałych powodów zaniechał ujawnienia treści ofert w części, w której nie powinny one korzystać z możliwości ich utajnienia. Uznał, że konieczne jest wniesienie odwołania zawierającego żądanie uznania za bezskuteczne utajnienia części ofert i ich ujawnienia.

2. Okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

Składanie i otwarcie odbyło się w dniu 5 stycznia 2012 r. W odpowiedzi na złożony niezwłocznie wniosek odwołującego o umożliwienie wglądu do treści ofert, w dniu 11.01.2012 r. udostępniono mu oferty konkurencyjnych wykonawców. Po sfotografowaniu ofert okazało się, że zostały one utajnione w sposób uniemożliwiający ich porównanie i ocenę, utajniono istotne elementy treściowe, którym poszczególni wykonawcy nadali w nieuprawniony sposób klauzulę tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie odwołującego, informacje dotyczące elementów oferty, które mają wpływ na obliczenie punktacji w ramach kryteriów oceny ofert inne niż cena, a dotyczące rozwiązań, które w przyszłości zostaną zawarte w załącznikach do wniosku o pozwolenie na budowę (projekty, specyfikacje, rysunki, informacje o urządzeniach, itp.), nie posiadają walorów tajemnicy przedsiębiorstwa i jako takie winny być upublicznione.

5

W dniu 12.01.2012 r. odwołujący złożył „Wystąpienie wykonawcy o uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach wykonawców” i w konsekwencji domagał się udostępnienia ofert w zakresie, w którym zostały one utajnione.

Wniosek został rozstrzygnięty pismem z dnia 14.02.2012 r., w którym utrzymano jako tajemnicę przedsiębiorstwa istotną część treści ofert.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ kryteriami oceny ofert są: Cena i koszty - 55%, Ocena techniczna - 45%.

Do ofert należało załączyć, między innymi (str. 1/13 SIWZ):

1) „Formularz Oferty, sporządzony według wzorów stanowiących załączniki nr 1 i 1a do SIWZ łącznie z niżej wymienionymi wykazami:

- a) Kosztów Eksploatacyjnych - załącznik nr 1b,
- b) Parametrów Technicznych - załącznik nr 1c,
- c) Gwarancji eksploatacyjnych - załączniki od nr 1d 1 do nr 1d 16”.

2) „Koncepcję ofertową dotyczącą części budowlano architektonicznej i technologicznej instalacji wraz z opisem wszystkich proponowanych rozwiązań budowlanych i technologicznych, które będą brane pod uwagę przy ocenie ofert zgodnie z załącznikiem nr 1c do SIWZ”.

Odnosząc się do wymaganych dokumentów odwołujący wskazał, że w ofercie należało podać następujące informacje opisane w załącznikach do SIWZ:

Załącznik 1b „Wykaz kosztów eksploatacyjnych” - dwie tabele: a) Koszty eksploatacyjne zmienne, b) Naprawy i wymiany części.

W pierwszej tabeli znajdowały się: „Opisy kosztów eksploatacyjnych”, a wykonawcy

obowiązani byli podać przy nich następujące dane: „Nazwę handlową produktu oraz importera/producenta/dostawcy”, „Zużycie Jednostkowe [j.m./Mg]”, „Roczne zużycie przy zakładanej nominalnej wydajności instalacji [j.m.]”, „Koszt jedn. [PLN/j.m.]”, „Całkowity koszt roczny [PLN]”. W „Opisach kosztów eksploatacyjnych” podano określone opisy wymaganych informacji, dla których należało podać opisane wyżej zmienne: „Zużycie energii elektrycznej ZTUO”, „Koszty zużycia reagenta(ów) do redukcji kwaśnych zanieczyszczeń spalin łącznie z kosztami przygotowania reagenta do procesu (o ile wystąpią)”, „Inne czynniki kosztotwórcze (np. przygotowanie reagentów)”, „Koszty zużycia reagenta do redukcji substancji organicznych, dioksyn i furanów oraz metali ciężkich”, „Koszty zużycia reagenta do redukcji NOx”, „Koszt zużycia wody technologicznej ZTUO”, „Koszty zużycia paliwa płynnego rozruchu instalacji ze stanu zimnego”, „Koszty zużycia wszystkich reagentów w procesach przetwarzania i przygotowania do składowania/unieszkodliwiania pozostałości poprocesowych z oczyszczania spalin”, „Koszt wywozu i unieszkodliwienia wszystkich pozostałości poprocesowych i osadów filtracyjnych z oczyszczania gazów spalinowych (w

6

tym osadów filtracyjnych z oczyszczania ścieków płuczkowych o ile wystąpią”, w tym Koszty transportu odpadów i Koszty unieszkodliwiania odpadów.

W drugiej tabeli znajdowały się: „Opis napraw i wymian części”, a wykonawcy obowiązani byli podać przy nich następujące dane: „Zużycie [% powierzchni lub ubytek grubości po odpowiednim czasie]”. W „Opisach napraw i wymian części” podano określone opisy wymaganych informacji, dla których należało podać opisane wyżej zmienne: „Maksymalna wymiana zużytych rusztowin po 7 500 godz. Eksploatacji”, „Maksymalna skumulowana wymiana rusztowin po 15 000 godz. Eksploatacji”, „Uśredniony ubytek grubości ścianek rur przegrzewacza na ostatnim stopniu po 7 500 godz. Eksploatacji”, „Uśredniony ubytek powierzchni claddingowanej po 15 000 godz. okresu eksploatacji”, „Wskaźnik powierzchniowy naprawy i wymiany wymurówki ogniotrwałej (dotyczy komory spalania i dopalania) po 7 500 godz. Eksploatacji”.

Załącznik 1c zawiera w ujęciu tabelarycznym „Wykaz parametrów Gwarantowanych i technicznych”. Należało podać informacje pozwalające na ocenę następujących parametrów, za które przyznawano punkty w poszczególnych kryteriach oceny ofert:

Gwarantowana dyspozycyjność instalacji [godz./rok],
Gwarantowane średniodobowe emisje pyłów [mg/m³u],
Gwarantowane średniodobowe emisje NOx [mg/m³u],
Gwarantowane średniodobowe emisje SO₂ [mg/m³u],
Gwarantowane średniodobowe emisje HC1 [mg/m³u],
Gwarantowane średniodobowe emisje HF [mg/m³u],
Gwarantowane średniodobowe emisje substancji organicznych [mg/m³u],
Gwarantowane średniodobowe emisje dioksyn i furanów [ng/m³u],
Gwarantowane średniodobowe emisje Cd + Tl [mg/m³u],
Gwarantowane średniodobowe emisje Hg [mg/m³u],
Gwarantowane średniodobowe emisje Sb + As + Pb + Cr + Co + Cu + Mn +- Ni + V [mg/m³u],
Całkowita zawartość węgla organicznego w żużlach i popiołach paleniskowych (TOC) [mg/m³u].

Ponadto, należało podać zakładane wartości dla poniższych parametrów i załączyć w celu ich wykazania następujące dokumenty:

L. Parametr Sposób wykazania
porz spełnienia parametru

..

7

Segment przyjęcia i załadunku odpadów: Pojemność Arkusz danych bunkra, Rozdrabnianie odpadów wielkogabarytowych, (pojemność, wymiary), Ilość stanowisk rozładunku pojazdów, Liczba stanowisk Rysunki, Opis odstawczych suwnic, System umożliwiający rozładunek techniczny

bunkra (w trybie awaryjnym)

Ruszt: Ilość stref powietrza pierwotnego, Możliwości Opis techniczny, regulowania prędkości przemieszczania odpadów wzdłuż Rysunki, schemat rusztu. Powierzchnia styku odpadów z rusztem, Możliwość przekrojowy rozbudowy w kierunku chłodzenia rusztu wodą

Odżużlanie: Osiągana zawartość wody w żużlach Opis techniczny, transportowanych z odżużlacza do bunkra żużli, Typ Rysunki odżużlacza

Komora spalania + palniki rozruchowo-wspomagające: Opis techniczny.

Palniki rozruchowo - wspomagające, Ilość poziomów Arkusz danych (Liczba wprowadzania powietrza wtórnego, Odległość i sumaryczna moc pokonywana przez spaliny wewnątrz palenisk, palników), Rysunki,

Schemat przekrojowy, Gwarantowana emisja CO

Wykaz gwarancji

Kocioł: Całkowita powierzchnia wymiany ciepła, Korozja Arkusz danych, Opis wysokotemperaturowa, Urządzenia operacyjnego techniczny, Wykresy, oczyszczania powierzchni konwekcyjnej wymiany ciepła, Rysunki, Schemat Liczba wtryskowych schładzaczy pary zainstalowanych w przekrojowy i arkusz zespołach pęczków przegrzewaczy, Powierzchnia danych zabezpieczenia ścian z Inconelu, Temperatura na wejściu do przegrzewacza

Segment przetwarzania odzyskanej energii ze spalania Arkusz danych odpadów: Maksymalna moc elektryczna brutto przy pełnej kondensacji, w różnych warunkach funkcjonowania instalacji ZTUO, Maksymalny poziom kogeneracji (ilość ciepła przekazywanego do sieci ciepłej) przy nominalnych warunkach pracy instalacji ZTUO i zewnętrznej temperaturze = -20° C

Oczyszczanie spalin: Opis techniczny,

Wentylator ciągu głównego. Odpylanie w elektrofiltrze. Arkusz danych,

Procesowe i techniczne rozwiązanie bezpieczeństwa w Rysunki

systemie oczyszczania spalin, Dopuszczalny chwilowy (średnio - 30 minutowy) wzrost zawartości HC1, HF i SO2

w spalinach - ponad projektowe wartości nominalne,

Konieczność odprowadzania zasolonych ścieków płuczkowych

System kontroli i sterowania: Opis techniczny

Możliwość pełnej obsługi instalacji ZTUO z centralnej

sterowni, Redundancja serwerów sterowania, Stacja

inżynierska dla potrzeb rekonfigurowania systemu i zmiany

oprogramowania serwerów i stanowisk operatorskich,

Serwer archiwizowania danych i wyników

Układ elektryczny: Opis techniczny

Redundancja zasilania z sieci zewnętrznej na wszystkich

poziomach SN, Zasilanie UPS

Ponadto, do oferty należało załączyć następujące dokumenty dla wykazania informacji:

- Koncepcję architektoniczną, w celu wykazania „Opisu technicznego rozwiązania oferowanego przez Wykonawcę”, należało załączyć „Rysunki (rzuty, przekroje, elewacje)”, „Wizualizację Zakładu”.

- Materiały konstrukcyjne i wykończeniowe, jakoś środowiskowa Pi(M), w celu wykazania „Opisu technicznego rozwiązania oferowanego przez Wykonawcę” należało załączyć „Zestawienie materiałów”.

- Funkcjonalność rozwiązań oraz funkcję edukacyjną, w celu wykazania „Opisu technicznego rozwiązania oferowanego przez Wykonawcę” należało załączyć „Rysunki”.

- Zagospodarowanie terenu, w celu wykazania „Opisu technicznego rozwiązania

oferowanego przez Wykonawcę" należało załączyć „Rysunki”.

Załącznik 1d zawiera „Wykaz gwarancji eksploatacyjnych”, które następnie doprecyzowane są w poszczególnych załącznikach o numerach od 1d do nr 1d16 do SIMZ, które zawierają szereg różnych informacji dotyczących deklarowanego utrzymania określonych parametrów, między innymi w zakresie:

„Podstawa Gwarancji:

Gwarancja uwzględnia polskie przepisy oraz normy; okres gwarancji ZTUO wynosi 36 miesięcy; okres gwarancji dla trwałości rusztu wynosi 48 miesięcy; okres gwarancji trwałości

9

powierzchni grzewczych kotła wynosi 36 miesięcy; okres gwarancji rozpoczyna się od daty wydania Świadectwa Wykonania określonego w klauzuli 11.9 [Świadectwo Wykonania].

Gwarancją objęte są wszystkie elementy wykonanego przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności: budynki, budowle, instalacje, urządzenia, wyposażenie i osprzęt w zakresie wad technicznych, ponadto zakres gwarancji obejmuje nominalne (gwarantowane przez Wykonawcę) koszty eksploatacyjne Instalacji.

Wykonawca gwarantuje uzyskanie, tak podczas Prób Końcowych, Prób Eksploatacyjnych jak i w czasie normalnej eksploatacji Robót (w tym w okresie gwarancji i rękojmi), parametrów wymienionych poniżej.

Zestawienie Gwarancji Eksploatacyjnych:

B - gwarancje bezwzględne,

E - gwarancje eksploatacyjne,

T - gwarancje trwałości.

Lp. Gwarancje Rodzaj 1d.1. gwarancja wydajności instalacji B/E

1d.2. gwarancja dyspozycyjności instalacji E 1d.3. gwarancja mocy elektrycznej i cieplnej E

1d.4. gwarancja ciśnienia i temperatury pary przegrzanej E

1d.5. gwarancja zużycia mediów, chemikaliów i paliwa wspomagającego E
oraz energii elektrycznej na potrzeby własne ZTUO

1d.6. gwarancja jakości procesu stabilizacji i zestalania odpadów B/E 1d.7. gwarancja trwałości rusztu T

1d.8. gwarancja braku błędów konstrukcyjnych T 1d.9. gwarancja trwałości wymurówki pieca T

1d.10. gwarancja trwałości powierzchni grzewczych kotła T

1d.11. gwarancja trwałości filtrów workowych ** T 1d.12. gwarancja emisji do powietrza ZTUO B

1d.13. gwarancja temperatury spalin i czasu przebywania w komorze B
paleniskowej

1d.14. gwarancja zawartości niespalonego węgla w popiele oraz stratach B
prażenia

1d.15. gwarancja poziomu hałasu ZTUO B 1d.16. gwarancja emisji wyprowadzanych ścieków wód B do

* - Gwarancja bezwzględna wymagana do spełnienia na etapie Prób eksploatacyjnych.

** - Gwarancja wymagana w przypadku zastosowania filtrów workowych w systemie oczyszczania spalin”.

W załącznikach 1d.1. - 1d.16. należało podać między innymi następujące informacje:

Załącznik 1d.1. „Wykonawca gwarantuje uzyskanie w czasie normalnej eksploatacji instalacji (w tym w okresie gwarancji i rękojmi), następujących parametrów: „Ilość unieszkodliwianych odpadów w instalacji przy wartości opałowej równej 10 500 kJ/kg”.

10

Załącznik 1d.2. „**Wykonawca** gwarantuje uzyskanie w czasie normalnej eksploatacji instalacji (w tym w okresie gwarancji i rękojmi), że: „Minimalna gwarantowana dyspozycyjność każdej z linii spalania odpadów przez cały okres eksploatacji (przy nominalnym obciążeniu jednej linii 10 Mg/h i wartości opałowej 10 500 kJ/kg)”.

Załącznik 1d.3. „Wykonawca gwarantuje uzyskanie w czasie normalnej eksploatacji instalacji (w tym w okresie gwarancji i rękojmi), następujących parametrów:

Wytwarzana moc elektryczna i cieplna (kogeneracja): „Moc elektryczna w nominalnym punkcie pracy (nominalny punkt pracy oznacza pracę kotłów przy wydajności 2x10 Mg/h i wartości opałowej 10,5 MJ/kg)”, „Moc elektryczna w nominalnym punkcie pracy kotła (nominalny punkt pracy oznacza pracę kotłów przy wydajności 2x10 Mg/h i wartości opałowej 10,5 MJ/kg)”, „Moc cieplna w nominalnym punkcie pracy kotła (nominalny punkt pracy

oznacza pracę kotłów przy wydajności 2x10 Mg/h i wartości opałowej 10,5 MJ/kg)".

Załącznik 1d.4. „Wykonawca gwarantuje uzyskanie, tak podczas Prób Końcowych, Prób Eksploatacyjnych, jak i w czasie normalnej eksploatacji instalacji (w tym w okresie gwarancji i rękojmi), następujących parametrów: „Produkcja pary na wylocie z przegrzewacza dla każdej linii: „Ciśnienie pary na wylocie z przegrzewacza”, „Temperatura eksploatacyjna pary w zakresie pomiędzy 100% i 75 % obciążenia kotła”, „Wahania temperatury pary przy stabilnych warunkach pracy”.”

Załącznik 1d.5. „Wykonawca gwarantuje uzyskanie w czasie normalnej eksploatacji instalacji (w tym w okresie gwarancji i rękojmi), następujących parametrów: Gwarancje emisji w systemie oczyszczania spalin, konsumpcja reagentów oraz produkcja popiołów z systemu oczyszczania spalin. Gwarancje emisji są podane dla zanieczyszczeń na wejściu do systemu oczyszczania spalin gdzie mogą osiągnąć maksymalne wartości podane w tabelce poniżej. Konsumpcja reagentów i ilość popiołów z systemu oczyszczania spalin są podane dla zanieczyszczeń podanych na wejściu do systemu oczyszczania spalin.

Krzywe korekcyjne pozwalające skorygować konsumpcje reagentów zgodnie z zawartością zanieczyszczeń pomierzonych w trakcie prób, powinny być załączone do oferty Wykonawcy. Spaliny na wejściu do systemu oczyszczania spalin/zawartość głównych zanieczyszczeń”, po czym zawarta jest tabela granicznymi wartościami poszczególnych parametrów.

Załącznik 1d.6. „Wykonawca gwarantuje uzyskanie w czasie normalnej eksploatacji instalacji (w tym w okresie gwarancji i rękojmi), następujących parametrów: Należy spełnić wymagania dotyczące postępowania z odpadami poprocesowymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Pracy. Odpad końcowy po procesie stabilizacji i zestalania musi spełniać kryteria określone w załączniku nr 5 do rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 7 września 2005r. w sprawie kryteriów oraz procedur dopuszczania odpadów do składowania na składowisku odpadów danego typu (Dz. U. Nr 186, poz. 1553)”.

11

Załącznik 1d.7. „Wykonawca gwarantuje uzyskanie w czasie normalnej eksploatacji instalacji (w tym w okresie gwarancji i rękojmi), następujących parametrów: „Ilość wymienionych rusztowin po 7 500 po godzinach pracy”, „Skumulowana ilość wymienionych rusztowin po 15 000 godzinach pracy”.”

Załącznik 1d.8. „Wykonawca gwarantuje uzyskanie w czasie normalnej eksploatacji instalacji (w tym w okresie gwarancji i rękojmi), następujących parametrów: Wykonawca gwarantuje, że w okresie trzech lat nie wystąpią powtarzające się awarie tego samego elementu lub awarie różnych elementów powodowane tą samą przyczyną powodujące przestój kotła powyżej 50% czasu awaryjnego przestoju. Po pojawieniu się opisanego wyżej stanu Wykonawca winien na własny koszt usunąć przyczynę awarii wdrażając zamiennie rozwiązanie. W przypadku jeżeli linia w związku z wdrażaniem rozwiązania zamiennego będzie pracowała poniżej 7500 h w roku Wykonawca dodatkowo wyrówna Zamawiającemu straty wynikające z ponadnormatywnego przestoju linii. Łączny czas przestojów awaryjnych na naprawę rusztów, wymurówki i części ciśnieniowej kotła maksymalnie 200 h / rok”.”

Załącznik 1d.9. „Wykonawca gwarantuje uzyskanie w czasie normalnej eksploatacji instalacji (w tym w okresie gwarancji i rękojmi), następujących parametrów: Trwałość wymurówki:, po czym zawarta jest tabela z granicznymi wartościami poszczególnych parametrów dla „Wymiany zużytej wymurówki”.”

Załącznik 1d.10. „**Wykonawca** gwarantuje uzyskanie w czasie normalnej eksploatacji instalacji (w tym w okresie gwarancji i rękojmi), następujących parametrów: Trwałość powierzchni grzewczych: Ubytek grubości ścianek oraz Ubytek powierzchni claddingowanej, po czym zawarte są tabelę z granicznymi wartościami poszczególnych parametrów dla parametrów „Uśredniony ubytek grubości ścianek rur przegrzewacza na ostatnim stopniu” oraz „Uśredniony ubytek grubości powierzchni claddingowanej”.”

Załącznik 1d.11. „Wykonawca gwarantuje w przypadku zastosowania filtrów workowych w systemie oczyszczania spalin uzyskanie w czasie normalnej eksploatacji instalacji (w tym w okresie gwarancji i rękojmi), następujących parametrów: Żywotność filtrów workowych, po czym zawarta jest tabela z granicznymi wartościami poszczególnych parametrów dla parametru: „Wymiana filtrów workowych po 7500 godzinach pracy”.”

Załącznik 1d.12. „Wykonawca bezwzględnie gwarantuje dotrzymanie, tak podczas Prób Końcowych, Prób Eksploatacyjnych jak i w czasie normalnej eksploatacji instalacji (w tym w okresie gwarancji i rękojmi), wszystkich poziomów emisji wynikających z odpowiednich

aktów prawnych jak wyspecyfikowano w PFU. Ponadto Wykonawca gwarantuje wypełnienie zebranych poniżej wymogów dla średnich wartości stężeń dobowych.”, po czym zawarta jest tabela z granicznymi wartościami poszczególnych parametrów dla poszczególnych parametrów.”

12

Załącznik 1d.13. „Wykonawca gwarantuje uzyskanie, tak podczas Prób Końcowych, Prób Eksploatacyjnych, jak i w czasie normalnej eksploatacji instalacji (w tym w okresie gwarancji i rękojmi), następujących parametrów: Dla obszaru eksploatacyjnego kotła, zgodnie z wymaganiami dyrektyw Wspólnoty Europejskiej, utrzymane zostaną: minimalna temperatura spalin 850 c (średnia 10-cio minutowa) i czas przebywania za ostatnim miejscem wtrysku powietrza minimum 2 sekundy.”

Załącznik 1d.14. „Wykonawca gwarantuje uzyskanie w czasie normalnej eksploatacji instalacji (w tym w okresie gwarancji i rękojmi), następujących parametrów: „Zawartość niespalonego węgla w popiele”, „Straty prażenia”, po czym zawarta jest tabela z granicznymi wartościami poszczególnych parametrów dla poszczególnych parametrów.”

Załącznik 1d.15. „Wykonawca gwarantuje uzyskanie w czasie normalnej eksploatacji instalacji (w tym w okresie gwarancji i rękojmi), następujących parametrów: Należy spełnić wymagania ochrony środowiska przed hałasem na granicy terenów podlegających ochronie zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska dnia 14 czerwca 2007 r. w sprawie dopuszczalnych poziomów hałasu w środowisku (Dz. U. Nr 120, poz. 826). W kwestii zachowania dopuszczalnych wartości hałasu w środowisku pracy należy stosować się do wymienionego niżej rozporządzenia oraz polskiej normy: rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 29 listopada 2002 r. w sprawie najwyższych dopuszczalnych stężeń i natężeń czynników szkodliwych dla zdrowia w środowisku pracy (Dz. U. Nr 217, poz. 1833) PN-N-01307. Hałas. Dopuszczalne wartości hałasu w środowisku pracy. Wymagania dotyczące wykonywania pomiarów.”

Załącznik 1d.16. „Wykonawca bezwzględnie gwarantuje dotrzymanie, tak podczas Prób Końcowych, Prób Eksploatacyjnych jak i w czasie normalnej eksploatacji Zakładu (w tym w okresie gwarancji i rękojmi), wymogów wynikających z rozporządzenia Ministra Budownictwa z dnia 14 lipca 2006 r. w sprawie sposobu realizacji obowiązków ścieków przemysłowych oraz warunków wprowadzania ścieków do kanalizacji miejskiej (Dz. U. Nr 136, poz. 964), wymogów z rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 lipca 2006 r. w sprawie warunków jakie należy spełnić przy wprowadzaniu ścieków do wód lub do ziemi oraz w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego (Dz. U. Nr 137, poz. 984 z późn. zm.) i innych przepisów prawa dotyczących ścieków.”, po czym zawarta jest tabela z granicznymi wartościami poszczególnych parametrów dla parametru: „Gwarantowane parametry emisyjne wyprowadzanych ścieków”.

Poszczególni wykonawcy utajnili swoje oferty w następującym zakresie: wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia: konsorcjum Warbud utajnił „Opis techniczny”, „Rysunki i schematy”; Mostostal utajnił: „Część techniczną oferty”; RAFAKO utajnił: załącznik nr „1b. - 1d.16.” oraz „Koncepcję ofertową”.

13

Wykonawcy utajnili w swoich ofertach szereg informacji koniecznych dla zbadania treści ich ofert, które nie powinny zostać utajnione z następujących przyczyn:

2.2. Przepisy ustawy Prawo budowlane i Kodeksu postępowania administracyjnego, jako jedne z podstaw ujawnienia utajnionych informacji.

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa kompletnego Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów (ZTUO) w Szczecinie o nominalnej wydajności przekształcania odpadów komunalnych wynoszącej 20 Mg/h (150 000 Mg/rok), wraz zaprojektowaniem i budową węzłów do odzysku energii, waloryzacji żużla oraz stabilizowania odpadów procesowych. Odwołujący wskazał, że zakres zamówienia obejmuje w szczególności: 1) opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej oraz powykonawczej; 2) opracowanie projektu rekultywacji terenu oraz zagospodarowania nadmiaru gruntu z terenu inwestycji (wykonawca zobowiązany jest uwzględnić koszty tych działań w swojej ofercie), w tym również przeprowadzenie prób jakości gruntów i wód

podziemnych; 3) opracowanie wniosków i uzyskanie w imieniu zamawiającego niezbędnych pozwoleń, decyzji lub ich zmian w celu opracowania dokumentacji projektowej, wybudowania, przekazania zrealizowanych obiektów do eksploatacji zgodnie z obowiązującym prawem oraz wymogami kontraktowymi a w szczególności (przeprowadzenie drugiej oceny oddziaływania na środowisko Przedsięwzięcia na etapie uzyskiwania pozwolenia na budowę; pozwoleń na budowę i/lub innych działań niezbędnych dla realizacji robót budowlanych; pozwoleń na użytkowanie; pozwolenia/pozwoleń zintegrowanego/zintegrowanych; uzyskanie wszelkich niezbędnych uzgodnień, opinii, ekspertyz w celu opracowania dokumentacji projektowej, wybudowania i przekazania zrealizowanych obiektów do eksploatacji zgodnie z obowiązującym prawem oraz wymogami kontraktowymi; zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych z dostawą i montażem maszyn, urządzeń, środków transportu oraz wyposażenia, polegających na budowie ZTUO w Szczecinie, który obejmuje funkcjonalnie węzeł przyjęcia odpadów komunalnych, dwie linie termicznego przekształcania odpadów z odzyskiem energii, węzła oczyszczania spalin, instalacji do waloryzacji żużli wraz z odzyskiem metali żelaznych i nieżelaznych oraz instalację do zestalania i stabilizacji popiołów i stałych pozostałości z oczyszczania spalin lub ekstrahowania, przygotowania ich do transportu i unieszkodliwienia).

Dodatkowo wskazano w SIWZ, że: „ZTUO w Szczecinie należy zaprojektować na pracę ciągłą przez 24 h na dobę, 7 dni w tygodniu z gwarantowaną ilością godzin dyspozycyjności, co najmniej 7500 h/rok i docelową wydajnością — 150 000 Mg/rok.”

Odwołujący wskazał, że wykonawcy obowiązani będą opracować dokumentację projektową budowlaną i wykonawczą oraz powykonawczą i uzyskać decyzje administracyjne o pozwoleniu na budowę i o pozwoleniu na użytkowanie oraz pozwoleniach zintegrowanych.

14

Oznacza to, że zaoferowane przez nich opisy techniczne poszczególnych urządzeń, maszyn, materiałów oraz całościowe rozwiązania techniczne i projekty architektoniczne, dla których dane wyjściowe zostały utajnione staną się załącznikami do Wniosku o wydanie ww. decyzji administracyjnych. Podniósł, że zgodnie z przepisami art. 73 i 74 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego – strony mają prawo wglądu do akt sprawy (załączników do wniosków o ich wydanie). Odwołujący omówił załączniki wymagane na podstawie art. 34 ust. 2 ustawy Prawo budowlane (projekt budowlany wraz z opiniami, uzgodnieniami, pozwoleniami i innymi dokumentami wymaganymi przepisami szczególnymi oraz zaświadczeniem, o którym mowa w art. 12 ust. 7 (wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę, z określonym w nim terminem ważności), aktualnym na dzień opracowania projektu; nie dotyczy to uzgodnienia i opiniowania przeprowadzanego w ramach oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko albo oceny oddziaływania przedsięwzięcia na obszar Natura 2000; oświadczenie o posiadaniu prawa do dysponowania nieruchomością na cele budowlane; decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, jeżeli jest ona wymagana zgodnie z przepisami o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym); ust. 3 (projekt zagospodarowania działki lub terenu, sporządzony na aktualnej mapie, obejmujący: określenie granic działki lub terenu, usytuowanie, obrys i układy istniejących i projektowanych obiektów budowlanych, sieci uzbrojenia terenu, sposób odprowadzania lub oczyszczania ścieków, układ komunikacyjny i układ zieleni, ze wskazaniem charakterystycznych elementów, wymiarów, rzędnych i wzajemnych odległości obiektów, w nawiązaniu do istniejącej i projektowanej zabudowy terenów sąsiednich; projekt architektoniczno-budowlany, określający funkcję, formę i konstrukcję obiektu budowlanego, jego charakterystykę energetyczną i ekologiczną oraz proponowane niezbędne rozwiązania techniczne, a także materiałowe, ukazujące zasady nawiązania do otoczenia, a w stosunku do obiektów budowlanych, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 4 - również opis dostępności dla osób niepełnosprawnych; stosownie do potrzeb: oświadczenia właściwych jednostek organizacyjnych o zapewnieniu dostaw energii, wody, ciepła i gazu, odbioru ścieków oraz o warunkach przyłączenia obiektu do sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych, elektroenergetycznych, telekomunikacyjnych oraz dróg lądowych; oświadczenie właściwego zarządcy drogi o możliwości połączenia działki z drogą publiczną zgodnie z przepisami o drogach publicznych; 4) w zależności od potrzeb, wyniki badań geologiczno-inżynierskich oraz geotechniczne warunki posadowienia obiektów budowlanych).

Do wniosku o pozwolenie na użytkowanie załączone są dokumenty, o których mowa w art.

razie korzystania - drogi, ulicy, sąsiedniej nieruchomości, budynku lub lokalu; oświadczenie o właściwym zagospodarowaniu terenów przyległych, jeżeli eksploatacja wybudowanego obiektu jest uzależniona od ich odpowiedniego zagospodarowania; protokoły badań i sprawdzeń; inwentaryzację geodezyjną powykonawczą; potwierdzenie, zgodnie z odrębnymi przepisami, odbioru wykonanych przyłączy; kopię świadectwa charakterystyki energetycznej budynku, z zastrzeżeniem art. 5 ust. 7). Inwestor jest obowiązany dołączyć do wniosku, o którym mowa w ust. 1, oświadczenia o braku sprzeciwu lub uwag ze strony organów wymienionych w art. 56. Jak z powyższego wynika wszelkie informacje, które utajnili konkurencyjni wykonawcy nie mogą zostać utajnione, albowiem jako załączniki do wniosków w postępowaniach administracyjnych będą podlegały archiwizacji i ujawnieniu.

2.3. Odwołujący powołał się na przepisy Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (art. 61 ust. 1). Wskazał, że decyzja o pozwoleniu na budowę czy decyzja o pozwoleniu na użytkowanie, wydawana przez organ architektoniczno- budowlany stanowi informację publiczną w rozumieniu art. 1 ust. 1 i art. 6 ustawy o dostępie do informacji publicznej, w skrócie „odoip” (wyrok WSA w Lublinie z dnia 8 czerwca 2006 r., sygn. akt II SAB/Lu 19/06), podobnie projekt budowlany jest dokumentem urzędowym w rozumieniu art. 6 ust. 2 ustawy odoip (wyrok WSA w Lublinie z dnia 8 czerwca 2006 r., sygn. akt II SAB/Lu 19/06).

2.4. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w skrócie „uoznk”, jako jedna z podstaw ujawnienia utajnionych informacji: zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy oznk: „art. 11 ust. 4. „Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności”.

Oznacza to, że jedynie informacje spełniające łącznie wszystkie trzy elementy definicyjne, (tj. brak upublicznienia, określony charakter informacji i podjęte określone działania wykonawcy) mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa i utajnione. Rozważyć zatem należy, czy informacje utajnione przez wykonawców mogą korzystać z waloru tajemnicy

co nastąpi przez elementów przedsiębiorstwa, poddanie analizie poszczególnych definicyjnych i udzielenie odpowiedzi na pytanie czy zachodzą łącznie.

W pierwszej kolejności zauważył, że informacje, które podali konkurencyjni wykonawcy staną się punktem wyjścia dla projektowania, a następnie wszczęcia i przeprowadzenia postępowań administracyjnych, w ramach których zostaną one ujawnione i podane do publicznej wiadomości. Nie będą one podlegały utajnieniu, albowiem brak dla takiego postępowania zarówno podstaw prawnych, jak i uzasadnienia.

Przez opis przedmiotu zamówienia przesądzono ostatecznie o technologii wykonania spalarni, a wykonawcom pozostawiono jedynie decyzję w zakresie zastosowania określonych urządzeń, materiałów, rozmieszczenia poszczególnych urządzeń w przestrzeni,

rozwiązań, co do ciągów komunikacyjnych i instalacyjnych, co wpływa na uzyskanie opisanych parametrów.

Technologia, która będzie zastosowana bazuje na kilku podstawowych elementach:

- palenisku rusztowym z komorą spalania i komorą dopalania zintegrowaną z kotłem parowym; - ruszcie schodkowym, walcowym, posuwisto zwrotnym lub ekwiwalentnym; - kotle odzyskowym z obiegiem naturalnym, a także - turbinie upustowo-kondensacyjnej.

Proces „spalania” śmieci związany jest nieodwrotnie z technologią oczyszczania spalin powstałych w trakcie procesu. Występuje tu odpylanie na elektrofiltrze przy pomocy metody elektrostatycznej, absorpcji HC1 iHF oraz SO2 przy pomocy metody mokrej z odzyskiem ciepła kondensacji pary wodnej w spalinach, redukcji tlenków azotu - SNCR selektywnej nie katalitycznej redukcji NOx oraz adsorpcji substancji organicznych, dioksan i furanów oraz metali ciężkich przy pomocy metody adsorpcyjnej na węglu aktywnym. Powyższe nie stanowi żadnej informacji, która nie byłaby jawna. Wszystkie stosowane materiały, urządzenia i rozwiązania są znane i oparte o powszechnie dostępne dane i dokumenty. Wykonawcy nie zaoferują żadnych rozwiązań, które miałyby walor niejawnych, albowiem

rozwiązań takich brak. Technologia jest znana od kilkudziesięciu lat i powszechnie stosowana w różnych częściach świata. Tym samym brak jej, jak i stosowanym materiałom i urządzeniom, waloru „nieujawnienia do wiadomości publicznej”.

Odnosząc się do informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą, odwołujący wskazał, że elementem kluczowym dla zakwalifikowania danej informacji, do katalogu informacji spełniającej ww. cechę jest umiejętność wykazania realnej wartości gospodarczej danej informacji. Bez wątpienia wagi takiej nie mają informacje dotyczące narysowania określonego rozwiązania, które ostatecznie i tak stanie się znane. Podane w ofertach dane wyjściowe do projektowania stanowią jedynie założenia do dalszego projektowania, bądź do uzyskania określonych parametrów technicznych czy użytkowych w przyszłości.

Przykładowo, informacji o tym, że dany wykonawca zakłada osiągnięcie określonego wskaźnika co do emisji spalin czy innych zakładanych parametrów użytkowych czy funkcjonalnych nie stanowi żadnej informacji, która miałaby jakąkolwiek wartość, chyba że wartością samą w sobie jest uniemożliwienie innym wykonawcom dostępu do danej informacji w celu uzyskania zamówienia.

Konkurencyjni wykonawcy podjęli wprawdzie niezbędne działania w celu zachowania poufności podanych informacji, ale wobec braku przymiotu ich niejawności i braku walorów technicznych, technologicznych czy organizacyjnych, o określonej wartości gospodarczej, nie sposób uznać poprawności ich postępowania. Oczywiście w konsekwencji niewłaściwie postąpił także sam zamawiający, który po uzyskaniu wniosku o wgląd do treści złożonych ofert zaniechał ich ujawnienia w pełnym zakresie, czego oczekuje wykonawca.

17

Jedynymi informacjami, które faktycznie mogą pozostać niejawnymi, są informacje o osobach biorących udział w postępowaniu, a występujących w ofertach konkurencyjnych wykonawców. Podtrzymania w tym zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odwołujący nie kwestionuje i nie oczekuje orzeczenia o nakazaniu odtajnienia ofert w tym zakresie.

2.5. Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych, jako jedna z podstaw ujawnienia utajnionych informacji: na marginesie dodał, że kolejnym aktem prawnym, który nie zakazuje udostępniania dokumentacji projektowej jest ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jednolity: Dz. U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631, z późn. zm.), w skrócie „ustawa o paipp”. Zgodnie z postanowieniami ww. ustawy zakazuje się eksploatacji utworu poprzez nieuprawnione projektowanie w oparciu o czyjś utwór. Nie ma natomiast zakazu udostępniania projektów dla innych celów, w tym na przykład w celu odbudowy lub remontu obiektu budowlanego.

2.6. Z przyczyn opisanych w treści niniejszego pisma odwołujący nie podjął się utajnienia swojej oferty w żadnym zakresie. Informacjom podanym w ofercie (jego i każdego z pozostałych wykonawców) brak bowiem przymiotów pozwalających uznać je za tajemnicę przedsiębiorstwa lub za jakąkolwiek inną tajemnicę. Są to bowiem materiały, które dopiero stanowią punktu wyjścia dla projektowania albo zakładane do osiągnięcia planowane wartości dla poszczególnych przyszłych parametrów zamawianej spalarni. Będą one stanowiły istotny element postępowania administracyjnego a następnie jawnych i powszechnie znanych danych użytkowych funkcjonującego obiektu. Ich utajnienie przez konkurencyjnych wykonawców stanowi przykład działania, które zmierza faktycznie do obejścia przepisów prawa, albowiem poprzez pozbawienie konsekwencji dla wykonawcy wykorzystanie możliwości utajniania części ofert uzyskać można przewagę konkurencyjną.

3. Odwołujący odniósł się do poszczególnych przesłanek odrzucenia odwołania, uznając, że nie zachodzi żadna przesłanka, o których mowa w 189 ust. 2 ustawy.

Uczestnik postępowania wnoszący sprzeciw – Mostostal, w piśmie złożonym w postępowaniu przed Izbą, odniósł się do stanowiska odwołującego co do ujawniania informacji złożonych w ofertach na etapie uzyskiwania stosownych decyzji na podstawie: 1. Kodeksu postępowania administracyjnego (art. 73 § 1 zasada względnej jawności akt postępowania - a nie pełnej jawności); 2. Prawa budowlanego (art. 34 nakłada na projektanta budynku, którego dotyczy projekt, ujawnienia w projekcie wyłącznie danych architektoniczno-budowlanych). Podał, że pojęcie projektu architektoniczno-budowlanego definiuje zakres rozwiązań technicznych i materiałowych, jakie muszą być zawarte w projekcie - są to dane dotyczące budynku, tj. materiały budowlane jakie zostaną użyte do budowy budynku (np. na ściany cegła, bloczki betonowe, elementy prefabrykowane czy inne materiały, na strop -

ogrzewania budynków, zasilanie w energię i media itp.). Wskazał, że w projekcie architektoniczno-budowlanym nie podaje się informacji technologicznych dotyczących urządzeń, jakie zostaną zamontowane w budynku, tj. instalacji do termicznego unieszkodliwiania odpadów. Nie podaje się zatem, np. szczegółowych danych kotła, sposobu jego wykonania itp. W projekcie architektoniczno-budowlanym podaje się jedynie ogólne informacje, np. że w jakimś miejscu projektowanego budynku będzie stało urządzenie (przykładowo kocioł), służące do pewnych celów i to, iż dla danego urządzenia będzie niezbędne dostarczenie określonej ilości energii elektrycznej. W projekcie podaje się także dane wyjściowe, np. ile będzie hałasu, jakie będą drgania, wysokość komina, jakie emisje zanieczyszczeń. Zatem w projekcie podawane są wyłącznie dane konieczne do analizy poprawności zaprojektowania konkretnego budynku z uwagi na jego przeznaczenie i spełnienie w ten sposób norm budowlanych wynikających z odrębnych przepisów. Art. 34 ust. 3 punkt 2 ustawy Prawo budowlane jest przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym i nie podlega interpretacji rozszerzającej. Wbrew, zatem twierdzeniom odwołującego, dane ujął przez Mostostal nie będą ujawnione w innych postępowaniach administracyjnych, w tym w postępowaniu o uzyskanie pozwolenia na budowę. Dane te nie będą też podlegały archiwizacji i ujawnieniu.

3. Wskazał, że art. 1 ust. 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej zawiera wyłączenia w stosowaniu tej ustawy. Stanowi on, iż: przepisy ustawy nie naruszają przepisów innych ustaw określających odmienne zasady i tryb dostępu do informacji będących informacjami publicznymi. Stwierdzenie, że przepisy ustawy o dostępie do informacji publicznej nie naruszają przepisów innych ustaw, określających odmienne zasady i tryb dostępu do informacji mieszczących się w kategorii informacji publicznej, oznacza, że ustępują one pierwszeństwa regulacjom w przedmiocie ochrony informacji (powołał się na doktrynę oraz orzecznictwo sądowe - Naczelnego Sądu Administracyjnego - postanowienie z dnia 12 maja 2011 r., sygn. akt I OSK 771/11; wyrok z dnia 28 października 2009 r., sygn. akt I OSK 545/09). Podniósł, że subsydiarność (podporządkowanie) ustawy o dostępie do informacji publicznej wynika także z art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro z woli ustawodawcy informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa jednej strony nie są ujawniane innym stronom postępowania w przedmiocie konkretnego zamówienia publicznego, to wykluczone jest ujawnienie tych informacji technologicznych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa każdej osobie fizycznej lub prawnej, na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej. Tego typu interpretacja wyłącza podstawową zasadę wykładni prawa - założenie o racjonalności prawodawcy.

4. Podał, że informacje zastrzeżone przez Mostostal stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Dane zawarte w części technicznej oferty nie będą ujawnione do publicznej wiadomości w ramach wszczętych postępowań administracyjnych. Fakt iż proces „spalania” śmieci jest znany i stosowany od lat, nie oznacza że automatycznie znane są lub ujawnione powinny być konkretne rozwiązania technologiczne wszystkich istotnych elementów danej i konkretnie zaprojektowanej instalacji. Jawność, na jaką powołuje się odwołujący, dotyczy wyłącznie technologii spalania, lecz nie konkretnych rozwiązań technologicznych elementów danej instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów. Uznał, że fakt, iż zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał, jakie parametry wykonawcy mają osiągnąć, nie oznacza, że przesądził ostatecznie o konkretnych rozwiązaniach technologicznych lub konstrukcyjnych instalacji, którą wykonawcy mają zaprojektować i zastosować. Do poszczególnych wykonawców należy bowiem takie zaprojektowanie instalacji do termicznego unieszkodliwiania odpadów, aby możliwie najbardziej efektywnie i korzystnie zarówno dla wykonawcy jak i zamawiającego realizować cel zamówienia. W tym przejawia się konkurencyjność oferowanych w postępowaniu rozwiązań. Powołał się na orzecznictwo Izby - wyrok z dnia 16 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2324/10, KIO 2325/10. Podniósł, że informacje zawarte w ofercie nie są znane powszechnie („ogółowi”) i nie zostały wcześniej upublicznione. Wskazał, że Mostostal podjął niezbędne działania w celu zachowania

poufności danych zawartych w części technicznej oferty, co odwołujący sam przyznał w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień stron oraz uczestnika postępowania, złożonych na posiedzeniu i rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Termin złożenia i otwarcia ofert został wyznaczony w dniu 5 stycznia 2012 r. Oferty złożyli czterej wykonawcy. Odwołujący jest jedynym wykonawcą, który nie zastrzegł w ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa. W odpowiedzi na wniosek, odwołujący uzyskał w dniu 11 stycznia 2012 r. wgląd do treści ofert konkurencyjnych wykonawców, w częściach jawnych, podobnie jak inni wykonawcy.

W dniu 12 stycznia 2012 r. odwołujący złożył wniosek o uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach wykonawców, w którym podał, że w odpowiedzi na jego wniosek o umożliwienie wglądu do treści ofert, w dniu 11 stycznia 2012 r. udostępniono oferty konkurencyjnych wykonawców. Po sfotografowaniu ofert okazało się, że zostały one utajnione przez wykonawców, którzy je złożyli, w sposób uniemożliwiający ich porównanie i ocenę. Powołał się na art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że „przez tajemnicę przedsiębiorstwa

20

rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.” W ocenie odwołującego, jedynie informacje spełniające łącznie wszystkie trzy elementy definicyjne, (tj. upublicznienie, charakter informacji i podjęte działania wykonawcy) mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa i utajnione. Zatem, informacje dotyczące elementów oferty, które mają wpływ na obliczenie punktacji za kryteria oceny ofert inne niż cena, nie posiadają ww. walorów i jako takie winny być upublicznione.

Zamawiający podając, że wykonawcy na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy zastrzegli w złożonych w ofertach (pkt 13 formularza oferty), że część techniczna stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, wezwał trzech wykonawców pismami z dnia 13 stycznia 2012 r., na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie: 1) jaki charakter mają informacje zawarte w zastrzeżonych częściach oferty, w szczególności czy są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą dla wykonawcy, 2) jakie działania podjął wykonawca w celu zachowania poufności informacji zawartych w zastrzeżonych częściach oferty, 3) jaką szkodę może wyrządzić wykonawcy odtajnienie informacji zawartych w zastrzeżonych częściach oferty. Wyzначył termin złożenia wyjaśnień do dnia 20 stycznia 2012 r. do godziny 16:00. Ponadto zamieścił informację, że w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub jeżeli złożone wyjaśnienia w ocenie zamawiającego okażą się niewystarczające zastrzeżone informacje zostaną odtajnione.

Wykonawcy złożyli obszernie wyjaśnienia podając uzasadnienia faktyczne i prawne, łącznie z orzecznictwem sądowym, arbitrażowym i doktryną, powołując się na zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa: konsorcjum Warbud (pismo z dnia 20 stycznia 2012 r.), Mostostal (pismo z dnia 20 stycznia 2012 r.) i RAFAKO (pismo z dnia 18 stycznia 2012 r.). Konsorcjum Warbud zgodziło się na ujawnienie załącznika -Tabelaryczne Zestawienie Parametrów Ekonomicznych i Technicznych str. od 248 do 255 oferty. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało utrzymane odnośnie informacji zamieszczonych na str. od 149 do 172 i od 256 do 457 oferty.

Zamawiający pismem z dnia 14 lutego 2012 r. zawiadomił wykonawców, że w wyniku badania prawidłowości zastrzeżeń dokonanych w oparciu o art. 8 ust. 3 ustawy w częściach ofert złożonych przez: 1. Konsorcjum firm Warbud S. A., VINCI Environnement SAS, VINCI Environnement Polska Sp. z o.o., 2. Rafako S.A., 3. Mostostal Warszawa S.A., przy uwzględnieniu wyjaśnień złożonych przez tych wykonawców, podjął decyzję na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy o odtajnieniu i udostępnieniu części ofert złożonych w postępowaniu w

następującym zakresie:

1. Oferta Konsorcjum firm Warbud S. A., VINCI Environnement SAS, VINCI Environnement Polska Sp. z o. o.: a) załącznik nr 5 do oferty - Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia z wyłączeniem: - wszystkich informacji zawartych w drugiej kolumnie (imię i nazwisko/Nazwa), - informacji zawartych w czwartej kolumnie dotyczących oznaczenia nazw inwestycji, miejsca realizacji i terminów realizacji, - informacji zawartych w siódmej kolumnie (Podstawa do dysponowania); b) informacje zawarte na str. od 250 do 255 oferty wykonawcy - tabelaryczne zestawienie parametrów ekonomicznych i technicznych oferty.

2. Oferta Rafako: a) załącznika nr 5 do oferty - Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia z wyłączeniem: - wszystkich informacji zawartych w drugiej kolumnie (imię i nazwisko/Nazwa), - informacji zawartych w czwartej kolumnie dotyczących oznaczenia nazw inwestycji, miejsca realizacji i terminów realizacji, - informacji zawartych w siódmej kolumnie (Podstawa do dysponowania).

Stwierdził, że dokumenty, co do których zamawiający podjął decyzję o wyłączeniu ich tajemności zostaną przekazane wykonawcom niezwłocznie, jednak nie wcześniej niż przed upływem 10 dni od przekazania tej informacji, w formie kopii elektronicznych zawartych na płycie CD, pocztą na adres wykonawcy wskazany w ofercie.

Odwołujący wniósł w dniu 24 lutego 2012 r. odwołanie, w którym zarzucił naruszenie przez zamawiającego: art. 8 ust. 2 ustawy przez ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, pomimo że z żadnego przepisu rangi ustawowej nie wynika, że te informacje podlegają zakazowi udostępniania, a istnieją jednocześnie określone przepisy rangi ustawowej nakazujące udostępnienie przedmiotowych informacji; art. 8 ust. 3 ustawy przez zaniechanie ujawnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący przedstawił żądania: 1) uznania za bezskuteczne zastrzeżeń dotyczących zakazu udostępniania informacji określonych w ofertach konkurencyjnych, 2) nakazania zamawiającemu ujawnienia ww. informacji, jako informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a dostęp do nich nie podlega ograniczeniu, wręcz przeciwnie, w świetle określonych przepisów prawa, podlegają one udostępnieniu. W uzasadnieniu podał, że „jedynymi informacjami, które faktycznie mogą pozostać niejawnymi, są informacje o osobach biorących udział w postępowaniu, a występujących w ofertach konkurencyjnych wykonawców”.

Do postępowania odwoławczego przystąpili w terminie dwaj wykonawcy po stronie zamawiającego, każdy w swoim zakresie: RAFAKO wniósł o odrzucenie odwołania lub

oddalenie w zakresie zarzutów dotyczących utajnienia części oferty tego wykonawcy, Mostostal wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących jego oferty.

Zamawiający w piśmie z dnia 1 marca 2012 r., przekazany Prezesowi Izby i wszystkim wykonawcom w tym dniu faksem, na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy, powołując się na art. 8 ust. 1 ustawy oświadczył, że zasada jawności postępowania wynikająca z tego przepisu „gwarantuje wykonawcom dostęp do informacji związanych z postępowaniem. Przejawem realizacji niniejszej zasady jest możliwość uzyskania wglądu do ofert wniesionych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze obowiązek respektowania niniejszej zasady w toku prowadzonego postępowania, zgadzając się z argumentami przytoczonym przez Odwołującego, Zamawiający podjął decyzję o uwzględnieniu w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i odtajnieniu ofert Wykonawców w zakresie określonym w odwołaniu.” Zamieścił informację, że pismo przesyła w tym dniu wymienionym wyżej adresatom. Pisemne uwzględnienie zarzutów przedstawionych w odwołaniu wraz z informacją o podjęciu decyzji o odtajnieniu ofert wykonawców w zakresie wskazanym w odwołaniu, zostało wniesione do Prezesa Izby w dniu 2 marca 2012 r.

Wykonawcy, którzy zgłosili przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym zostali wezwani przez Prezesa Izby w dniu 2 marca 2012 r. do złożenia oświadczeń w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w terminie 3 dni od doręczenia pisma, pod rygorem umorzenia postępowania, wraz z pouczeniem o możliwości obciążenia kosztami postępowania odwoławczego. Termin wniesienia sprzeciwu upłynął w dniu 5 marca 2012 r. Sprzeciw złożył wyłącznie Mostostal powołując się na zasadność zastrzeżenia w swojej ofercie tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazał, że podmiot, z którego rozwiązań technicznych korzysta, poniósł koszty związane z opracowaniem koncepcji technicznej i technologicznej, która pozwoliła na zoptymalizowanie kosztów. Wskazał, że przekłada się to na konkretną wartość gospodarczą informacji, które stanowią własność intelektualną tego podmiotu, do której ochrony, na mocy odrębnego porozumienia, wykonawca jest zobowiązany.

Przystępujący RAFAKO nie wniósł sprzeciwu ani na piśmie ani ustnie do protokołu, do czego uprawnia go przepis art. 186 ust. 5 ustawy, nie stawiał się na posiedzenie Izby. Wykonawca ten został prawidłowo zawiadomiony o wszystkich czynnościach podejmowanych w toku postępowania odwoławczego.

Izba uznała, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, o co wnosił wykonawca RAFAKO w zgłoszeniu przystąpienia, powołując się na art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy i uznając, że

23

odwołujący powziął lub mógł powziąć wiadomość o podstawie wniesienia odwołania w dniu udostępnienia mu ofert z wyłączeniem części zastrzeżonych, a także Mostostal w piśmie złożonym w postępowaniu przed Izbą.

Zamawiający udostępnia oferty od dnia ich otwarcia, zgodnie z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy w granicach tego przepisu. W przepisach ustawy nie został określony termin dokonania czynności zamawiającego polegającej na weryfikacji ofert pod kątem zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Brak jest regulacji wskazującej procedurę badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, co było wielokrotnie podnoszone na posiedzeniu. Z reguły odbywa się to w toku badania i oceny ofert. W celu wniesienia odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy, niezbędne jest stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy przez czynność zamawiającego bądź jej zaniechanie, o ile zobowiązanie do czynności wynika z przepisów ustawy. Zatem, zamawiający, na skutek wniosku odwołującego, przeprowadził weryfikację zasadności zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach i podjął decyzję przesyłając zawiadomienia wykonawcom o ich częściowym odtajnieniu.

W uchwale z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 Sąd Najwyższy stwierdził, że na zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia weryfikacji skuteczności zastrzeżenia. Procedura dokonania weryfikacji oraz czas, sposób i ocena skuteczności zastrzeżenia została pozostawiona zamawiającemu, który o dokonaniu czynności zobowiązany jest zawiadomić wykonawców. W ocenie Izby, brak jest podstaw, by liczyć termin do wniesienia odwołania od dnia powzięcia wiadomości lub możliwości jej powzięcia o czynności lub zaniechaniu zamawiającego, co miałyby oznaczać datę 11 stycznia 2012 r., gdyż w tym dniu, jak dowiedziono na posiedzeniu, zamawiający udostępnił oferty odwołującemu w takim stanie, w jakim je złożono, bez przeprowadzenia stosownej weryfikacji w omawianym zakresie. Na wniosek odwołującego zamawiający podjął czynności wyjaśniające i w konsekwencji rozstrzygnięcie, którego treść została przekazana wykonawcom pismem z dnia 14 lutego 2012 r. Stąd, w ocenie Izby termin na wniesienie odwołania od czynności zamawiającego, rozpoczyna swój bieg od daty przekazania zawiadomienia (14 lutego 2012 r.). W toku postępowania zamawiający przedstawił chronologicznie czynności, jakich dokonał od czasu otwarcia ofert do czasu zawiadomienia wykonawców o odtajnieniu ofert w części (RAFAKO, konsorcjum Warbud), potwierdzając jednoznacznie, że do dnia złożenia wniosku przez odwołującego (12 stycznia 2012 r.) nie podjął żadnych czynności weryfikacyjnych dotyczących ofert. Na posiedzeniu Izba analizowała, czy nie miała miejsca nieuzasadniona zwłoka w podjęciu czynności.

Na podstawie złożonych wyjaśnień przez strony i uczestnika postępowania, Izba uznała, że

24

odwołanie zostało wniesione w terminie ustawowym (art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy – termin liczony od dnia przesłania przez zamawiającego informacji o dokonanej czynności). Zatem, nie zachodzą przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania. Izba nie uznała zasadności argumentacji, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, liczonego od dnia udostępnienia ofert w części jawnej.

W wyniku wniesienia sprzeciwu przez Mostostal, skład orzekający Izby na podstawie przepisu art. 186 ust. 4 ustawy, rozpoznał odwołanie na rozprawie.

Izba stwierdziła, że odwołujący spełnia przesłankę z art. 179 ust. 1 ustawy wnosząc odwołanie (ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa).

Postępowanie odwoławcze toczy się na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, po dokonanej czynności otwarcia ofert i zweryfikowaniu ich przez zamawiającego w przedmiocie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a przed badaniem ofert i ich oceną, mającą na celu wybór oferty najkorzystniejszej.

Ocena zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę, jak przyznał zamawiający, jest indywidualną oceną treści zawartej w ofercie. Każdy wykonawca ma możliwość podjęcia czynności w celu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w swojej ofercie. W toku posiedzenia i rozprawy zamawiający popierał stanowisko odwołującego, przyznając słuszność w ubieganiu się o ujawnienie treści ofert w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Należy wskazać, że czynność zamawiającego na tym etapie postępowania nie jest czynnością odnoszącą taki sam skutek wobec trzech wykonawców, którzy zastrzegli tajemnicę przedsiębiorstwa. W każdym z tych przypadków ocena zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy, dokonywana jest indywidualnie w określonym zakresie i w odniesieniu do konkretnych danych w sprawie (por. wyrok Izby z dnia 30 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1498/10). Okoliczność ta nie budziła żadnych wątpliwości w toku rozprawy i nie była kwestionowana przez strony i uczestnika postępowania. Wykonawca Mostostal wnoszący sprzeciw jednoznacznie sprecyzował swoje stanowisko, iż dotyczy ono zarzutów związanych z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonej przez niego ofercie. Nie podniósł zarzutów wobec zamawiającego w zakresie pozostałych dwóch odtajnionych ofert i nie miał żadnego uzasadnienia i interesu w podejmowaniu czynności na rzecz tych wykonawców (choćby

występujące ryzyko poniesienia kosztów postępowania odwoławczego). Nie kwestionował czynności co do uwzględnienia odwołania i wynikających z tego skutków w odniesieniu do wykonawców, którzy nie przystąpili do postępowania odwoławczego (konsorcjum Warbud), nie wnieśli sprzeciwu (RAFAKO), rezygnując w istocie z udziału w postępowaniu, dostępnym w wyniku zasady koncentracji środków ochrony prawnej. Podnieść przy tym należy, że czynności wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (RAFAKO) i nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania, nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił (art. 185 ust. 5 ustawy).

Wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w sytuacji, gdy dwóch wykonawców zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i jeden z nich wniósł sprzeciw, Izba uznała, że uwzględnienie zarzutów w części nieobjętej sprzeciwem przystępującego Mostostal jest skuteczne, co powoduje obowiązek zamawiającego dokonania czynności zgodnie z żądaniem odwołującego zawartym w odwołaniu wobec pozostałych wykonawców, którzy nie brali udziału w postępowaniu odwoławczym. Zatem, czynność odtajnienia ofert i udostępnienia ich w zakresie objętym odwołaniem, wywiera ten skutek wobec pozostałych ofert, że zamawiający jest zobowiązany

wykonać żądania odwołującego w stosunku do tych wykonawców, którzy nie wnieśli sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania (por. wyrok Izby z dnia 2 lutego 2011 r., sygn. akt KIO/129/11 i KIO/141/11).

Przepis art. 191 ust. 2 ustawy stanowi, że wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Izba uznała, na podstawie ustalonych i przyznanych faktów, że skoro zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu ofert wykonawców, a wykonawcy: - konsorcjum Warbud nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego, RAFAKO przystąpił lecz nie wniósł sprzeciwu wobec czynności zamawiającego, a uczestnik postępowania Mostostal, z którego inicjatywy toczył się spór w wyniku wniesienia sprzeciwu, nie ma żadnego interesu w kwestionowaniu stanowiska zamawiającego dotyczącego ofert pozostałych wykonawców - wobec braku w ustawie instytucji częściowego umorzenia postępowania - niecelowe jest rozpoznawanie zarzutów w zakresie odtajnienia ofert wykonawców: konsorcjum Warbud i RAFAKO (por. wyrok Izby z dnia 22 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2653/10). Zakres żadanego w odwołaniu odtajnienia i podjętej decyzji o odtajnieniu, to w ofertach: konsorcjum Warbud– „Opis techniczny”, „Rysunki i schematy”; RAFAKO -załącznik nr „1b-1d.16” oraz „Koncepcja ofertowa”.

Zakres i zasadność utajnienia „Części technicznej oferty” uczestnika Mostostal, została oceniona przez Izbę.

26

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i budowa kompletnego Zakładu Termicznego Unieszkodliwiania Odpadów (ZTUO) w Szczecinie o nominalnej wydajności przekształcania odpadów komunalnych wynoszącej 20 Mg/h (150 000 Mg/rok), wraz z zaprojektowaniem i budową węzłów do odzysku energii, waloryzacji żużla oraz stabilizowania odpadów procesowych. Zakres zamówienia obejmuje w szczególności, m.in. 1) opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej budowlanej i wykonawczej oraz powykonawczej; 2) opracowanie projektu rekultywacji terenu oraz zagospodarowania nadmiaru gruntu z terenu inwestycji (wykonawca zobowiązany jest uwzględnić koszty tych działań w swojej ofercie), w tym również przeprowadzenie prób jakości gruntów i wód podziemnych; 3) opracowanie wniosków i uzyskanie w imieniu zamawiającego niezbędnych pozwoleń, decyzji lub ich zmian w celu opracowania dokumentacji projektowej, wybudowania, przekazania zrealizowanych obiektów do eksploatacji zgodnie z obowiązującym prawem oraz wymogami kontraktowymi, a w szczególności (przeprowadzenie drugiej oceny oddziaływania na środowisko Przedsięwzięcia na etapie uzyskiwania pozwolenia na budowę; pozwolenia na budowę i/lub innych działań niezbędnych dla realizacji robót budowlanych; pozwolenia na użytkowanie; pozwolenia/pozwoleń zintegrowanego/zintegrowanych; uzyskanie wszelkich niezbędnych uzgodnień, opinii, ekspertyz w celu opracowania dokumentacji projektowej, wybudowania i przekazania zrealizowanych obiektów do eksploatacji zgodnie z obowiązującym prawem oraz wymogami kontraktowymi; zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych z dostawą i montażem maszyn, urządzeń, środków transportu oraz wyposażenia, polegających na budowie ZTUO w Szczecinie, który obejmuje funkcjonalnie węzeł przyjęcia odpadów komunalnych, dwie linie termicznego przekształcania odpadów z odzyskiem energii, węzła oczyszczania spalin, instalacji do waloryzacji żużli wraz z odzyskiem metali żelaznych i nieżelaznych oraz instalację do zestalania i stabilizacji popiołów i stałych pozostałości z oczyszczania spalin lub ekstrahowania, przygotowania ich do transportu i unieszkodliwienia) – pkt 4.2; 4.4 SIWZ.

Przez opis przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał technologię wykonania spalarni, a wykonawcom pozostawił decyzję w zakresie zastosowania określonych urządzeń, materiałów, rozmieszczenia poszczególnych urządzeń w przestrzeni, rozwiązań, co do ciągów komunikacyjnych i instalacyjnych. Technologia bazuje na kilku podstawowych elementach: - palenisku rusztowym z komorą spalania i komorą dopalania zintegrowaną z kotłem parowym; ruszcie schodkowym, walcowym, posuwisto zwrotnym lub ekwiwalentnym; kotle odzyskowym z obiegiem naturalnym, a także turbinie upustowo-kondensacyjnej. Proces spalania śmieci związany jest z technologią oczyszczania spalin powstałych w trakcie procesu. .

27

W SIWZ (pkt 25) zamawiający określił, że kryteriami oceny ofert jest cena (cena i koszty [k]) o znaczeniu 55% oraz ocena techniczna (P) o znaczeniu 45%. W dalszych postanowieniach SIWZ wskazał, że na ocenę techniczną składają się podkryteria: parametry techniczne 41% i Koncepcja 4%. W zakresie parametrów zamawiający podał: segment przyjęcia i załadunku odpadów, ruszt, odżużlanie, komora spalania + palniki rozruchowo-wspomagające, kocioł, segment przetwarzania odzyskanej energii ze spalania odpadów, system oczyszczania spalin, system kontroli i sterowania oraz układ elektryczny; podając maksymalne ilości punktów, które może otrzymać oferta za dane kryterium. W podkryterium Koncepcja zamawiający podał: koncepcję architektoniczną, materiały konstrukcyjne i wykończeniowe, jakość środowiska, funkcjonalność środowiska oraz funkcję edukacyjną i zagospodarowanie terenu.

W pkt 11.3. 4 SIWZ zamawiający wskazał, że wymaganym dokumentem złożonym wraz z ofertą jest Koncepcja ofertowa dotycząca części budowlano architektonicznej i technologicznej instalacji wraz z opisem wszystkich proponowanych rozwiązań budowlanych i technologicznych, które będą brane pod uwagę przy ocenie ofert zgodnie z załącznikiem nr 1c do SIWZ.

W ofercie przystępującego zastrzeżona została jako tajemnica przedsiębiorstwa część techniczna str. do 328 do 532 (pkt 13 formularza ofertowego), pod nazwą „Koncepcja ofertowa dotycząca części budowlano architektonicznej i technologicznej instalacji”.

Wykonawca podzielił opracowanie na 2 części, oznaczając część I jako zakres informacji wymagany do oceny ofert (str. od 331 do 397) i część II jako szczegółowe opisy rozwiązań proponowanych przez wykonawcę (str. od 398 do 532).

Istotę sporu stanowi uznanie czy koncepcja ofertowa w całości opisana w SIWZ i wykonana według wymagań zamawiającego, jak przyznały strony na rozprawie, stanowi opracowania mogące być zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa, czy też nie.

Podstawową zasadą udzielania zamówień publicznych, wynikającą z art. 8 ust. 1 ustawy jest zasada jawności postępowania. Zgodnie z przepisem ust. 2 tego artykułu, zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. Ustęp 3 przepisu stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane. Wykonawca nie może przy tym zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy. Zatem, pozostałe elementy oferty wykonawcy może zastrzec, o ile zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

28

W ocenie Izby wyłączone znaczenie w sprawie ma poprawne zakwalifikowanie opracowania wykonawcy w kontekście spełnienia przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem „przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności”. „Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny, jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Inne informacje mające wartość gospodarczą to w szczególności informacje handlowe. Jej istotą jest też poufność, tj. nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem.”(...). Ponadto zastrzegający tajemnicę musi wykazać, iż podjął czynności w celu utrzymania poufności informacji. Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie precyzują zakresu lub rodzaju środków, do których przedsięwzięcia zobligowany jest przedsiębiorca” (wyrok Izby z dnia 20 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1172/11). W wyroku z dnia 5 września 2001 r. sygn. akt I CKN 1159/00 Sąd Najwyższy orzekł, że przepis art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji (...) wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze (OSNC 2002 nr 5, poz. 67). O zachowaniu poufności informacji wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 marca 2003 r., sygn. akt I CKN 89/01, wskazując na obowiązek przedsiębiorcy podjęcia działań w celu zachowania poufności informacji (Lex nr 583717).

Zatem, by informacje mogły uzyskać walor tajemnicy przedsiębiorstwa decydujące jest łączne ziszczenie się przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: 1) zastrzeżone informacje są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa lub innymi informacjami posiadającymi wartość gospodarczą; 2) informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej; 3) przedsiębiorca podjął w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa.

Oceniając przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, na które powoływał się Mostostal, zdaniem Izby, należało uwzględnić przede wszystkim: 1. Wyjaśnienia z dnia 20 stycznia 2012 r., złożone na wezwanie zamawiającego, w których wykonawca w sposób

29

obszerny uzasadnił spełnienie przesłanek warunkujących zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie. Wskazać należy, że wyjaśnienia te wraz z analizą dokonaną przez zamawiającego, zobowiązanego w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego (wskazana wyżej uchwała z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05) do rzetelnego zbadania czy informacje objęte przez wykonawcę zakresem zastrzeżenia zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (interpretacja wskazana w ustabilizowanym orzecznictwie – wyroki Sądu Najwyższego z dnia 5 września 2001 r., sygn. akt I CKN 1159/00, OSNC 2002 r., nr 5, poz. 67 i z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001 r., nr 4, poz. 59), zostały pozytywnie zweryfikowane (pismo z dnia 14 lutego 2012 r.). 2. Oświadczenie zawarte w piśmie z dnia 7 marca 2012 r., w którym wykonawca odniósł się do zarzutów zawartych w odwołaniu odnośnie przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, ustawy Prawo budowlane, ustawy o dostępie do informacji publicznej i na końcu pisma do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wskazując, że wbrew stanowisku odwołującego, postępowania prowadzone z uwzględnieniem powyższych aktów pranych nie powodują upubliczniania informacji wykorzystywanych jako załączniki do uzyskania stosownych decyzji (pozwoleń, uzgodnień, itp.), w którym potwierdził również, że zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał, jakie parametry wykonawcy mają osiągnąć, nie przesądził jednak ostatecznie o konkretnych rozwiązaniach technologicznych i konstrukcyjnych instalacji, którą wykonawcy mają zaprojektować i wykonać. 3. Wyjaśnienia złożone na rozprawie. Wykonawca oświadczył, że korzysta z rozwiązań zaprojektowanych dla potrzeb prowadzonego postępowania, aczkolwiek nie w całości. Urządzenia, które wskazał są urządzeniami innych firm, z którymi wykonawca zawarł odpowiednie umowy na ich wyłączność. Podkreślił niestandardowość przedstawionych schematów, jako zawierających rozwiązania niewystępujące powszechnie i pozwalające osiągnąć przewagę technologiczną nad konkurencją. Uczestnik podał przykładowo, że ustalenie punktacji w przypadku rusztu – ilość stref powietrza pierwotnego (kryterium oceny ofert punkt 2)a.2.1), nastąpi na podstawie potwierdzenia zawartego w tabeli, która jest częścią jawną, natomiast sposób rozmieszczenia stref powietrza zawarty jest w części niejawnej. Odnosząc się do potwierdzenia spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji uzasadniających zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie, uczestnik postępowania Mostostal uznał, że przesłanka zachowania poufności informacji jest niesporna, bowiem w odwołaniu w punkcie 2.4, w przedostatnim akapicie, odwołujący potwierdził podjęcie przez przystępującego niezbędnych działań w celu zachowania poufności podanych informacji. Odnośnie charakteru technologicznego, technicznego wyjaśnił, że co do zasady, technologia spalania jest jawna, ponieważ została opisana w SIWZ, natomiast klauzulą tajności zostały objęte urządzenia, rozwiązania konstrukcyjne,

30

wzajemne skonfigurowanie lub ich usytuowanie w danym ciągu technologicznym, które jest obrazowane, np. rysunkami załączonymi do oferty. W zakresie upublicznienia informacji stwierdził, że dane, o których mowa w części tajnej oferty, dotyczące urządzeń spalarni śmieci, nie są udostępniane w sposób publiczny.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 28 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/06 (M. Prawny 2007/7/342) orzekł, że tajemnicą przedsiębiorstwa są nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności.

W ocenie Izby zasługuje na uwzględnienie stanowisko uczestnika postępowania, że informacje przekazywane w toku postępowania o wydanie decyzji administracyjnych, itp. nie stanowią udostępnienia informacji do ogólnej wiadomości. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 28 października 2005 r., sygn. akt VI SA/Wa 1010/05 (Lex nr 191305) orzekł, że ujawnienie stronie prawa wglądu do akt obejmujących tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowi jeszcze ujawnienia informacji w niej zawartych do publicznej wiadomości (...). Rzeczą organu administracji publicznej jest zweryfikować postępowanie strony tak, aby mogły być zrealizowane podstawowe zasady postępowania wyrażone w art. 8 i 10 Kpa (...).

Natomiast co do przesłanki - informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne posiadające wartość gospodarczą - Izba uznała, że w części I koncepcji wykonawca zamieścił informacje wymagane do oceny ofert, załączając tabelaryczne zestawienie wartości parametrów i danych niezbędnych do wyliczenia punktacji. W części tej wypełnił kolumny podając wartość ocenianego kryterium, pozycje opisu technicznego oraz rodzaje załączników do opisu w postaci rysunków. Informacje te zostały zawarte na str. od 331 do 397 oferty. Odnosnie rusztu wykonawca wskazał producenta urządzenia w 6 pozycjach i w jednej pozycji producenta odżyźniacza. Wyjaśnił, że urządzenia są produkowane przez innych producentów, z niektórymi z nich posiada zawartą umowę na wyłączność produkcji, nie przedstawił jednak na wniosek Izby żadnej umowy, ani dowodu na potwierdzenie oświadczenia. Wyjaśnił, że fakt ten nie wynika też z oferty, jedynie w poz. 14 formularza ofertowego wskazał zakres prac, które powierzy podwykonawcom. Zakres ten to: prace projektowe, dostawa kotła wraz z instalacją podawania odpadów do paleniska, dostawa instalacji oczyszczania spalin, dostawa turbozespołu parowego, wykonanie instalacji elektrycznych, wykonanie instalacji AKPiA oraz rozruch instalacji. Urządzenia zostały

31

przedstawione na rysunkach w taki sposób, by wynikało z nich potwierdzenie spełniania wymaganych parametrów technicznych, co potwierdził wykonawca na rozprawie. Potwierdził również, że Koncepcja architektoniczna (pkt 11 str. od 380 do 395 oferty) nie zawiera żadnych elementów technologicznych. Z tego powodu, w ocenie Izby, wykonawca nie udowodnił, że opis części I spełnia przesłanki zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy. Część II koncepcji zawiera szczegółowe opisy indywidualnych rozwiązań technicznych proponowanych przez wykonawcę, dedykowanych do przedmiotu zamówienia, co stanowi, w ocenie Izby, o elemencie charakteryzującym ofertę tego wykonawcy (str. od 398 do 538).

W ocenie Izby, podnoszony w odwołaniu i na rozprawie przez odwołującego zarzut, że zastrzeżenie koncepcji ofertowej dotyczącej części budowlano architektonicznej i technologicznej instalacji - Zakres informacji wymagany do oceny ofert - jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest niezasadne, został potwierdzony w toku postępowania.

Zatem, Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu, na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy. W ocenie Izby wpływ czynności zamawiającego na wynik postępowania, o którym mowa w drugiej części ust. 2 wskazanego przepisu, na tym etapie procedury jest pośredni, ale mogący mieć istotny wpływ na możliwość korzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej po wyborze najkorzystniejszej oferty, wówczas zarzut dotyczący zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, byłby

spóźniony (wyrok Izby z dnia 12 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 2793/10).

Mając na uwadze, że w wyniku uwzględnienia odwołania i odtajnienia części technicznej ofert konsorcjum Warbud i wykonawcy RAFAKO – w zakresie wynikającym z odwołania, oferty te zostały odtajnione, a oferta Mostostalu w wyniku wniesienia sprzeciwu wobec czynności zamawiającego, podlega odtajnieniu w części technicznej wskazanej w wyroku - str. od 331 do 397, Izba orzekła jak w sentencji. Pozostała część oferty str. od 398 do 538, wobec wniosku odwołującego i treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, nie została objęta nakazem odtajnienia.

32

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 z uwzględnieniem art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b, § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). W kosztach uwzględniono kwotę wpisu na rzecz odwołującego (20 000 zł) oraz uzasadnione koszty stron (odwołującego i zamawiającego): związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby (zamawiający 1106,17 zł), wynagrodzenie pełnomocników, w kwocie po 3 600 zł oraz koszty z tytułu uiszczenia opłaty skarbowej po 51 zł - na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący:

.....

.....

33