

Sygn. akt: KIO/UZP 451/09

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Barbara Bettman
Emil Kuriata

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu ~~1 w dniach~~* 23 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ThyssenKrupp GfT Polska Sp. z o.o., 30-004 Kraków, al. Słowackiego 66** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestu ~~protestów~~* z dnia 20 marca 2009r.¹

przy udziale wykonawcy **PPHU MORIS Maurycy Wołek, 43-100 Tychy. Ul. Fabryczna 7** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu odtajnienie dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie PPHU Moris Maurycy Wołek.

2. kosztami postępowania obciąża **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ThyssenKrupp GfT Polska Sp. z o.o., 30-004 Kraków, al. Słowackiego 66,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 173 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt trzy złote zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** na rzecz **ThyssenKrupp GfT Polska Sp. z o.o., 30-004 Kraków, al. Słowackiego 66** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ThyssenKrupp GfT Polska Sp. z o.o., 30-004 Kraków, al. Słowackiego 66.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na dostawę w 2009 roku szyn kolejowych o profilu 60 E 1 i 49 E 1 ze stali R260.

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) (zwanej dalej ustawą pzp)

Ogłoszenie o przetargu ukazało się w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 21.01.2009 r. pod numerem 2009/5 13-018567.

W dniu 17.03.2009 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty dla zadań 1 i 2, powołując się na przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadań 1-3 i punktacji przyznanej ofertom, uznanym za ważne.

W dniu 20.03.2009 roku Odwołujący - ThyssenKrupp GfT Polska Sp. z o.o. złożył protest na następujące czynności Zamawiającego:

1. odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z siwz dla zadania nr 1 i 2,
2. odmowę ujawnienia pełnej treści oferty przedsiębiorcy Maurycego Wołka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: P.P.H.U. Moris Maurycy Wołek, zwanego dalej Moris.
3. wybór oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej we wszystkich zadaniach, mimo istniejących przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty Wykonawcy,
4. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej we wszystkich zadaniach, a to pomimo istniejących przesłanek skutkujących koniecznością odrzucenia oferty Wykonawcy Moris.
5. umieszczenie Odwołującego w końcowym porównaniu ofert na miejscu trzecim, pomimo, że w zakresie zadania 3 oferta Odwołującego jest korzystniejsza od oferty ArcelorMittal Poland SA.

Wskazanym wyżej czynnościom Zamawiającego, Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 8 ust. 1 w zw. z ust. 3 ustawy i art. 96 ust. 3 w zw. z ust. 2 ustawy poprzez bezzasadną odmowę udostępnienia całości oferty Wykonawcy, na skutek błędnego uznania przez Zamawiającego, iż zachodzą przesłanki do skutecznego, zgodnego z ustawą utajnienia badań kwalifikacyjnych potwierdzających spełnienie przez oferowane przez Wykonawcę szyny, będące przedmiotem zamówienia wymogów wynikających z normy wskazanej przez Zamawiającego w pkt 9 lit f siwz,
2. zasady równości i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy) poprzez odmowę dostępu do oferty Wykonawcy i w konsekwencji uniemożliwienie skutecznego zaskarżenia oferty Wykonawcy, gdyby ta ewentualnie okazała się wadliwa,
3. art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z siwz oraz nieodrzućenie oferty Wykonawcy, pomimo, iż została ona sporządzona niezgodnie z siwz,
4. art. 91 ust. 1 ustawy pzp poprzez sporządzenie końcowego zestawienia ofert uczestników w postępowaniu niezgodnie z kryteriami ich oceny przewidzianymi w siwz i ustawie a w konsekwencji umieszczenie Odwołującego w tym rankingu na miejscu trzecim- w zadaniu nr 3.

W zakresie zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniach 1 i 2 wskazał, że zaoferował szyny produkcji ArcelorMittal Poland S.A. lub Thyssen Schienen TSTG (Niemcy), załączając badania kwalifikacyjne na oba rodzaje szyn.

Zamawiający w piśmie z dnia 9 marca 2009 roku poddał w wątpliwość prawidłowość złożonych badań na szyny produkcji Thyssen Schienen TSTG i wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do przedłożenia poprawnych badań na ww. szyny.

Odwołujący przedłożył opinię Centrum Naukowo - Technicznego Kolejnictwa (CNTK), z której wynikało, iż złożone przez niego badania są prawidłowe i zgodne z normami wskazanymi w siwz. Pomimo tego Zamawiający odrzucił ofertę Protestującego w zakresie zadania nr 1 i 2 na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp jako niezgodną z SIWZ.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, że opinia CNTK nie może być uwzględniona, bo została wydana w dniu 10.03.2009 roku, a więc po upływie terminu przewidzianego na składanie ofert. Opinia nie jest brakującym dokumentem bądź oświadczeniem, bo dokumentem takim są badania kwalifikacyjne, a te zostały wydane w dacie przed upływem terminu składania ofert. Opinia została przedłożona celem wyjaśnienia iż złożone przez niego do oferty badania kwalifikacyjne są prawidłowe i spełniają wymogi wynikające z siwz. Zatem do przedłożonej opinii nie znajdzie zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Niezasadne jest także twierdzenie, że badania kwalifikacyjne zostały przeprowadzone niezgodnie z WTWiO oraz PN-EN 13674-1, z uwagi na wykonanie ich na szynach o innym profilu niż wymagana przez WTWiO oraz przekroczenie dopuszczalnej granicznej twardości. Zgodnie z normą PN-EN 13674-1, badania kwalifikacyjne należy przeprowadzić na szynach o profilu 60 E1 lub najcięższym produkowanym profilu.

Wszystkie przedłożone przez Odwołującego badania kwalifikacyjne zostały wykonane na szynach o profilu 60 E1, z wyjątkiem badań czystości tlenkowej, które zostały wykonane na szynach o profilu 49 E1 i 60 E2.

Odwołujący podniósł, że w przypadku badań czystości tlenkowej, profil badanej szyny nie ma znaczenia, albowiem w ramach tych badań badana jest stal, z której wytworzona została szyna. Istotne jest jedynie, aby badania zostały wykonane na tej samej sekwencji stali, co oferowane szyny. Jak wynika z opinii CNTK kwestionowane badania zostały przeprowadzone na właściwym końcu sekwencji i w rezultacie są one ważne dla całej sekwencji oraz dowolnego profilu szyn przeznaczonych dla Zamawiającego.

Oдноśnie parametru twardości szyn, zgodnie z normą PN -EN 13674-1 twardość szyn powinna mieścić się w przedziale 260-300 HBW. Z przeprowadzonych przez Odwołującego badań kwalifikacyjnych wynika, że twardość oferowanych przez niego szyn waha się od 296 do 303,67 HBW. Uzyskane parametry, których wartość przekracza wartości wynikające z ww. normy, nie świadczą jednakże o niezgodności badanych szyn z normą, bowiem

mieszczą się w granicach dopuszczalnego błędu pomiarowego. W odniesieniu do przedmiotowych badań kwalifikacyjnych, dla próbek, których parametry zostały zakwestionowane, dopuszczalny błąd pomiarowy wynosi: dla próby nr H23: +/-3,93; dla próby nr H 7: +/-3, 93.

Okoliczność tą potwierdza przedłożona opinia CNTK, a także wyjaśnienia z dnia 16 grudnia 2008 r. do raportu zatytułowanego „Przeprowadzenie badań kwalifikacyjnych i odbioru szyn kolejowych Vignole'a typu 60 E1 (UIC) w gatunku R260 z dnia 12.08.2008 r.”.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że zaoferował alternatywnie dostawę szyn produkcji Arcelor Mittal Poland S.A. bądź TSTG Schienen Technik a taki sposób konstruowania oferty został przez Zamawiającego zaakceptowany, na co wskazuje pismo z dnia 17.03.2009 roku o odrzuceniu oferty. Zamawiający w toku oceny zakwestionował jedynie badania kwalifikacyjne dotyczące jednego rodzaju szyn, zatem badania dotyczące drugiego rodzaju szyn Arcelor Mittal Poland S.A. zostały uznane za prawidłowe.

W zakresie zadania nr 3 i umieszczenia Odwołującego w rankingu na trzecim miejscu – wskazał, że w tym zadaniu cena oferty Odwołującego jest niższa od ceny zaproponowanej przez ArcelorMittal, który został sklasyfikowany na drugiej pozycji w rankingu ofert. Tym samym oferta Odwołującego winna być w tym zadaniu na 2 a nie 3 miejscu w rankingu ofert.

W zakresie odmowy ujawnienia całości oferty złożonej przez Moris, Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 6 marca 2009 roku zwrócił się z wnioskiem o udostępnienie oferty tego Wykonawcy. Zamawiający udostępnił jedynie część oferty, odmówił udostępnienia badań kwalifikacyjnych mających stanowić zgodnie z pkt 9 lit f siwz załącznik do oferty. Zamawiający wskazał, że dokumenty te są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępnione pozostałym uczestnikom postępowania. W piśmie z dnia 13.03.2009, w odpowiedzi na prośbę o wyjaśnienie, Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w przedmiocie utajnienia dokumentów.

Odwołujący podniósł, że zasada jawności, określona w art. 8 ustawy pzp jest zasadą fundamentalną, która przez działanie Zamawiającego polegające na odmowie udostępnienia całości oferty Wykonawcy została naruszona. W ocenie Odwołującego Zamawiający błędnie ustalił, że zachodzą podstawy do skutecznego zastrzeżenia informacji zawartych w badaniach kwalifikacyjnych. Dokumenty te, jak wskazał, nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wskazał na brzmienie normy art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a także powołał się na stanowisko doktryny, zgodnie z którym tajemnicą przedsiębiorstwa mogą być tylko informacje posiadające wartość gospodarczą.

W ocenie Odwołującego, utajnione informacje nie zawierają danych o procesie wytwarzania szyn, specyficznych dla danego przedsiębiorcy wzorów czy formuł chemicznych lub organizacji przedsiębiorstwa, które mogłyby mieć wartość gospodarczą. Badania kwalifikacyjne mają na celu potwierdzić, że jakość oferowanych szyn jest zgodna z wymaganiami zamawiającego oraz pozwalają ustalić jakie są parametry szyn przy czym parametry te muszą być zgodne z parametrami wynikającymi z ogólnodostępnej normy. Odwołujący podniósł, że skoro szyny mają być wykonane w oparciu o standardowe metody i normatywnie ustalone wzorce (ogólnodostępne normy) to parametrów tych szyn nie można uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Parametry szyn można ustalić na podstawie ogólnodostępnej normy, wskazanej w siwz, co dodatkowo świadczy o tym, że informacje zawarte w badaniach kwalifikacyjnych nie mogą być objęte tajemnicą. Dodatkowo Odwołujący wskazał na pkt 15 siwz- istotne postanowienia umowy, z którego wynika, że integralną częścią umowy są załączniki do umowy a jednym z takich załączników mają być warunki techniczne wykonania i odbioru szyn kolejowych – wymagania i badania ILK3d-518/3/07. Skoro dokumenty te mają stanowić załącznik do umowy i będą one podlegały udostępnieniu stosowanie do art. 139 ust. 3 ustawy pzp i ustawy o dostępie do informacji publicznej to nie można uznać, że na etapie ofert są one tajne. Odwołujący powołał się także na wyroki KIO z dnia 15 września 2008 roku Sygn. akt. KIO/UZP 908/08, z dnia 19 maja 2008 roku KIO/UZP 409/08 oraz Zespołu Arbitrów z dnia 23 października 2006 roku Sygn. akt. UZP/ZO/ 0-2631/06.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca jest dystrybutorem a nie producentem szyn a badania kwalifikacyjne są wykonywane przez producentów szyn i to jedynie oni mogliby powołać się na tajemnicę przedsiębiorstwa a nie dystrybutor, który posługuje się tymi dokumentami. Dystrybutor winien zwrócić się do producenta w przypadku wątpliwości, aby ten wyraził zgodę na udostępnienie wyników badań kwalifikacyjnych innym podmiotom.

Odmowa udostępnienia badań kwalifikacyjnych uniemożliwia Odwołującemu sprawdzenie prawidłowości wyboru oferty i ewentualne jej kwestionowanie. Jeżeli oferta zawiera w części tajnej błędy i polega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp to nieuzasadniona odmowa ujawnienia pełnej treści oferty może stanowić podstawę do unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą mającą wpływ na wynik postępowania.

W zakresie zaniechania odrzucenia oferty Moris, Odwołujący wskazał na następujące zarzuty:

1. niezgodność pieczęci na stronach oferty - w miejscu przeznaczonym na pieczęć wykonawcy widnieje pieczęć „Moris Maurycy Wołek, ul. Fabryczna 7, 43-100 Tychy”, a na pozostałych stronach, za wyjątkiem potwierdzenia przelewu kwoty wadium, znajdują się pieczęcie zawierające jedynie dane „dyrektor Maurycy Wołek” lub

potwierdzające zgodność danego dokumentu z oryginałem, opatrzone imieniem i nazwiskiem „Maurycy Wołek”. W ocenie Odwołującego jest to niezgodne z pkt 6 siwz, gdzie Zamawiający wymagał ostemplowania swoją pieczęcią każdej strony oferty i załączników do oferty.

2. sprzeczność w oznaczeniu wykonawcy – w treści oferty pojawiają się dwie różne nazwy firmy – Moris Maurycy Wołek (strona tytułowa oferty) oraz P.P.H.U. Moris Maurycy Wołek (pierwsza strona formularza ofertowego).

Ponadto Odwołujący, nie mając możliwości zapoznać się z całą treścią oferty, z ostrożności procesowej zakwestionował badania kwalifikacyjne i podniósł zarzut ich niezgodności z treścią siwz.

Zamawiający pismem z dnia 30.03.2009 roku, protest oddalił i wskazał, że zarzuty dotyczące oferty Moris są niezasadne i dotyczą one wyłącznie formalnego zakresu oferty a nie merytorycznej treści oferty. Błędy formalne nie mogą skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o przepisy ustawy pzp. Zamawiający w rozstrzygnięciu powołał się na dotychczasowe orzecznictwo i opinie doktryny, które potwierdzają to stanowisko i sprowadzają się do stwierdzenia, że „nieodpowiedniość” treści o jakiej mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp zachodzi wyłącznie w odniesieniu do treści merytorycznej oferty a nie jej formy.

Wobec uznania, że zarzuty wobec oferty Moris są niezasadne Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie posiada interesu prawnego, bowiem ewentualne uwzględnienie protestu co do zarzutów dotyczących jego oferty i tak nie pozwoli mu uzyskać tego zamówienia.

Odnosząc się jednak do zarzutów dotyczących oferty Odwołującego stwierdził, że:

1. badania kwalifikacyjne zostały przeprowadzone niezgodnie z WTWiO oraz PN-EN 13647-1, tj.: zostały wykonane na szynach o profilu 60E2 i 49E1, a WTWiO uznaje, że muszą zostać przeprowadzone na szynach 60E1 lub o produkowanym cięższym przekroju (szyna 60E1 jest cięższa od szyny 60 E2). W wynikach badań została przekroczona dopuszczalna graniczna twardość.
2. nie może uznać, badań kwalifikacyjnych dotyczących drugiego rodzaju szyn, bowiem nawet gdyby je uznać za prawidłowe to i tak oferta podlegałaby odrzuceniu jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów (89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp), z uwagi na brak jednoznacznego wskazania w ofercie zaoferowanego asortymentu. Wykonawca nie określając konkretnego rodzaju zaoferowanych szyn nie określił istotnych postanowień przyszłej umowy.

W odniesieniu do zastrzeżonych w ofercie Moris badań kwalifikacyjnych, Zamawiający wyjaśnił, że zbadał wszystkie przesłanki konieczne do stwierdzenia skuteczności utajnienia oferty i w jego ocenie utajnione informacje są informacjami stanowiącymi

tajemnicę przedsiębiorstwa: mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej oraz podjęto niezbędne działania celem zachowania ich poufności. Na poparcie swoich twierdzeń Zamawiający zacytował fragment opinii Urzędu Zamówień Publicznych, zamieszczonej na stronach internetowych.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego, Odwołujący w dniu 9.04.2009 roku (wpływ bezpośredni) wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a jego kopię doręczył w dniu 9.04.2009 roku Zamawiającemu.

Odwołujący podtrzymał argumentację i zarzuty zawarte w proteście i wniósł o:

1. uchylenie czynności polegającej na odmowie udostępnienia całości oferty Wykonawcy Moris i udostępnienie całej oferty wraz z badaniami kwalifikacyjnymi.
2. uchylenie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na zadanie nr 1 i 2.
3. uchylenie czynności wyboru oferty Moris i nakazanie odrzucenia oferty Wykonawcy na zadanie nr 1, 2 i 3 jako niezgodnej z siwz,
4. nakazanie powtórzenia czynności ofert dla zadań 1,2 i 3 z uwzględnieniem oferty Odwołującego i odrzuceniem oferty Moris.
5. nakazanie umieszczenia oferty Odwołującego na zadanie 3 przed ofertą Arcelor Mittal Poland S.A.
6. zasądzenie kosztów wg. norm przepisanych.

Na podstawie oryginalnej dokumentacji przedmiotowego postępowania: treści ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy skład orzekający Izby, ustalił co następuje:

Postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia obejmuje dostawę nowych szyn kolejowych o:

- profilu 60 E1 ze stali R 260 w klasie tolerancji wykonania X i w klasie prostości, płaskości A w ilości 63 155 mb tj. ca 3 802,563 ton;
- profilu 49 E1 ze stali R 260 w klasie tolerancji wykonania X i w klasie prostości, płaskości A w ilości 30 280 mb tj. ca 1 495,63 ton.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 3 zadania częściowe, z których każde stanowi przedmiot odrębnego rozpoznania.

Na podstawie zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 17.03.2009 roku, Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez

P.P.H.U. Moris Maurycy Wołek (zwany dalej Moris) we wszystkich zadaniach 1, 2 i 3 przedmiotowego zamówienia. Z treści zawiadomienia o wyborze z dnia 17.03.2009 roku wynika, że oferta Odwołującego została odrzucona z postępowania w zadaniach 1 i 2, natomiast w zadaniu nr 3 jako oferta ważna została sklasyfikowana na drugiej pozycji z liczbą punktów 94,98 w jedynym kryterium oceny ofert, jakim jest cena oferty, bezpośrednio po ofercie Moris.

Ze zbiorczego zestawienia ofert (druk ZP-12) wynika, że:

W zadaniach 1 i 2 oferta Odwołującego z ceną 2 448 279,02 zł (zadanie nr 1) oraz 2 395 320, 06 zł (zadanie nr 2) znajduje się na trzeciej pozycji w rankingu ofert i poprzedzają ją oferty: Moris z ceną 1 967 962,70 zł (zadanie nr 1) oraz 1 979 326,10 zł (zadanie nr 2) oraz Arcelor Mittal Poland S.A. z ceną 2 148 081, 32 zł (zadanie nr 1) oraz 2 395 320, 06 zł (zadanie nr 2).

Ze zbiorczego zestawienia ofert wynika również, że w zadaniu nr 3 cena oferty Odwołującego wynosi 14 445 390,14 zł i jest ofertą trzecią w kryterium cena. Jak wyjaśnił w trakcie rozprawy Zamawiający w zbiorczym zestawieniu ofert dla zadania nr 3 omyłkowo wpisano całkowitą cenę brutto oferty Odwołującego.

Należy zgodzić się z Zamawiającym, że omyłka to nie miała wpływu na wybór oferty oraz na klasyfikację poszczególnych ofert złożonych w zadaniu nr 3. Wskazanie w zbiorczym zestawieniu ofert w zadaniu nr 3 ceny całkowitej oferty zamiast, będącej podstawą oceny ofert ceny za 1 tonę szyn jest uchybieniem formalnym, które pozostaje bez wpływu na ranking ofert i fakt, że oferta Odwołującego w zadaniu nr 3 została sklasyfikowana na drugiej pozycji, bezpośrednio po ofercie Moris, o czym Zamawiający poinformował pismem z dnia 17.03.2009 roku. Protokół wraz z załącznikami, w tym zbiorcze zestawienie ofert, jest dokumentem wewnętrznym, sporządzanym przez Zamawiającego zgodnie z wymaganiami określonymi w przepisach ustawy pzp i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 24.10.2007 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. nr187, poz. 1327) i stanowi on jedynie potwierdzenie dokonanych przez Zamawiającego w toku postępowania czynności, nie wywołuje zaś skutków prawnych dla uczestników postępowania. Źródłem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz rankingu ofert, złożonych w postępowaniu jest informacja o wyborze, przekazywana wykonawcom zgodnie z art. 92 ustawy pzp.

Wobec okoliczności, że w zadaniach nr 1 i 2 Odwołujący podnosił zarzuty dotyczące niezasadności odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, natomiast nie zgłaszał zarzutów dotyczących oferty Arcelor Mittal Poland S.A. czyli oferty bezpośrednio poprzedzającej ofertę Odwołującego, należy uznać, że pomimo ewentualnego uwzględnienia

zarzutów zgłoszonych przez Odwołującego w zadaniach nr 1 i 2 i tak nie uzyskałby on zamówienia publicznego w przedmiotowych zadaniach.

Izba, mając na uwadze, złożone do protokołu rozprawy oświadczenie pełnomocnika Odwołującego o rezygnacji z podtrzymywania zarzutów co do odrzucenia oferty Odwołującego, pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania.

W pozostałym zakresie, oceniając zarzuty podniesione w proteście i odwołaniu, Izba ustaliła co następuje:

Zgodnie z wymaganiami pkt 9 f siwz w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wymaga się załączenia ważnego certyfikatu wydanego przez jednostkę notyfikowaną lub świadectwo dopuszczenia do eksploatacji typu budowli przeznaczonej do prowadzenia ruchu kolejowego, wydane przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego przed dniem 31.12.2008 roku. Przedmiotowe dokumenty powinny być potwierdzone badaniami kwalifikacyjnymi, wykonanymi przez uprawnione laboratorium akredytowane, spełniające wymagania norm PN- EN ISO 9001: 2002 systemy zarządzania jakością.

W pkt 4 c siwz, Zamawiający wskazał, że dokumentami odbioru jakościowego szyn będą dokumenty zgodne z „Warunkami Technicznymi Wykonania i Odbioru Szyn Kolejowych – Wymagania i badania ILK3d- 518/3/07” :

- deklaracja zgodności – informacja o wyrobie budowlanym,
- świadectwo odbioru 3.2 zgodnie z normą PN- EN 10204:2006,
- wyniki badań laboratoryjnych oraz oświadczenie o przeprowadzonych badaniach ultradźwiękowych, laserowych oraz wiropędowych,
- datowany wykaz cech wklęsłych dostarczanej partii szyn.

Analogiczny zakres dokumentów wymaganych przy odbiorze jakościowym towaru został wskazany w § 4 ust. 4 istotnych postanowień umowy.

Do oferty Wykonawcy Moris załączono odrębny skoroszyt z adnotacją „część stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa”, w którym zamieszczono badania i ocenę szyn kolejowych Vignole`a gatunku 260 (praca 3200/11), Warszawa, luty 2005 roku.

W wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów Moris, przedstawił badania naprężeń resztkowych w stopce szyny z dnia 5.09.2008 roku, które również zostały zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Fundamentalną zasadą prawa zamówień publicznych jest zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne. Zasada ta przejawia się w całym procesie udzielenia zamówienia poczynając od publicznego ogłoszenia o zamówieniu przez jawność złożonych ofert aż do zawarcia jawnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jawność dotyczy wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, a ustawodawca czyni w tym zakresie wyjątek od reguły, nakazujący zamawiającemu nie ujawnianie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca składając ofertę, zastrzeże w odniesieniu do tych informacji, że nie mogą być one ogólnie udostępnione (art. 8 ust. 3 ustawy pzp).

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny 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 – art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.). W oparciu o wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59) należy wskazać, że aby uznać, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa muszą być spełnione łącznie trzy warunki:

- informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Biorąc po uwagę definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa oraz dotychczasowe orzecznictwo w tej kwestii, Izba uznała, że zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty: badania i ocena szyn kolejowych Vignole`a gatunku 260 oraz badania naprężeń resztkowych w stopce szyny nie spełniają przesłanek określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem ich treść nie może być objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. O uznaniu informacji za tajemnicę świadczy bowiem treść informacji, które zostały zastrzeżone a nie samo działanie wykonawcy mające na celu zachowanie ich poufności.

W ocenie Izby, dane zawarte w treści wskazanych dokumentów nie posiadają wartości gospodarczej, technicznej czy technologicznej, zapoznanie się z nimi przez osoby postronne nie spowoduje uzyskania przewagi przez konkurentów, bowiem informacje te nie mają

charakteru unikalnego, nie proponują nowatorskich czy specyficznych wyłącznie dla tego rodzaju i typu szyn rozwiązań technicznych, technologicznych czy gospodarczych.

Celem badań wykonanych przez Centrum Naukowo - Techniczne Kolejnictwa na zlecenie dystrybutora szyn – Moris, jest ocena zgodności zaproponowanych szyn z powszechnie dostępnymi normami europejskimi, które określają parametry konieczne dla spełnienia wymogów określonych w danej normie. Zatem badania, które potwierdzają, że dany wyrób spełnia określone w normie wymagania, nie zawierają informacji, podlegających ochronie zgodnie z ustawą o nieuczciwej konkurencji.

Należy podkreślić, że informacje o podobnym charakterze, zawierające dane dotyczące przeprowadzonych badań i oceny zgodności towaru z powszechnie dostępną normą, ujawnia się nie tylko w innych postępowaniach o zamówienie publiczne ale także w rozpatrywanym postępowaniu - pozostali wykonawcy nie zastrzegli tych danych jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby, zarówno Zamawiający jak i Przystępujący nie przedstawili żadnego dowodu, który mógłby świadczyć o tym, że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Twierdzenie Przystępującego, że istniejąca z producentem szyn umowa zawiera rzekomo informację o konieczności „zachowania poufności” w zakresie badań kwalifikacyjnych pozostało bez dowodu.

Dodatkowo należy wskazać, że jak wynika, z przytoczonych wyżej postanowień pkt 4 c oraz § 4 ust. 4 istotnych postanowień umowy zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa badania kwalifikacyjne mają być załączane przy odbiorze jakościowym każdej partii towaru, a zatem będą one stanowić dokumenty jawne, podlegające weryfikacji przy każdorazowym odbiorze.

Konkludując Izba uznała, że zastrzeżenie dochowania poufności, złożone w ofercie, stanowi jedynie próbę uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów, bowiem treść zastrzeżonych dokumentów nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Ponieważ Zamawiający błędnie uznał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czym naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp, to zasadnym jest nakazanie Zamawiającemu ujawnienia informacji, które wykonawca Moris objął zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania.

Odwołujący z uzasadnionych względów (wobec utajnienia części oferty) nie mógł skonkretyzować zarzutów co do treści zastrzeżonych dokumentów i zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp przez złożenie wyników badań, które nie odpowiadają treści siwz, podniósł z ostrożności procesowej. Izba uznała, że w sytuacji uznania poczynionego przez

Wykonawcę zastrzeżenia za bezskuteczne, Odwołujący uzyska prawo do kwestionowania utajnionych dokumentów po zapoznaniu się z ich treścią.

Izba oddaliła zarzuty dotyczące „formalnych” niezgodności treści oferty Moris z treścią siwz, w zakresie: opieczątowania stron oferty oraz sprzeczności w oznaczeniu nazwy wykonawcy. Należy zgodzić się z Zamawiającym, że uchybienia te stanowią jedynie naruszenie formy a nie treści i nie wywołują negatywnego skutku w postaci konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Wymagania wskazane przez Zamawiającego w pkt 6 siwz dotyczące m.in. konieczności ostemplowania oferty i załączników do oferty jak również inne wymogi dotyczące np. „oprawienia oferty w sposób uniemożliwiający jej przypadkowe rozpięcie lub zgubienie którejkolwiek stron”, odnoszą się wyłącznie do sposobu sporządzenia prawidłowej pod względem formy a nie treści oferty, a ich niespełnienie nie może w żadnym razie skutkować odrzuceniem oferty, bowiem ustawa taki skutek przewiduje jedynie w sytuacji „nieodpowiedniości” treści oferty a nie formy z treścią siwz.

Zatem wyłącznie w aspekcie uchybień formalnych należy rozważać opieczątowanie oferty dwoma różnymi pieczęciami „Moris Maurycy Wołek, ul. Fabryczna 7, 43-100 Tychy” na pierwszej stronie oraz na pozostałych stronach oferty pieczęcią „dyrektor Maurycy Wołek” lub potwierdzenie za zgodność danego dokumentu z oryginałem, opatrzone imieniem i nazwiskiem „Maurycy Wołek”.

Naruszeniem jedynie formalnym, nie powodującym konieczności odrzucenia oferty jest także różne określenie w dokumentach oferty nazwy wykonawcy.

Istotnie w treści oferty i jej załącznikach pojawiają się dwie różne nazwy firmy - Moris Maurycy Wołek (strona tytułowa oferty) oraz PPHU Moris Maurycy Wołek (pierwsza strona formularza ofertowego). Źródłem wyjaśnienia tych wątpliwości jest zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej nr 4131/1994 wydane przez Burmistrza Miasta Mikołowa, zamieszczone w uzupełnieniu do oferty jak również złożone do akt sprawy, z którego wynika, że przedsiębiorca Maurycy Wołek prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą pod nazwą PPHU Moris Maurycy Wołek, nazwa skrócona: Moris. Posłużenie się zatem wskazanymi w dokumentach oferty nazwami podmiotu pozwala na jego jednoznaczną identyfikację i nie pozostawia wątpliwości, że chodzi o ten sam podmiot.

Zatem zarzuty naruszenia art. 8 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 96 ust. 3 w zw. z ust. 2 i art. 7 ust. 1 zasługują na uwzględnienie.

Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1 a, uznając, że czynność bezskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa może mieć wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 191 ust. 1 a ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....