

Sygn. akt KIO/UZP 818/10

WYROK
z dnia 24 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Członkowie: Agata Mikołajczyk
Izabela Niedziałek - Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum Firm: ASSECO Systems S.A., ASSECO Poland S.A., 02-146 Warszawa, ul. 17 stycznia 74** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komenda Główna Policji Biuro Finansów, 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 36/38** protestu z dnia 8 kwietnia 2010 r.

przy udziale **Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o., 02-678 Warszawa, ul. Szturmowa 2A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz **Comparex Poland Sp. z o.o., 02-231 Warszawa, ul. Jutrzenki 183** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględni odwołanie w zakresie zarzutu utajnienia części dokumentów złożonych w ofercie przez **Comparex Poland sp. z o.o.** i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie dokumentów objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie firmy **Comparex Poland sp. z o.o.**

2. kosztami postępowania obciąża **Komendę Główną Policji Biuro Finansów, 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 36/38**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum Firm: ASSECO Systems S.A., ASSECO Poland S.A., 02-146 Warszawa, ul. 17 stycznia 74**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Komendę Główną Policji Biuro Finansów, 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 36/38** na rzecz **Konsorcjum Firm: ASSECO Systems S.A., ASSECO Poland S.A., 02-146 Warszawa, ul. 17 stycznia 74** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego przed KIO,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum Firm: ASSECO Systems S.A., ASSECO Poland S.A., 02-146 Warszawa, ul. 17 stycznia 74.**

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

Zamawiający – Komenda Główna Policji w Warszawie prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego z etapem aukcji elektronicznej, którego przedmiotem jest zakup usług wsparcia pogwarancyjnego, sprzętu, systemu operacyjnego i oprogramowania standardowego w ramach systemów KCIK/KSIP numer postępowania 139/BŁil/09/AL/FZ. Ogłoszenie ukazało się w Dzienniku Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 11 grudnia 2009 r. W toku postępowania zostały złożone trzy oferty, oferta Comparex Poland sp. z o.o., oferta Hewlett Packard Polska sp. z o.o., oferta Konsorcjum Konsorcjum Asseco Sysytems S.A. i Asseco Poland S.A. W dniu 19 marca 2010 r. Zamawiający przekazał wszystkim wykonawcom zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej, w którym wskazał m.in. każdemu z wykonawców, którą pozycję zajmuje jego oferta oraz ile punktów przyznano ofercie w kryterium „cena oferty brutto”. Aukcja elektroniczna, miała miejsce w dniu 26 marca

2010 r. 29 marca 2010 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty firmy Comparex Poland sp. z o.o. W dniu 08 kwietnia 2010 r. Odwołujący wniósł do Zamawiającego protest. Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiła firma Hewlett Packard Polska sp. z o.o. Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 19 kwietnia 2010 r. W dniu 29 kwietnia 2010 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania
2. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. wykluczenie firmy Comparex Poland sp. z o.o. z udziału w postępowaniu,
4. odrzucenie oferty Comparex Poland sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz jako zawierającej rażąco niską cenę i jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
5. wykluczenie Hewlett Packard Polska sp. z o.o. z udziału w postępowaniu,
6. odrzucenie oferty Hewlett Packard Polska sp. z o.o. jako niepotwierdzającej spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz jako oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji,
7. ponowne dokonanie oceny ofert i uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą oraz wybór oferty Odwołującego,

Z ostrożności procesowej, w razie nieuwzględnienia powyższych wniosków, Odwołujący wnosił o:

8. unieważnienie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Comparex Poland sp. z o.o. – przystępujący. Na posiedzeniu Izba postanowił dopuścić do udziału w postępowaniu przystępującego. Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpił Hewlett Packard Polska sp. z o.o. – przystępujący. Na posiedzeniu Izba postanowił dopuścić do udziału w postępowaniu przystępującego.

KIO stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W przypadku potwierdzenia się, że czynności dokonane przez Zamawiającego w zakresie oceny ofert Comparex Poland sp. z o.o. i Hewlett Packard Polska sp. z o.o. są niezgodne z prawem oraz uwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu, sytuacja prawna odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegałaby zmianie, dając odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Na posiedzeniu Izba ustaliła, że część zarzutów nie mogła podlegać rozpoznaniu w związku z art. 187 ust. 4 pkt 4 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Są to zarzuty dotyczące:

- 1) zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Comparex Poland sp. z o.o. z powodu rażąco niskiej ceny tej oferty oraz zaniechania przeprowadzenia czynności mających na celu ustalenie czy cena oferty złożonej przez Comparex Poland sp. z o.o. jest rażąco niska;
- 2) zaniechania podjęcia przez Zamawiającego czynności mających na celu weryfikację zgodności oferty złożonej przez Comparex Poland sp. z o.o. z SIWZ;
- 3) nie wykluczenia i nie odrzucenia oferty Comparex Poland sp. z o.o. z powodu nie wykazania się przez firmę Comparex Poland sp. z o.o. stosownym doświadczeniem równoważnym z przedmiotem niniejszego postępowania;
- 4) nie wykluczenia i nie odrzucenia oferty Comparex Poland sp. z o.o. z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającym na dysponowaniu wyspecjalizowanym personelem.

W zakresie powyższych zarzutów protest Odwołującego został wniesiony z naruszeniem terminu określonego w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc odwołanie w tym zakresie podlegałoby odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 91b ust. 1 Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty nie podlegające odrzuceniu. Z treści tego artykułu wynika bezwzględnie, że zaproszenie do aukcji musi poprzedzać ocena ofert pod kątem sprawdzenia, czy złożone oferty nie podlegają odrzuceniu, a więc zarówno co do przesłanek określonych w artykule 89 ust. 1, jak i spełnienia warunków określonych w SIWZ przez Zamawiającego. W niniejszym postępowaniu Zamawiający dokonał otwarcia ofert w dniu 26 lutego 2010r. Przy dokonywaniu przez Zamawiającego czynności otwarcia obecny był przedstawiciel Odwołującego. Przedstawicielowi Odwołującego doskonale więc znany był fakt, że wpłynęły trzy oferty i trzy oferty zostały otwarte przez Zamawiającego (w tym oferta Odwołującego).

Zamawiający w dniu 19 marca 2010r. przekazał Wykonawcom zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej. W zaproszeniu tym Zamawiający określił pozycję w rankingu ofert, jaką zajmował dany Wykonawca, do którego zostało skierowane zaproszenie, a także podał punktację, jaką przyznano ofercie danego Wykonawcy. W odniesieniu do Konsorcjum Asseco System S.A. i Asseco Poland S.A. Zamawiający podał, że oferta Konsorcjum otrzymała 42,37 punktów i w związku z tym zajmuje trzecie miejsce. Fakt przesłania Wykonawcom zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej stanowił informację dla Wykonawców, że Zamawiający dokonał oceny złożonych ofert w tym także, że dokonał

sprawdzenia, czy oferty nie podlegają odrzuceniu. Powyższe potwierdza przyznana każdej ofercie indywidualnie liczba punktów, o czym każdy z Wykonawców indywidualnie otrzymał powiadomienie.

Jednocześnie z chwilą otrzymania przez Odwołującego zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, Odwołujący uzyskał informację, że żadna ze złożonych ofert nie została przez Zamawiającego odrzucona. Skoro bowiem w postępowaniu złożone zostały trzy oferty (o czym Odwołujący powziął informację z chwilą otwarcia ofert, bowiem przy tej czynności obecny był przedstawiciel Odwołującego), a w zaproszeniu wskazano, że po dokonaniu przez Zamawiającego oceny ofert, oferta Odwołującego zajmuje trzecie miejsce, tym samym z obu tych faktów jednoznacznie wynikało, że Zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert. Ponadto zgodnie z treścią art. 91a ust. 1 oraz art. 91b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że przeprowadzenie przez zamawiającego aukcji elektronicznej możliwe jest wyłącznie w przypadku, gdy w postępowaniu złożone zostały co najmniej 3 oferty nie podlegające odrzuceniu. Także ta okoliczność przesądza o tym, iż Odwołujący w chwili otrzymania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej miał świadomość, iż Zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert. Skoro bowiem w postępowaniu złożone zostały trzy oferty (a świadomość tego Odwołujący miał), a Zamawiający przystąpił do aukcji elektronicznej (a jedną z przesłanek aukcji jest istnienie trzech nieodrzuconych ofert), to z okoliczności tych jednoznacznie wynika, iż Zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert.

Tym samym od daty otrzymania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej należy liczyć termin, w jakim Odwołujący powinien wnieść protest dotyczący czynności Zamawiającego w zakresie wykluczenia lub odrzucenia ofert oraz wszelkich czynności dokonywanych przez Zamawiającego w związku z otwarciem i badaniem ofert (lub też zaniechaniem dokonania takich czynności przez Zamawiającego). Jest to bowiem moment, w którym Odwołujący mógł powziąć wiadomość o tym, że Zamawiający dokonał czynności badania, oceny ofert, w tym kwestii, czy złożone oferty nie podlegały odrzuceniu.

Zgodnie z artykułem 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (...). Odwołujący więc miał prawo wnieść protest do Zamawiającego w ciągu 10 dni od dnia 19 marca 2010 roku na okoliczność badania, oceny i kwestii odrzucenia ofert w tym postępowaniu. Tym samym termin na wniesienie protestu przez Odwołującego upływał w dniu 29 marca 2010 roku. Ponieważ Odwołujący protest na te okoliczności wniósł w dniu 8 kwietnia 2010r., a więc z uchybieniem terminu określonego w ustawie, Izba na podstawie art. 187 ust. 4 pkt. 4 odrzuca odwołanie w zakresie podniesionych przez Odwołującego zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, niezgodności z SIWZ, niespełnienia warunku udziału w

postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim wyspecjalizowanym personelem, nie wykazania się stosownym, równoważnym doświadczeniem.

W zakresie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, niezgodności z SIWZ, niespełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim wyspecjalizowanym personelem, nie wykazania się stosownym, równoważnym doświadczeniem odwołanie podlega odrzuceniu także z uwagi na fakt, że zarzuty te zostały już wcześniej podniesione przez innego wykonawcę biorącego udział w niniejszym postępowaniu przetargowym – Hewlett-Packard Polska sp. z o.o. Zamawiający w dniu 24 marca 2010r. poinformował Odwołującego o wniesionym przez Hewlett-Packard sp. z o.o. proteście, jego treści oraz wezwał Odwołującego do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu na podstawie art. 181 ustawy Prawo zamówień publicznych. *Z uwagi na powyższe, fakt wniesienia przez Odwołującego kolejnego protestu, w dniu 08 kwietnia 2010 r. na czynność badania ofert i oceny oraz nieodrzczenia ofert, a więc na czynności Zamawiającego, które były już przedmiotem protestu, jest nieskuteczne. Regulacja przepisu 181 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oznacza, że dana czynność Zamawiającego nie może być dwukrotnie zaskarżana przez wykonawcę. Czynność wykonana w rezultacie ostatecznego rozstrzygnięcia protestu nie może być następnie kwestionowana przez wykonawcę, który będąc poinformowanym o wniesieniu protestu, nie przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Odwołujący w niniejszym postępowaniu nie przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Tym samym zgodnie z art. 181 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący utracił możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.*

Wniesienie protestu w dniu 08 kwietnia 2010 r. z powołaniem tych samych okoliczności co podniesione przez innego wykonawcę w ostatecznie rozstrzygniętym proteście z dnia 24 marca 2010r., jest więc nie tylko czynnością Odwołującego spóźnioną, a więc wypełnia przesłankę wniesienia protestu po terminie, ale także wypełnia przesłankę art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi, że Wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

W związku z powyższym, odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny, niezgodności z SIWZ, niespełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim wyspecjalizowanym personelem, nie wykazania się stosownym, równoważnym doświadczeniem podlegałoby odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6

ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie wniesione przez wykonawcę wezwanego na podstawie art. 181 ust. 3 w zakresie dotyczącym czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

W zakresie wyżej wymienionych zarzutów Izba wydała wyrok w dniu 4 maja 2010r., w którym Izba merytorycznie odniosła się do zarzutów podniesionych w odwołaniu Hewlett-Packard Polska sp. z o.o., które to odwołanie było następstwem rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu z dnia 24 marca 2010r. Oznacza to, że Izba uznała, że zarówno odwołanie, jak i protest z dnia 24 marca 2010r., zostały wniesione z zachowaniem terminu określonego w ustawie Prawo zamówień publicznych. Izba w wyroku z dnia 4 maja 2010r. orzekła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym Izba potwierdziła, że w niniejszym postępowaniu przetargowym właściwym terminem do wniesienia protestu na okoliczności wykluczenia lub odrzucenia ofert oraz wszelkich czynności dokonywanych przez Zamawiającego w związku z otwarciem i badaniem ofert (lub też zaniechaniem dokonania takich czynności przez Zamawiającego) był termin 29 marca 2010r.

Z tych też względów zarzut z odwołania dotyczący oferty Comparex Poland sp. z o.o. w zakresie utajnienia części dokumentów złożonych w ofercie Comparex Poland sp. z o.o. jako niepodlegający odrzuceniu, został rozpoznany na rozprawie.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący obok zarzutów wskazanych powyżej, dotyczących oferty Comparex Poland sp. z o.o., przedstawił zarzuty dotyczące oferty Hewlett Packard Polska sp. z o.o. Odwołujący wskazywał, iż Wykonawca Hewlett Packard Polska sp. z o.o. od początku prowadzenia przedmiotowego postępowania stał na uprzywilejowanej pozycji, a zbieżność kwoty podanej przez Zamawiającego podczas otwarcia ofert z ceną zaoferowaną przez Hewlett Packard Polska sp. z o.o. również nie jest przypadkowa. Odwołujący podnosił także, iż Hewlett Packard Polska sp. z o.o. jest głównym dostawcą sprzętu i oprogramowania, z których od lat korzysta Zamawiający i jako taki znał szczegółowo specyfikę przedmiotu zamówienia. Zamawiający, zdaniem Odwołującego, powinien wezwać Hewlett Packard Polska sp. z o.o. do złożenia odpowiednich wyjaśnień, a w skrajnym przypadku, powinien wykluczyć Hewlett Packard Polska sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia, działając na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1) Pzp. W niniejszym postępowaniu, zdaniem Odwołującego, doszło do naruszenia wskazanej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady uczciwej konkurencji.

W zakresie tego zarzutu odwołanie również w tej części podlega odrzuceniu. Jak wskazano powyżej, Odwołujący miał prawo wnieść protest do Zamawiającego w terminie 10 dni od dnia 19 marca 2010 roku na okoliczność badania, oceny i kwestii wykluczenia lub odrzucenia ofert w tym postępowaniu. O fakcie, iż Wykonawca Hewlett Packard Polska sp. z

o.o. złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący wiedział od chwili otwarcia ofert, gdyż jak wskazano na rozprawie (czemu Odwołujący nie zaprzeczył) przedstawiciel Odwołującego był obecny podczas czynności otwarcia ofert. Ponadto, jak wskazano powyżej, Odwołujący w chwili otrzymania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej miał świadomość, iż Zamawiający nie odrzucił żadnej ze złożonych ofert, czyli także oferty Hewlett Packard Polska sp. z o.o. Znajdując więc przesłanki, które prowadziłyby do konieczności wykluczenia lub odrzucenia oferty Hewlett Packard Polska sp. z o.o., Odwołujący powinien był je podnieść już na etapie otrzymania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Tym samym w zakresie czynności Zamawiającego - badania ofert, wykluczenia lub odrzucenia ofert - termin na wniesienie protestu przez Odwołującego upływał w dniu 29 marca 2010 roku, a więc w terminie 10 dni od otrzymania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej. Tak więc zarzut podnoszony przez Odwołującego w zakresie konieczności wykluczenia oferty Hewlett Packard Polska sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odrzucenia w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest zarzutem spóźnionym. W tym zakresie w świetle art. 187 ust. 4 pkt 4 odwołanie podlega odrzuceniu.

W zakresie zarzutu bezpodstawnego utajnienia części dokumentów złożonych przez Comparex Poland sp. z o.o. Izba stwierdziła iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania w tej części i postanowiła rozpoznać ten zarzut na rozprawie.

Odwołujący podniósł zarzut niezasadnego utajnienia oferty Comparex Poland sp. z o.o., w tym dokumentów stanowiących część oferty potwierdzających spełnienie przez Comparex Poland sp. z o.o. warunków postępowania określonych w SIWZ. W zakresie tego zarzutu Odwołujący stwierdził, iż w jego ocenie wykaz usług zrealizowanych przez Comparex Poland sp. z o.o. oraz dokumenty mające potwierdzić należyte wykonanie zamówień określonych w wykazie nie mogą zostać zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa gdyż nie spełniają przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podniósł również, iż sprzeczne z art. 8 ust. 1-3 w związku z art. 96 ust. 2 i ust.3 oraz art. 80 ust. 1 pkt 3 jest utajnienie przez Zamawiającego dokumentów dotyczących niezalegania przez Comparex Poland sp. z o.o. z daninami publiczno – prawnymi.

Izba stwierdziła, że powyższy zarzut zasługuje na uwzględnienie. Definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa zawiera 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 ich poufności.

Z brzmienia tego przepisu wynika, że aby dana informacja mogła zostać uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, muszą zostać spełnione następujące przesłanki:

- 1) informacja musi mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa i posiadać wartość gospodarczą (informacja może mieć inny charakter niż techniczny, technologiczny lub organizacyjny, ale także pod warunkiem posiadania wartości gospodarczej),
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) przedsiębiorca podjął w stosunku do informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Aby uznać daną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, wszystkie powyższe przesłanki powinny zostać spełnione łącznie.

Jak wynika z wykładni art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dokonanej przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000r., (sygn. akt I CKN 304/00, LEX nr 45342), wskazane w tym przepisie przesłanki należy rozumieć w sposób następujący:

- 1) Przez informacje technologiczne należy rozumieć informacje dotyczące najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Z kolei informacja handlowa obejmuje, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.
- 2) Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane w jej posiadaniu. „Taka informacja podpada pod pojęcie "tajemnicy", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, może ona być nieznaną, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano.”
- 3) Za podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji należy rozumieć sytuację, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich

strony. Oznacza to, iż przedsiębiorca powinien podjąć odpowiednie działania organizacyjne i porządkowe w celu utrzymania danej wiadomości w tajemnicy.

W świetle definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w ocenie Izby nie sposób uznać, aby informacje niezbędne do wykazania doświadczenia wykonawcy, mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje te obejmują bowiem nazwę podmiotu, na rzecz którego wykonawca świadczył dostawy lub wykonywał usługi, przedmiot zamówienia (zakres czynności wykonywanych przez wykonawcę) oraz datę wykonania.

Informacje te w ocenie Izby nie mieszczą się w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa określonej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacje te nie mają bowiem charakteru technicznego, technologicznego lub organizacyjnego, ani też bezpośrednio nie posiadają wartości gospodarczej. Przy czym podkreślenia wymaga, iż wartość gospodarcza powinna być rozumiana wyłącznie jako wartość ekonomiczna danej informacji (tak: K. Korus [w:] K. Korus, Komentarz do ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, LEX 2002).

Niezależnie od faktu, iż w ocenie Izby sam charakter informacji dotyczących doświadczenia wykonawcy przesądza o tym, że nie mogą one zostać uznane za tajemnice przedsiębiorstwa, to przeciwko uznaniu za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji o doświadczeniu wykonawcy Comparex Poland sp. z o.o. przemawiają także dokumenty przedstawione przez Comparex Poland sp. z o.o. Na rozprawie w dniu 18 maja 2010r. przedstawiciel Comperex Poland sp. z o.o. podniósł bowiem, iż zawarł umowy, w których na mocy klauzul umownych związany został obowiązkiem przestrzegania poufności informacji objętych tymi umowami. Na potwierdzenie powyższego stwierdzenia, przedstawiciel Comparex Poland sp. z o.o. przedstawił fragment umowy na najem sprzętu i świadczenie usług serwisowych, zawartej przez Comparex Poland sp. z o.o., zawierający treść klauzuli poufności. Zdaniem Izby przedstawiona treść klauzuli poufności nie uniemożliwia Comparex Poland sp. z o.o. ujawnienia faktu zawarcia tej umowy, ani jej przedmiotu. Zgodnie bowiem z treścią przedstawionej klauzuli poufności, przez informacje poufne strony rozumiały:

- 1) know-how, projekty, specyfikacje, dokumenty oraz wszelkie dane handlowe, finansowe, organizacyjne, techniczne, technologiczne i inne,
- 2) dane personalne, ekonomiczne i prawne obu stron,
- 3) wszelkie informacje dotyczące stron, nie podane do wiadomości publicznej, a uzyskane teraz lub w przyszłości w związku z podjętą współpracą,

4) wszelkie inne dane, które dla jakiegokolwiek przyczyny są przechowywane lub przetwarzane przez strony.

Z powyższego zakresu informacji, które na mocy zobowiązań umownych Comparex Poland sp. z o.o. miały podlegać ochronie jako informacje poufne wynika, że ochronie nie podlegały informacje dotyczące faktu zawarcia umowy ani też jej przedmiotu. Tym samym w świetle treści zobowiązań umownych Comparex Poland sp. z o.o., Comparex sp. z o.o. mogła ujawnić te informacje, bez narażania się na negatywne konsekwencje ze strony swojego kontrahenta.

Co więcej, przedstawiciel Comparex Poland sp. z o.o. oświadczył na rozprawie, że nie uzyskał zwolnienia z klauzuli poufności w odniesieniu do Zamawiającego. Także ta okoliczność świadczy o tym, iż fakt zawarcia umowy oraz jej przedmiot nie podlega ochronie jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa. Gdyby bowiem fakt zawarcia umowy przez Comparex Poland sp. z o.o. oraz przedmiot tej umowy nie mogły zostać ujawnione bez zgody kontrahenta Comparex Poland sp. z o.o., to Wykonawca powinien uzyskać zgodę swojego kontrahenta na ujawnienie tych informacji Zamawiającemu. Zamawiający jest bowiem osobą trzecią w odniesieniu do stron umowy. Ponieważ zgoda taka nie została uzyskana, uznać należy, że informacje dotyczące zawarcia umowy oraz jej przedmiotu nie wchodziły w zakres klauzuli poufności.

Wykonawca przedłożył fragment umowy z jednym z kontrahentów. Nie przedłożył natomiast żadnego dowodu, żadnego zapisu w umowie czy jakimkolwiek innym zobowiązaniu, z którego wynikałoby, że informacje czy dokumenty, które były wymagane przez Zamawiającego w SIWZ muszą zostać utajnione.

Niezależnie od powyższego wskazać także należy, że zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nieujawnieniu mogą podlegać wyłącznie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Brak jest podstaw prawnych, aby możliwość utajnienia informacji rozciągnąć na informacje podlegające ochronie na podstawie zobowiązań umownych wykonawcy, ale nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W zakresie zarzutu Odwołującego dotyczącego utajnienia przez Zamawiającego dokumentów dotyczących zalegania z daninami publicznoprawnymi Izba uznaje, że w odniesieniu do tych dokumentów wykonawca nie może zastrzec, iż dokumenty te nie mogą zostać udostępnione jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zaświadczenie właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego o niezaleganiu z podatkami oraz zaświadczenie oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o braku zaległości w opłacaniu składek mogą posiadać wartość gospodarczą, jednakże stosowanie do treści § 1 ust. 1 pkt 3 oraz 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (które to rozporządzenie ma zastosowanie do przetargu prowadzonego przez Zamawiającego), zaświadczenia te wymienione są w wykazie dokumentów, których może żądać zamawiający w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Z uwagi na umieszczenie przedmiotowych zaświadczeń wśród dokumentów, których może żądać zamawiający w celu potwierdzenia, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Izby z dnia 8 sierpnia 2008r. (sygn. akt KIO/UZP 772/08), iż zastrzeżenie przez wykonawcę niedostępności tych dokumentów narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1a i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....