

Sygn. akt: KIO 851/15

WYROK
z dnia 5 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 maja 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 kwietnia 2015 r.** przez **Newind sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Głogowski Szpital Powiatowy sp. z o.o.**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – Głogowskiemu Szpitalowi Powiatowemu sp. z o.o. – (i) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Xcomp sp. z o.o. sp. k. jako oferty najkorzystniejszej; (ii) odtajnienie zastrzeżonych przez wykonawcę Xcomp sp. z o.o. sp. k. informacji w zakresie formularza oferowanego sprzętu, oprogramowania i wyposażenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (strona 59 – 71 oferty wykonawcy Xcomp sp. z o.o. sp. k.) wraz z wyjaśnieniami wykonawcy Xcomp sp. z o.o. sp. k. dotyczącymi zastrzeżenia informacji z dnia 25 marca 2015 r.; (iii) wezwanie wykonawcy Xcomp sp. z o.o. sp. k. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego zgodnie z wymaganiami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Głogowski Szpital Powiatowy sp. z o.o. i:**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Newind sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Legnicy**.

Przewodniczący

.....

UZASADNIENIE

W dniu 24 kwietnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Newind sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Głogowskiemu Szpitalowi Powiatowemu sp. z o.o. (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

1. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Xcomp sp. z o.o. sp. k.(dalej „**Xcomp**”) jako niejawnych części oferty tego wykonawcy, tj. formularza oferowanego sprzętu, oprogramowania i wyposażenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „**SIWZ**”), a także wskazanego w wyjaśnieniach dotyczących zastrzeżenia informacji, opisu przedmiotu zamówienia, opisu parametrów technicznych oraz deklaracji zgodności;
2. Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Xcomp jako oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy Zamawiający zaniechał odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Xcomp jako niejawnych części oferty tego wykonawcy, tj. formularza oferowanego sprzętu, oprogramowania i wyposażenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, a także wskazanego w wyjaśnieniach dotyczących zastrzeżenia informacji, opisu przedmiotu zamówienia, opisu parametrów technicznych oraz deklaracji zgodności, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, przez co uniemożliwił Odwołującemu zbadanie oferty wykonawcy Xcomp i wykazanie, że jego oferta powinna zostać odrzucona;
3. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w związku z § 1 ust 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej „**Rozporządzenie w sprawie dokumentów**”) wymogami zawartymi w SIWZ poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, pomimo niewykazania przez wykonawcę Xcomp w dokumentacji dołączonej do jego oferty, że będzie on w sposób rzeczywisty dysponował zasobami podmiotów innych tj. RAJ

International W. W., B. W. s.c. z siedzibą we Wrocławiu oraz P.P.H.U. „WAPPEX” P. K., W. L. spółka jawna z siedzibą w Słupcy w zakresie potencjału kadrowego;

4. Art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz ew. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń i ewentualnego wykluczenia wykonawcę Xcomp, mimo iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienie wyboru oferty wykonawcy Xcomp jako oferty najkorzystniejszej; (ii) dokonanie ponownej oceny ofert; (iii) odtajnienie (ujawnienia) zastrzeżonych w sposób nieuprawniony przez wykonawcę Xcomp. informacji w zakresie formularza oferowanego sprzętu, oprogramowania i wyposażenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, opisu przedmiotu zamówienia, opisu parametrów technicznych oraz deklaracji zgodności i ewentualne odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp; (iv) na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwania wykonawcy Xcomp do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń i wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, że będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, jak również tego, że stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów i ewentualnego wykluczenia wykonawcy Xcomp na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp; (v) wyboru oferty Odwołującego jako ważnej i najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że objęcie informacji tajemnicą przedsiębiorstwa jest możliwe jedynie w przypadku wykazania przez wykonawcę, który dokonuje takiego zastrzeżenia, łącznego ziszczenia się przesłanek określonych w przepisie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „**UZNK**”), tj. wykazania, że wszystkie informacje zawarte w wyjaśnieniach: (i) mają charakter techniczny, technologiczny, handlowy lub organizacyjny przedsiębiorstwa; (ii) nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej; (iii) podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ocenie Odwołującego dokonane przez wykonawcę Xcomp w zakresie dokumentu wymaganego przez Zamawiającego tj. formularza oferowanego sprzętu, oprogramowania i wyposażenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, a także wskazanego w wyjaśnieniach dotyczących zastrzeżenia informacji, opisu przedmiotu zamówienia, opisu parametrów technicznych oraz deklaracji zgodności, zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa było i jest bezpodstawne. Odwołujący wskazał, że w jego ocenie zawarte w

tych dokumentach informacje nie realizują bowiem łącznie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W związku z powyższym zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 roku (sygn. akt: III CZP 74/05) Zamawiający powinien odtajnić zastrzeżone informacje, czego jednak nie uczynił. Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy Pzp, w szczególności zasadę jawności postępowania, jak i wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego w stosunku do przedmiotowych zastrzeżonych informacji nie zostały spełnione co najmniej przesłanki nieujawnienia do informacji publicznej oraz posiadania charakteru technicznego, technologicznego, handlowego lub organizacyjnego przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał, iż jego zdaniem także trzecia przesłanka ustawowa tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest spełniona tj. wykonawca Xcomp nie wykazał, iż podjęło w stosunku do tych informacji niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wobec braku wykazania spełnienia tej przesłanki w wyjaśnieniach - informacje nie mogą zgodnie z definicją legalną zostać potraktowane jako skutecznie zastrzeżona tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, to wykonawca zastrzegający jawność informacji, zobowiązany jest w tym samym czasie wykazać zasadność takiego zastrzeżenia. Powyższa kwestia precyzyjnego wykazania ziszczenia się przesłanek definicji legalnej jest powiązana z kwestią ciężaru dowodu. Otóż ciężar dowodu w zakresie zasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży na tym wykonawcy, który taką tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegł. Tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania powinna być interpretowana w sposób ścisły, a Zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty. Podkreślić należy, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

W ocenie Odwołującego wykonawca Xcomp wskazał w treści złożonych wyjaśnień nawet nie próbował wykazać, dlaczego w jego opinii formularz oferowanego sprzętu, oprogramowania i wyposażenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, a także wskazany w wyjaśnieniach dotyczących zastrzeżenia informacji, opis przedmiotu zamówienia, opis parametrów technicznych oraz deklaracja zgodności, stanowi informację techniczną i technologiczną ograniczając się jedynie do lakonicznego stwierdzenia. Ponadto, Odwołujący podkreślił, iż informacje o walorze informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa czy inne posiadające wartość gospodarczą powinny być zabezpieczone w celu zachowania ich poufności. Dla uznania spełnienia tego warunku niezbędne jest

wykazanie, że wykonawca podjął w stosunku do konkretnych informacji specjalne środki zabezpieczające przed jej ujawnieniem w ogóle, a nie tylko w konkretnym postępowaniu. W ocenie Odwołującego wykonawca Xcomp nawet nie wykazał, że podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności informacji zawartych w formularzu oferowanego sprzętu, oprogramowania i wyposażenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, a także w opisie przedmiotu zamówienia, opisie parametrów technicznych oraz deklaracji zgodności, wykonawca Xcomp nie wykazał Zamawiającemu, że podjął kroki w celu zachowania poufności informacji o producentach sprzętu, oprogramowania i wyposażenia z którymi współpracuje. Brak jest jakiegokolwiek dowodu, który uprawdopodobniłby, chociaż że podjął niezbędne działania w celu zachowania w tajemnicy nazw producentów, z których produktów korzysta.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca Xcomp nie udowodnił, że zastrzeżone w ofercie informacje, zasługują na ochronę. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, wykonawca Xcomp nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu, że informacje zastrzeżone w ofercie podlegały szczególnej procedurze w jego przedsiębiorstwie, które to procedury prowadziły, np. do zawężenia grona osób mogących zapoznać się z tymi informacjami, czy też inni wykonawcy (których sprzęt został zaofertowany bądź usługa została wykonana na ich rzecz) nie wyrazili zgody na udostępnienie tych konkretnie zastrzeżonych informacji.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że wykonawcy zobowiązani byli podać w formularzu oferowanego sprzętu, oprogramowania i wyposażenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ jedynie nazwę producenta, typ, model, nazwę/wersję oraz nr katalogowy produktów opisanych dokładnie przez Zamawiającego. Urządzenia czy produkty oferowane przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień rozwiązanie za drogie. Żeby wygrać przetarg należy zaofertować urządzenia typowe i powszechnie dostępne, a producenci urządzeń produkowanych seryjnie udostępniają nie tylko cenniki, ale także opisy swoich rozwiązań. Jeśli więc producenci zewnętrzni dla wykonawcy nie robią tajemnicy z ceny i opisu funkcjonowania swoich produktów, to tym bardziej wykonawca nie ma do tego prawa. Także dobór określonych urządzeń, sposobów wytwarzania, wzorów i metod działania wykonawcy, rzadko stanowi rzeczywistą tajemnicę. W ocenie Odwołującego samo podanie typu, parametrów i nazwy konkretnego producenta i produktu nie narusza tajemnicy wykonawcy. Jeżeli więc w ofercie znajdują się informacje przepisane z SIWZ, to w oczywisty sposób nie są to informacje, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Do podobnych wniosków należy dojść, gdy opis przedmiotu zamówienia jest tak przygotowany, że wiadomym jest jaka powinna być prawidłowa odpowiedź wykonawców, więc informacji podanych w ofertach nie sposób zakwalifikować jako wypełniające przesłanki do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa i nie stanowią także know-how przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego tych informacji nie

można zakwalifikować na tym samym poziomie jak szczególne dane techniczne/technologiczne przedsiębiorcy, które mogą mieć dla niego konkretną i istotną wartość gospodarczą, którą można wycenić dokonując np. wyceny przedsiębiorstwa.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Xcomp zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie wykazu sprzętu, oprogramowania i wyposażenia, którego nie jest producentem (twórcą), a jedynie nabywa określone produkty od producentów/dostawców. Dobór określonych urządzeń nie jest więc "procesem o charakterze technicznym i technologicznym, tj. dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, wzorów i metod działania wykonawcy". Nie są więc objęte tajemnicą przedsiębiorstwa wykazy sprzętu, oprogramowania i wyposażenia, w których zawarto produkty stworzone przez inne podmioty (producentów), a samo podanie typu, parametrów i nazwy konkretnego producenta i produktu nie narusza tajemnicy wykonawcy, które te produkty oferuje w postępowaniu. Przyjęcie, że wykaz sprzętu, oprogramowania i wyposażenia może stanowić "autorski" pomysł konkretnego wykonawcy prowadziłby do absurdalnych wniosków. Każdy bowiem z pozostałych wykonawców, którzy zaoferowali podobny wykaz sprzętu, oprogramowania i wyposażenia, musiałby zostać uznany za podmiot naruszający "autorski" pomysł firmy Xcomp, narażając się jednocześnie na odpowiedzialność odszkodowawczą z tytułu naruszenia praw autorskich innego podmiotu. Nie można przyjąć, że charakter autorski (twórczy) ma zestawienie, wykazu sprzętu, wykaz oprogramowania, wykazu wyposażenia, który dla przeciętnej osoby posiadającej wiedzę w zakresie sprzętu informatycznego i oprogramowania - po zapoznaniu się z wymaganiami Zamawiającego - jest możliwy do przygotowania. Wskazując na wyrok SO w Warszawie z dnia 11 stycznia 2005 roku (I ACa 154/04). Odwołujący wskazał, że przedłożony przez wykonawcę Xcomp wykaz jest powtarzalny i nie ma charakteru indywidualnego. Wynika on jedynie z dostosowania produktów do określonego celu - realizacji zamówienia wg specyfikacji przedłożonej przez Zamawiającego. A sama wiedza o tym, jakie produkty spełniają wymagania SIWZ, jeśli równocześnie nie wiąże się to z opracowywaniem produktów specjalnie na potrzeby danego postępowania, lecz bazuje na standardowych, istniejących i dostępnych na rynku nie może być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa (tak: wyrok KIO1172/11; KIO/UZP 2793/10).

Odwołujący podkreślił, że informacje dotyczące producenta, modelu, wersji, parametrów sprzętu, oprogramowania i wyposażenia, przygotowane ściśle według wzoru podanego przez Zamawiającego nie dawały wykonawcom dowolności co do możliwości doboru sprzętu, oprogramowania i wyposażenia, gdyż składając ofertę postępować mogli wyłącznie oferując produkty spełniające ściśle określone i konkretne wymogi SIWZ. Informacje te nie są niepowtarzalne i nie można stwierdzić, że stanowią know-how przedsiębiorstwa. Specyfikacja techniczna została precyzyjnie i wyczerpująco opisana przez Zamawiającego w SIWZ. Zatem

znają ją wszyscy wykonawcy. Poza tym oferowane produkty są powszechnie dostępne na rynku, praktycznie dla każdego zainteresowanego ich nabyciem. Podmiot, który zastrzegł w postępowaniu tajemnicą przedsiębiorstwa wykaz sprzętu, oprogramowania i wyposażenia nie jest producentem tego wykaz sprzętu, oprogramowania i wyposażenia, a jedynie nabywa określone produkty od producentów/dostawców.

W ocenie Odwołującego nie są zatem tajemnicą przedsiębiorstwa wykazy sprzętu, oprogramowania i wyposażenia, w których zawarto produkty stworzone przez inne podmioty, a samo podanie typu, parametrów i nazwy producenta i produktu nie narusza tajemnicy wykonawcy.

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał od wykonawców wykazania się spełnieniem warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawcy mogli polegać w tym zakresie na zasobach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących ich z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany został udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Zamawiający nie pominął w tym zakresie regulacji zawartych w § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, zgodnie z którymi, dla wykazania rzeczywistego dostępu do określonych zasobów podmiotu innego, konieczne jest wykazanie innych szczególnych elementów wskazujących na realność tego udostępnienia potencjału podmiotu innego, w szczególności poprzez określenie zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu ich wykorzystania przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, czy też zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający zastrzegł, że jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia Zamawiający żąda złożenia w odniesieniu do tych podmiotów oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, o którym mowa w Rozdziale V pkt. 1 ppkt. 1) SIWZ.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Xcomp w swojej ofercie wskazał, że zrealizuje zamówienie z udziałem podwykonawców i załączył zobowiązania, z których wynika, że: (i)

podmiot - RAJ International W. W., B. W. s.c. z siedzibą we Wrocławiu oddaje do dyspozycji potencjał techniczny, nie wskazując przy tym charakteru stosunku, jaki będzie go łączyć z Wykonawcą. Na podstawie samego stwierdzenia „użyczenie zasobu” Zamawiający nie może ustalić charakteru stosunku, jaki łączy Wykonawcę z podmiotem innym udostępniającym swoje zasoby; (ii) podmiot - P.P.H.U. „WAPPEXB P. K., W. L. spółka jawna z siedzibą w Słupcy oddaje do dyspozycji potencjał techniczny, nie wskazując przy tym charakteru stosunku, jaki będzie go łączyć z wykonawcą. W ocenie Odwołującego na podstawie samego stwierdzenia „użyczenie zasobu” Zamawiający nie może ustalić charakteru stosunku, jaki łączy wykonawcę z podmiotami użyczającymi swoje zasoby.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ w obszarze „Potencjał techniczny” wskazał, że: „Zamawiający odstępuje od opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku w tym zakresie. Zamawiający dokona oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie na podstawie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 4 ppkt 1) SIWZ”. Zatem budzi wątpliwość udostępniany zasób przez te podmioty.

Ponadto Odwołujący wskazał, że wykonawca zobowiązany był wykazać faktyczną możliwość korzystania z wymaganego zasobu na potrzeby realizacji danego zamówienia, niezależnie od rodzaju stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem innym. Odwołujący wskazał, że na podstawie informacji z Formularza ofertowego Wykonawcy Xcomp można się domyślać, że podmioty te użyczają osoby, ale w ocenie Odwołującego brak jest podstawy do tego, by uznać, że użyczenie to ma charakter realny i dający pewność Zamawiającemu, że wykonawca Xcomp w przypadku wybrania Jego oferty będzie mógł zrealizować w sposób prawidłowy zamówienie.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno być złożone w formie pisemnej, co oznacza własnoręczny podpis na oświadczeniu złożonym przez osobę upoważnioną do występowania w imieniu podmiotu trzeciego (np.: wyrok KIO z 14.10.2014r. (KIO 2043/14), Wyrok z 30.03.2012 r. (KIO 561/12), wyrok z KIO 30.03.2012 r.(KIO 561/12), wyrok KIO z 18.04.2011 r. (KIO/UZP 447/11 KIO/UZP 449/11 KIO/UZP 452/11); wyrok KIO z 06.04.2011 r., (KIO/UZP 636/11), wyrok KIO z 08.06.2011 r. (KIO/UZP 1106/11 KIO/UZP 1111/11). Zobowiązanie Podmiotu P.P.H.U. „WAPPEX” P. K., W. L. spółka jawna z siedzibą w Słupcy, podpisane jest wyłącznie przez Pana P. K., który zgodnie z wpisem do KRS nie ma umocowania do jednoosobowego reprezentowania spółki. Uprawnionymi do reprezentowania spółki, do składania oświadczeń woli w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch

wspólników łącznie, tj. Pana P. K. oraz Pana W. L. . Zatem nie dochowana została forma pisemna zobowiązania podmiotu P.P.H.U. „WAPPEX” P. K., W. L. spółka jawna.

Dalej Odwołujący wskazał, że podmiot - RAJ International W. W., B. W. s.c. z siedzibą we Wrocławiu, w zobowiązaniu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, oświadczył, iż do zobowiązania załącza „2. Aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.”, czego nie uczynił.

W ocenie Odwołującego wobec wadliwych zobowiązań RAJ International W. W., B. W. s.c. z siedzibą we Wrocławiu oraz P.P.H.U. „WAPPEX” P. K., W. L. spółka jawna z siedzibą w Słupcy Zamawiający powinien wezwać wykonawcę Xcomp do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, bowiem obowiązkiem wykonawcy Xcomp, który powołuje się na potencjał podmiotów innych, jest przedstawienie dokumentów i oświadczeń takiej treści, aby wykazać Zamawiającemu, że dysponuje zasobami tych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, a także tego, że stosunek łączący go z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz ze zmianami (dalej „SIWZ”) oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2015/S 002-001627 na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę wykonawcy Xcomp na okoliczność ustalenia jej treści.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa a) serwerowni zapasowej wraz z rozbudową infrastruktury sieciowej, b) infrastruktury serwerowej i macierzowej, c) oprogramowanie (serwerowe, wirtualizacje ze wsparciem oraz Active Directory), w ramach realizacji projektu pod nazwą „Elektroniczna Dokumentacja Medyczna - współpraca dla dobra pacjentów regionu legnicko-głogowsko-lubińskiego” współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju

Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Dolnośląskiego na lata 2007-2013".

W rozdziale V SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Wymagane dokumenty” Zamawiający wskazał w pkt 3a) „Potencjał techniczny”, iż odstępuje od opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków w tym zakresie i dokona oceny spełnienia tego warunku na podstawie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 4 ppkt 1) SIWZ. W pkt 3b) Zamawiający określił wymagania co do potencjały kadrowego. Zamawiający w Rozdziale V pkt 4 wskazał, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 3 (dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) wykonawca winien złożyć wraz z ofertą (i) oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu wg, wzoru z Załącznika nr 4 do SIWZ; oraz (ii) wykaz dostaw wg. Załącznika nr 5 do SIWZ. Załącznik nr 6 to wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.

Zamawiający w pkt 5 Rozdziału V wskazał, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów. Zamawiający wskazał ponadto, iż dla wykazania rzeczywistego dostępu do określonych zasobów podmiotu innego, konieczne jest wykazanie innych szczególnych elementów wskazujących na realność tego udostępnienia potencjału podmiotu innego, w szczególności poprzez określenie zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu ich wykorzystania przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, czy też zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający zastrzegł, że jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia Zamawiający żąda złożenia w odniesieniu do tych podmiotów oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, o którym mowa w Rozdziale V pkt 1 ppkt 1) SIWZ.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 20.03.2015 r. sygnatura ZP/29/2014, Zamawiający dokonał zmian zapisów SIWZ, m.in. w kwestii uzupełnienia załączników do SIWZ o załącznik nr 7 tj. formularz oferowanego sprzętu, oprogramowania i wyposażenia i jednocześnie wskazał, iż formularz oferowanego sprzętu, oprogramowania i wyposażenia według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ jest innym dokumentem, wymaganym przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, że wykonawca Xcomp do oferty załączył dwa zobowiązania do udostępnienia zasobów: (i) podmiotu - RAJ International W. W., B. W. s.c. z siedzibą we Wrocławiu, który zobowiązał się do oddania do dyspozycji potencjał techniczny; (ii) podmiotu - P.P.H.U. „WAPPEXB P. K., W. L. spółka jawna z siedzibą w Słupcy, który również zobowiązał się do oddania do dyspozycji potencjał techniczny.

Izba ustaliła, że na skutek przekazania w dniu 28 kwietnia 2015 r. przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopią odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w dniu 4 maja 2015 r. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Xcomp. Ponieważ zgłoszenie przystąpienia zostało dokonane z uchybieniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, Izba postanowiło nie dopuścić wykonawcy Xcomp do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wskazać należy, że wykonawca ten przesłał zgłoszenie przystąpienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej drogą faksową z zachowaniem 3-dniowego terminu. Jednakże zgodnie z § 7 Rozporządzenia w Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. W konsekwencji przesłanie przez wykonawcę 29 kwietnia 2015 r. zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego drogą faksową w wymaganym 3 – dniowym terminie nie było skuteczne, gdyż uchybiało wymaganej formie. Przystąpienie zaś w wymaganej formie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja, a więc po upływie 3 - dniowego terminu.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut potwierdził się. Odwołujący argumentował, że Zamawiający uznając zasadność zastrzeżenia przez wykonawcę Xcomp treści załącznika nr 7 oraz złożonych wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia informacji naruszył art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego wykonawca Xcomp nie wykazał, iż zachodziły przesłanki uznania zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Izba podziela stanowisko Odwołującego. W ocenie Izby brak było podstaw do zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa dokumentów wskazanych w treści odwołania tj: w ofercie wykonawcy Xcomp – informacji zawartych w Załączniku nr 7 do oferty jak i treści wyjaśnień złożonych przez powyższego wykonawcę wraz z ofertą.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, że postępowanie o zamówienie publiczne jest prowadzone w warunkach transparentności - zgodnie z treścią art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Zasada jawności przejawia się w szeregu czynności podejmowanych przez zamawiającego i uczestników postępowania, począwszy od publicznego, jawnego ogłoszenia o zamówieniu, przez jawne otwarcie ofert i udostępnienie protokołu, ofert, oświadczeń składanych w toku postępowania aż po jawność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 8 ust. 1 ustawy Pzp nadał jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rangę zasady o doniosłym znaczeniu. Jak wskazuje się w doktrynie, jawność postępowania o zamówienie publiczne „z jednej strony jest prawem każdego oferenta gwarantującym dostęp do informacji o toczącym się postępowaniu. Z drugiej strony jest nakazem skierowanym do zamawiających, prowadzących postępowanie, aby na każdym jego etapie zagwarantowali oferentom dostęp do informacji na temat zamówienia publicznego”; a także „Realizacja zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ustawowym priorytetem. Orzecznictwo jednoznacznie wskazuje na konieczność wyjątkowego ograniczenia tej zasady ze względu na wszelkiego rodzaju

„tajemnice”. Wyłączenie jawności postępowania możliwe jest tylko przy wykazaniu potrzeby ochrony określonych ustawą wartości.

Odstępstwa od tej podstawowej zasady należy traktować ściśle i ograniczać do sytuacji, kiedy potrzeba ochrony indywidualnego interesu wykonawcy, a niekiedy nawet podmiotów nie uczestniczących w postępowaniu, doznaje prymatu nad umożliwieniem wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu realizacji zasady jawności i prawa do zapoznania się z zawartością ofert. W takim jednak wypadku, spełnione być muszą warunki, jakie przepisy stawiają dla możliwości traktowania określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ustawa Pzp w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa odsyła do UZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 4 UZNK, 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. Aby określona informacja mogła być uznana za tajemnicę przedsiębiorstwa, przesłanki określone w tym przepisie (wartość gospodarcza informacji, nieujawnienie jej do wiadomości publicznej, działania zmierzające do zachowania poufności) muszą być spełnione łącznie.

Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych, wkraczający w reżim oparty na zasadzie jawności, powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Transparentność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podkreślić również należy, że nie jest właściwe traktowanie uprawnienia do zastrzeżenia określonych informacji, jako narzędzia służącego uniemożliwieniu wykonawcom konkurencyjnym oceny ofert i dokumentów składanych w postępowaniu. Stąd, tego rodzaju sytuacje winny być przez wykonawców nie nadużywane i ograniczone do wypadków zaistnienia rzeczywistego zagrożenia uzasadnionych interesów i narażenia na szkodę w wyniku możliwości upowszechnienia określonych informacji, zaś z perspektywy zamawiającego – powinny być badane z wyjątkową starannością.

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (III CZP 74/05), badanie skuteczności zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy do obowiązków zamawiającego. Jak wskazał Sąd Najwyższy, aby skutecznie zastrzec określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa, zamawiający winien uprzednio pozytywnie przesądzić o tym, że zaistniały okoliczności odpowiadające przypadkom określonym w ustawie. Z tych oczywistych względów wymaga to więc podjęcia przez zamawiającego określonych badań w tym przedmiocie. Obowiązkiem Zamawiającego jest więc zbadanie, czy informacje objęte przez wykonawcę przedmiotowym zakresem zastrzeżenia zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 i 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dalej Sąd Najwyższy wskazał, że przesądzenie o skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji, uznanych przez niego za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów wskazanych w art. 96 ust. 4 zd. 1 PZP, zależy od wyniku dokonanej przez zamawiającego weryfikacji prawdziwości stanowiska wykonawcy odnośnie charakteru (statusu) tych informacji.

W ocenie Izby Sąd Najwyższy wskazał, iż zamawiający przychylając się do wniosku danego wykonawcy o zastrzeżeniu określonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa, winien dokonać weryfikacji prawdziwości stanowiska oferenta odnośnie charakteru (statusu) tych informacji. Weryfikacja prawdziwości stanowiska oferenta nie może odbyć się wyłącznie poprzez bezrefleksyjne zaaprobowanie wyjaśnień danego wykonawcy, ale winna być oparta obiektywnymi przesłankami, gdyż tylko na ich podstawie można zweryfikować prawdziwość subiektywnych twierdzeń wykonawcy. Wskazać również należy, że ewentualne wątpliwości w toku badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający ma możliwość wyjaśnić na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający dokonał błędnej weryfikacji i oceny wyjaśnień przedłożonych przez wykonawcę Xcomp. Dokonując analizy powyższych wyjaśnień Izba nie znalazła podstaw do uznania, że wypełnione zostały przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa określone w art. 11 ust. 4 UZNK.

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca Xcomp wskazał, że informacje zastrzeżone są informacjami handlowymi co wynika z ich charakteru. Wskazał, iż zastrzeżone dokumenty mają wartość gospodarczą ponieważ zrealizowanie zamówienia w oparciu o złożoną ofertę może wygenerować przychód, pozwoli na zachowanie ciągłości i wpłynie na wynik spółki

Wskazał również, że zestawienie zostało przygotowane na potrzeby postępowania. Izba nie podziela stanowiska wykonawcy Xcomp.

Po pierwsze, uznanie danej informacji za informację o charakterze handlowym nie powoduje automatycznie uznania jej za informację mającą wartość gospodarczą w rozumieniu przepisu art. 11 ust. 4 UZNK. Ustawodawca w przywołanym przepisie wskazał, iż dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa należy wykazać, że informacji ta (tj. informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inne informacje) posiada wartość gospodarczą. Samo zakwalifikowanie określonej informacji do kategorii informacji handlowych nie przesądza o jej wartości gospodarczej. Dalej Izba wskazuje, wykonawca Xcomp nie wykazał jaką wartość gospodarczą mają zastrzeżone informacje. Podkreślić bowiem należy, że wykonawca zastrzegający określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa musi wykazać Zamawiającemu m.in., że dane informacje posiadają określoną wartość gospodarczą. Wartość ta może wyrażać się w sposób pozytywny – poprzez wycenę określonego dobra jako wartości niematerialnej i prawnej (przykładowo, znaku towarowego, prawa autorskiego, czy pewnego unikalnego rozwiązania organizacyjnego, mającego trwale zastosowanie i kreującego pewną wartość), posiadającą określoną wartość, dającą się ująć w określonych jednostkach pieniężnych (wycenić), która zarazem powinna zostać wyceniona jako przynależne uprawnionemu wartości (co do przedsiębiorstwa – może znaleźć uchwytne wymiar w dokumentach księgowych oraz sprawozdaniu finansowych jako wartość niematerialna i prawna). Przejawem tej wartości może być w konkretnej sytuacji także potencjalna szkoda, jaką wykonawca może ponieść w razie, gdyby informacja została upowszechniona szerszemu gronu podmiotów. Istotne jest również, że za informacje posiadające dla wykonawcy wartość gospodarczą należy uznać tylko takie informacje, które stanowią względnie stały walor wykonawcy, dający się wykorzystać więcej niż raz, a nie zbiór określonych danych, zebranych na potrzeby konkretnego postępowania i tylko w związku z tym postępowaniem. Te informacje muszą przy tym należeć do wykonawcy.

Wartość gospodarcza danej informacji nie może sprowadzać się do przygotowania na potrzeby danego zamówienia zestawienia oferowanego sprzętu, z czym mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym. W takim bowiem wypadku, z chwilą złożenia oferty wartość ta przestawałaby istnieć. Wartość gospodarcza to wartość informacji w obrocie, pozwalająca skwantyfikować informację i ująć ją w postaci wartości o charakterze finansowym. Wartość ta ma zatem wymiar obiektywny, sięgający poza dane postępowanie.

Dalej wskazać należy, że w Załączniku nr 7 wykonawcy byli zobowiązani do podania nazwy producenta, typ/model, nazwę/wersję oraz nr katalogowy produktu oferowanego

Zamawiającemu. Jak wskazał Odwołujący oferowane urządzenia są gotowymi urządzeniami kupowanymi u producentów, nie zaś rozwiązaniami dedykowanymi. Potwierdził to również sam Zamawiający. Wykonawcy więc oferowali urządzenia typowe i powszechnie dostępne. Dobór urządzenia był determinowany parametrami wymaganymi przez Zamawiającego i wskazanymi w SIWZ. Nie sposób więc zgodzić się z wykonawcą Xcomp, iż sam dobór urządzenia spełniającego wymogi Zamawiającego uznać należy za informację mającą wartość gospodarczą. Dobór takiego asortymentu wymagał posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia w zakresie objętym zamówieniem, jednakże nie daje to podstawy do uznania samego zestawienia za dokument stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa. Od każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia wymaga się posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, co gwarantuje prawidłową realizację zamówienia. Owa wiedza i doświadczenia umożliwia wykonawcom odpowiednie przygotowanie oferty spełniającej wymagania Zamawiającego i ewentualną realizację zamówienia. Nie stawowi to jednak podstawy do zastrzegania informacji, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Upatrywanie wartości gospodarczej w zysku, jaki wykonawca może uzyskać realizując zamówienie nie można uznać za właściwe. Gdyby przyjąć stanowisko wykonawcy Xcomp za zasadne to w każdym postępowaniu wykonawcy mogliby się skutecznie powoływać na tajemnicę przedsiębiorstwa wskazując, że oferty zawierają informacje o charakterze gospodarczym, gdyż otrzymanie zamówienia może wygenerować przychód dla spółki. W ocenie Izby przedmiotem ochrony jest każda informacja, która ma znaczenie dla pozycji jej dysponenta w życiu gospodarczym, a więc taka, której posiadanie stwarza możliwość bądź to uzyskania przewagi nad konkurentem, bądź przynajmniej pogorszenia jego ogólnej pozycji na rynku. Wykonawca Xcomp nie wykazał, że którakolwiek z powyższych okoliczności zachodzi. Izba nie znalazła podstaw do uznania, że ujawnienie treści Załącznika nr 7 może dać jakąkolwiek przewagę na konkurentem, gdyż zestawienie zawarte w Załączniku nr 7 jest wyłącznie przygotowywane na potrzeby konkretnego postępowania, w celu spełnienia konkretnych i indywidualnych potrzeb Zamawiającego. Z chwilą wyboru oferty i zakończenia postępowania wartość gospodarcza przestałaby istnieć. Izba nie znalazła też podstaw do uznania, że ujawnienie Załącznika nr 7 może spowodować pogorszenie sytuacji wykonawcy Xcomp na rynku. Umożliwienie innym wykonawcom zweryfikowanie oferty wykonawcy Xcomp i ewentualne zmiana decyzji Zamawiającego co do wyboru oferty najkorzystniejszej nie może stanowić podstawy do zastrzegania informacji przez wykonawców, gdyż stanowi ona naruszenia fundamentalnej zasady jawności postępowania.

Podkreślenia również wymaga, że wykonawca Xcomp może być wyłącznie dysponentem Załącznika nr 7 jako zbioru określonych informacji przygotowanych w związku z

postępowaniem. Wykonawca ten jednak, że może skutecznie zastrzegać informacji dotyczących nazwy producenta, typ/model, nazwę/wersję oraz nr katalogowy produktu oferowanego. Dysponentem takich informacji są producenci sprzętu, nie zaś wykonawca. Skoro zaś producent nie obejmuje tajemnicą przedsiębiorstwa informacji o typie/modelu, nazwie czy wersji oferowanych urządzeń, to wykonawca Xcomp nie ma żadnych prawnych podstaw do zastrzegania takich informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby złożone wyjaśnienia nie dawały również podstaw do przyjęcia, iż wykonawca Xcomp wykazał spełnienie przesłanki braku ujawnienia zastrzeżonych informacji do wiadomości publicznej oraz podjęcia działań zmierzających do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. W treści złożonych wyjaśnień wykonawca Xcomp odwołał się do ogólnych twierdzeń bez przedstawienia jakiegokolwiek dowodu na potwierdzenie, iż podjął jakiegokolwiek kroki zmierzające do zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Subiektywne twierdzenie wykonawcy nie poparte żadnymi obiektywnymi dowodami nie mogą stanowić wyłącznej podstawy do uznania spełnienia przesłanek uzasadniających zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Ponadto, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, wykonawca Xcomp nie przedstawił żadnego wiarygodnego dowodu, że informacje zastrzeżone w ofercie podlegały szczególnej procedurze w jego przedsiębiorstwie, które to procedury prowadziły, np. do zawężenia grona osób mogących zapoznać się z tymi informacjami, czy też inni wykonawcy (których sprzęt został zaoferowany bądź usługa została wykonana na ich rzecz) nie wyrazili zgody na udostępnienie tych konkretnie zastrzeżonych informacji.

Mając na uwadze brzmienie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowiącego, iż nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba uznała, że wykonawca Xcomp nie wykazał, że zastrzeżone informacje tj. Załącznik nr 7 do oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Z tych samych powodów Izba uznała, że złożone wraz z ofertą wyjaśnienia dotyczące zastrzeżenia informacji winny być odtajnione przez Zamawiającego, gdyż nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu UZNK.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut potwierdził się. Odwołujący argumentował, iż ze złożonych przez wykonawcę Xcomp zobowiązań do udostępnienia zasobów przez RAJ International W. W., B.

W. s.c. oraz P.P.H.U. „Wappax” nie wynika, iż wykonawca Xcomp będzie dysponował zasobami kadrowymi tych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, a także, że w treści powyższych zobowiązań brak jest określenia stosunku jaki będzie łączył wykonawcę Xcomp z podmiotami udostępniającym swoje zasoby.

Wskazać należy w pierwszej kolejności, iż Zamawiający w SIWZ wymagał od wykonawcy polegającym na zasobach innych podmiotów wykazania rzeczywistego dostępu do określonych zasobów podmiotu innego w szczególności poprzez określenie zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu ich wykorzystania przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, czy też zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że powyższe regulacje zostały wprowadzone w celu weryfikacji realnego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego. Dopuszczenie bowiem powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego jest możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy udostępnienie ma charakter realny, dający podstawę do uznania, że w momencie realizacji zamówienia wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego będzie mógł skutecznie udostępnić zasoby egzekwować.

Dalej wskazać należy, że w Załączniku nr 6 – „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” wykonawca Xcomp oświadczył, że dwie z wymaganych przez Zamawiającego osób koniecznych do realizacji zamówienia będą udostępnione przez podmiot trzeci. Wskazać dalej należy, że wraz z ofertą wykonawca Xcomp załączył: (i) zobowiązanie PPHU „Wappex” P. K., W. L. s.j. na podstawie którego powyższy podmiot zobowiązał się oddać do dyspozycji wykonawcy Xcomp niezbędny potencjał techniczny w zakresie rozbudowy serwerowni o systemu podłogi technicznej; oraz (ii) zobowiązanie RAJ International W. W., B. W. s.c. na podstawie którego powyższy podmiot zobowiązał się oddać do dyspozycji wykonawcy Xcomp niezbędny potencjał techniczny w zakresie rozbudowy serwerowni o system klimatyzacji, SAP, system kontroli dostępu do serwerowni, montaż drzwi antywłamaniowych oraz wymiana okien (dalej zobowiązania z pkt (i) oraz (ii) łącznie **„Zobowiązania”**).

Analiza Zobowiązań przedłożonych przez wykonawcę Xcomp nie daje podstaw do przyjęcia, iż przedmiotem udostępnienia były zasoby kadrowe wymagane przez Zamawiającego. Z treści przedłożonych zobowiązań wynika wyłącznie, że udostępniony zostaje potencjał techniczny, nie zaś określony potencjał kadrowy. Skoro zaś wykonawca Xcomp w treści oferty wskazał, iż w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zasobie kadrowym podmiotu trzeciego, to odpowiedni dokument na wykazanie realnego dostępu do takiego

zasobu winien być załączony do oferty wykonawcy Xcomp. Brak załączenia odpowiedniego dokumentów czynił zarzut podniesiony przez Odwołującego zasadny. Zamawiający bowiem naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Xcomp do złożenia dokumentów potwierdzających rzeczywisty dostęp do zasobów kadrowych podmiotu trzeciego.

Wskazać dalej należy, że przedłożone przez wykonawcę Zobowiązania były zbędne w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, a w konsekwencji ich wadliwość nie ma żadnego znaczenia dla wykazania braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z Rozdziałem V „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. Wymagane dokumenty.” Pkt 3 „Dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia” Zamawiający odstąpił od opisu dokonywania oceny spełnienia warunków w tym zakresie, wskazując, że dokona oceny na podstawie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 4 ppkt 1) SIWZ. Oznacza to, w ocenie Izby, że przedłożone przez wykonawcę Xcomp Zobowiązania do udostępnienia potencjału technicznego, choć wadliwe, gdyż nie zawierają informacji o charakterze stosunku jaki będzie łączył wykonawcę Xcomp z podmiotami udostępniającymi zasoby oraz, a w przypadku zobowiązania PPHU „Wappex” P. K., W. L. s.j. nie zostało podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji spółki, nie były konieczne dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego. Wykonawca Xcomp złożył odpowiednie oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, i uznać należy, w świetle postanowień SIWZ, powyższe oświadczenia za wystarczające na potwierdzenie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Wskazać również należy, że brak załączenia wraz z Zobowiązaniem do udostępnienia zasobów przez Raj International W. W., B. W. s.c. aktualnego opisu z centralnej ewidencji działalności gospodarczej nie ma znaczenia dla postępowania, gdyż złożenie powyższego dokumentu nie było wymagane przez Zamawiającego.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r.

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).

Przewodniczący

.....