

WYROK
z dnia 14 stycznia 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Agata Dziuban

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2010 roku przez wykonawców składających ofertę wspólną: **Maxto M. Staniewski, T. Wojewoda Spółka jawna (lider), Asseco Systems Spółka Akcyjna, z siedzibą dla lidera 31 – 421 Kraków, ul. Reduta 5** odwołania, dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego, którym jest **Samorząd Województwa Mazowieckiego, 03 – 719 Warszawa, ul. Jagiellońska 26.**

przy udziale wykonawców składających ofertę wspólną: **WebTradeCenter Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Consortia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą dla lidera 05 – 077 Warszawa – Wesoła, Zakręt ul. Trakt Brzeski 89** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje odtajnienie niesłusznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofertach:

- wykonawców składających ofertę wspólną: WebTradeCenter Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider), Consortia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością,

z siedzibą dla lidera 05 – 077 Warszawa – Wesoła, Zakręt ul. Trakt Brzeski 89,

- oraz wykonawców składających ofertę wspólną: Kolporter Info Spółka Akcyjna (lider), Makronet Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą dla lidera 25 – 528 Kielce, ul. Zagnańska 61

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: WebTradeCenter Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Consortia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą dla lidera 05 – 077 Warszawa – Wesoła, Zakręt ul. Trakt Brzeski 89** i nakazuje

a) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez wykonawców składających ofertę wspólną: **Maxto M. Staniewski, T. Wojewoda Spółka jawna (lider), Asseco Systems Spółka Akcyjna, z siedzibą dla lidera 31 – 421 Kraków, ul. Reduta 5,**

b) zasądza od **wykonawców składających ofertę wspólną: WebTradeCenter Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Consortia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą dla lidera 05 – 077 Warszawa – Wesoła, Zakręt ul. Trakt Brzeski 89** na rzecz **wykonawców składających ofertę wspólną: Maxto M. Staniewski, T. Wojewoda Spółka jawna (lider), Asseco Systems Spółka Akcyjna, z siedzibą dla lidera: 31 – 421 Kraków, ul. Reduta 5** koszty w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesione w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Samorząd Województwa Mazowieckiego - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na dostawę sprzętu komputerowego i systemów operacyjnych na potrzeby realizacji projektów EA i BW w oparciu o przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 21 grudnia 2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Maxto M.Staniewski T.Wojewoda Spółka Jawna (lider), ul. Reduta 5, 31-421 Kraków, Asseco Systems Spółka Akcyjna, ul. 17 stycznia 74, 02-146 Warszawa (dalej: „Konsorcjum Maxto” lub „Odwołujący”) zapoznał się z jawnymi częściami ofert. Zamawiający odmówił udostępnienia części dokumentów zawartych w ofertach nw. wykonawców powołując się na zastrzeżenie tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 31 grudnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Konsorcjum Maxto. W tej samej dacie Odwołujący, w formie faksu, przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisu:

1. art. 7 ust. 1 poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów ustawy,
2. art. 8 ust. 1, 2 i 3, art. 96 ust. 3 ustawy poprzez odmówienie Odwołującemu okazania całości ofert nw. wykonawców, na skutek uznania za skuteczne dokonanego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofertach:
 - a) „Kolporter Info S.A. i Makronet Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum Kolporter”),
 - b) WebTradeCenter Sp. z o.o. oraz Consortia Sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum WebTradeCenter”),
 - c) Wasko S.A. (dalej: „Wasko”).

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu ujawnienia bezpodstawnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w ofertach Konsorcjum Kolporter, Konsorcjum WebTradeCenter oraz Wasko, w szczególności opisu oferowanego

przez wykonawców przedmiotu zamówienia, którego wzór stanowi załącznik nr 2A do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) oraz wskazanych w siwz certyfikatów, oświadczeń i innych dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał między innymi, że w jego ocenie, zastrzeżone dokumenty nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy i winny zostać ujawnione przez Zamawiającego. Podnosił, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawcy powinni wykazać, że zrobili to w sposób uprawniony. Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast, w ocenie Zamawiającego, zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Pzp lub odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnice przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje.

Odwołujący wskazywał, że z orzecznictwa Izby wynika, iż certyfikaty nie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy (tak np. wyrok z dnia 8 sierpnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 72/08 czy wyrok z dnia 28 kwietnia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 451/09).

W zakresie opisu przedmiotu zamówienia, którego wzór stanowi Załącznik nr 2A do siwz oraz oświadczeń i innych dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi i dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, Odwołujący podkreślał, że KIO w analogicznych przypadkach nakazała ujawnienie całości lub znacznej części dokumentów (tak np. wyrok KIO z dnia 8 października 2010 r. sygn. akt KIO 2079/10).

Dodatkowo Odwołujący wyjaśniał, że z treści odwołania wniesionego przez Wasko w dniu 20 grudnia 2010 r. wynika, iż wykonawca ten oświadczył, iż zastrzeżone przez niego części oferty na stronach od 9 do 18 oraz od 23 do 129 nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa i wniósł o ich odtajnienie. Pomimo tego, dokumenty te nie zostały udostępnione Odwołującemu podczas zapoznawania się z protokołem postępowania i jego załącznikami w dniu 21 grudnia 2010r.

W dniu 7 stycznia 2011 r. w formie pisemnej (prezentata KIO z datą 07.01.2011 r. – wpływ bezpośredni) zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

złożyli wykonawcy: Konsorcjum Kolporter oraz Konsorcjum WebTradeCenter.

Konsorcjum Kolporter w uzasadnieniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego podnosił, że zarzuty Odwołującego w niniejszym postępowaniu są w pełni niezasadne. Wskazywał, że wszystkie informacje zawarte w utajnionej części oferty Przystępującego spełniają przesłanki i odpowiadają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazywał, że Konsorcjum Kolporter wypełniając zobowiązanie nałożone przez producentów sprzętu - dostawców, zobligowane jest do nieujawniania tych danych pozostałym wykonawcom w postępowaniu oraz osobom trzecim. W jego opinii ujawnienie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji pozwoli konkurencji poznać rozwiązania techniczne producenta (dotychczas nieujawnionych) co narazi go na szkodę, albowiem pozwoli konkurencji zareagować na te rozwiązania np. poprzez produkcję analogicznych funkcjonalnie rozwiązań. Przystępujący wyjaśniał, że dane zawarte w formularzu ofertowym jak również oświadczenia tych producentów zawierają informacje handlowe, a więc mające istotną wartość gospodarczą. Informacje te jako całość również nie są znane ogółowi i nie ujawnione do wiadomości publicznej. Są one zatem, w opinii Przystępującego, „tajemnicą przedsiębiorstwa” gdyż Konsorcjum przejawia wolę, by pozostały one tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych jest rozpoznawalna. Ponadto Konsorcjanci w przedmiotowym postępowaniu, związani są klauzulą poufności z kontrahentami, dostawcami i producentami sprzętu na poczet niniejszego postępowania, która obejmuje zarówno jego dostawców jak i pracowników oraz osoby współpracujące z dostawcami. Wyjaśniał, że podjęto działania, w celu ochrony tych informacji. Konsorcjum Kolporter podnosił, że zawarte w objętej tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty dane mają niewątpliwie charakter organizacyjny, technologiczny oraz techniczny. Informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie należy oceniać łącznie, jako powiązane ze sobą elementy jednego projektu oferującego szczegółowe rozwiązania techniczne dla osiągnięcia funkcjonalności określonej przez Zamawiającego. Przystępujący podkreślał, iż oferowany sprzęt komputerowy dotychczas nie jest oferowany na rynku i jest przygotowywany funkcjonalnie w pierwszej kolejności pod niniejsze postępowanie. Ponadto, zastrzeżone załączniki takie jak certyfikaty i oświadczenia zawierają również istotne dane o charakterze handlowym tj. wskazują konkretny model urządzenia i jego parametry, informacje o kontrahentach oraz źródłach zaopatrzenia, których poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawców. W opinii Przystępującego są to niewątpliwie informacje obejmujące doświadczenie i wiadomości przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa, a w szczególności do konkurowania na rynku.

Konsorcjum WebTradeCenter w uzasadnieniu przystąpienia do postępowania

odwoławczego po stronie Zamawiającego podnosił, że wszystkie informacje zawarte w utajnionej części oferty Przystępującego spełniają przesłanki i odpowiadają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W jego opinii zarzuty przedstawione w odwołaniu Konsorcjum Maxto są całkowicie nieuzasadnione i bezpodstawne, a zatem nie mogą być uwzględnione. Przystępujący zwracał uwagę, iż ustawodawca dopuścił możliwość dokonania przez wykonawcę zastrzeżenia części oferty jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, zatem skorzystanie z tej dyspozycji w żaden sposób nie narusza zasady uczciwej konkurencji. Podnosił, że, Odwołujący nie poparł swojej tezy żadnym dowodem, a zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie/firmie, która z faktu wywodzi skutki prawne. Zdaniem Przystępującego zastrzeżone przez niego w przedmiotowym postępowaniu informacje wypełniają dyspozycję normy definiującej informację, jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa, co znajduje potwierdzenie zarówno w doktrynie prawa, jak również bogatym orzecznictwie sądów powszechnych. Wyjaśniał jednocześnie, iż zastrzeżone w przedmiotowym postępowaniu informacje nie zostały i nie mogą być ujawnione i udostępnione do wiadomości publicznej. Są one nieznane ogółowi, a w szczególności osobom i podmiotom, które ze względu na wykonywaną działalność gospodarczą są zainteresowane ich posiadaniem. Zastrzeżone informacje są znane i dostępne jedynie ściśle ograniczonej grupie podmiotów, jednocześnie są to dokumenty podmiotu trzeciego, a konsorcjum liderem WebTradeCenter zobowiązało się do nie ujawniania ich, jako iż ze względu na swoją wartość gospodarczą stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa oraz nie są udostępniane powszechnie. Ofertę techniczną wraz z wszelkimi dokumentami i certyfikatami potwierdzającymi spełnienie wymogów Zamawiającego Przystępujący otrzymał od podwykonawcy firmy NTT System S.A., która to zobowiązała go do zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa w umowie o poufności.

W piśmie z dnia 12 stycznia 2011 r., które w formie faksu wpłynęło do Krajowej Izby odwoławczej w dniu 12 stycznia 2011. r o godz. 15.08, a następnie w oryginale zostało złożone przez Zamawiającego na posiedzeniu z udziałem stron, Zamawiający wyraził swoje stanowisko w którym uwzględnił zarzuty przedmiotowego odwołania. Uzasadniając swoją odpowiedź na odwołanie stwierdził, że argumenty podnoszone przez Odwołującego się mają uzasadnienie.

W niniejszym piśmie Zamawiający wyjaśniał także, iż w dniu 15 grudnia 2010 r. wystąpił do wszystkich wykonawców, których oferty zawierały część zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa, z wezwaniem do złożenia wyjaśnień, jaka jest podstawa prawna i uzasadnienie faktyczne zastrzeżenia dokumentów, o których mowa powyżej i uznania ich treści za tajemnicę przedsiębiorstwa oraz jakie działania zostały przez wykonawców podjęte

w celu zachowania ich poufności, gdyż zdaniem Zamawiającego treść tych dokumentów nie stanowi informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej czy innej posiadającej wartość gospodarczą, natomiast m. in. na ich podstawie można stwierdzić, czy wykonawca oferuje sprzęt o wymaganych parametrach. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Wasko w piśmie otrzymanym przez Zamawiającego w dniu 17 grudnia 2010 r. dokonał odtajnienia zastrzeżonej części oferty, natomiast wykonawcy Konsorcjum Kolporter oraz Konsorcjum WebTradeCenter odmówili wykonania tej czynności (w pismach otrzymanych przez Zamawiającego w dniach odpowiednio 17 i 16 grudnia 2010 r.). Zamawiający po ponownym przeanalizowaniu zakresu utajnionych części ofert, wyjaśnień wykonawców, którzy je utajniłi oraz po analizie argumentacji Odwołującego, zgodził się z przedłożonym zarzutem nieuzasadnionego ograniczenia jawności postępowania, o której mowa w art. 8 ustawy.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, ofertę, odpowiedź na odwołanie oraz stanowiska i oświadczenia stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W § 9 ust. 5 pkt 2 siwz „Opis sposobu przygotowywania ofert” Zamawiający wskazał, że na ofertę składa się między innymi wypełniony i podpisany formularz opisu oferowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia, którego wzór stanowi Załącznik nr 2A do siwz. Załącznik nr 2A do siwz zawiera następujące kolumny: „Lp.”, „Nazwa komponentu”, „Wymagane minimalne parametry techniczne” oraz „Oferowane parametry techniczne” a także precyzuje obowiązek podania nazwy producenta, modelu oraz typu oferowanych urządzeń.

Z treści projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do siwz (str. 15) wynika, że oferta wybranego wykonawcy wraz z opisem oferowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia będzie stanowić integralną część umowy w formie załączników.

Konsorcjum WebTradeCenter utajniło treść złożonej w postępowaniu oferty od str. 27 do str. 141, w tym znajduje się m. in.: zał. Nr 2A do siwz „Formularz opisu oferowanego przez wykonawcę przedmiotu zamówienia” (oferta str. od 37 do str. 100). Oferta ww. wykonawcy od str. 101 do str 141 zawiera: certyfikaty, oświadczeń i inne dokumenty potwierdzające, że oferowane usługi dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Konsorcjum Kolporter utajniło treść złożonej w postępowaniu oferty od str. 50 do str. 155, w tym znajduje się m. in.: zał. Nr 2A do siwz „Formularz opisu oferowanego przez

wykonawcę przedmiotu zamówienia” (oferta str. od 59 do str. 128). Oferta ww. wykonawcy od str. 129 do 155 zawiera certyfikaty, oświadczeń i inne dokumenty potwierdzające, że oferowane usługi dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

W poczet materiału dowodowego Izba włączyła również część dokumentacji z postępowania o sygn. akt KIO 2737/10, w której znajdowało się m. in. niżej wymienione pismo Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienia wraz z odpowiedziami wykonawców, tj. Konsorcjum Kolporter, Konsorcjum WebTradeCenter oraz Wasko.

W dniu 15 grudnia 2010 r. Zamawiający pismem zwrócił się do wykonawców: Konsorcjum Kolporter, Konsorcjum WebTradeCenter oraz Wasko o udzielenie wyjaśnień w zakresie podstawy prawnej oraz uzasadnienia faktycznego zastrzeżenia dokumentów, o których mowa powyżej, i uznania ich treści za tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wskazania jakie działania zostały podjęte przez ww. wykonawców w celu zachowania ich poufności.

W pismach z dnia 16 grudnia 2010 r. oba Konsorcja wskazały powody objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa powyższych dokumentów i podtrzymały zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do tych dokumentów.

Pismem, również z 16 grudnia 2010 r. Wasko wyjaśnił, że zastrzeżenie tajemnicy w stosunku do części formularza oferty znajdującego się na stronach od 9-18 było wynikiem omyłki i wniósł o odtajnienie tej części oferty. Ponadto wskazał, że część oferty znajdująca się na stronach od 23 do 129, tj. opis oferowanego przedmiotu sprzętu i zamówienia – załącznik nr 2 oraz oświadczenia i certyfikaty – załącznik nr 3, nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i nie powinna zostać nią objęta. Tym samym, wniósł również o odtajnienie tej części swojej oferty.

W dokumentacji postępowania znajduje się również zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - Konsorcjum WebTradeCenter - do którego załączono m. in. oświadczenie zarządu firmy NTT System S.A., w którym firma NTT nie wyraziła zgody na ujawnienie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów przekazanych na potrzeby przedmiotowego postępowania.

W poczet materiału dowodowego włączono również umowę o współpracy z dnia 9 listopada 2010 r. zawartą pomiędzy NTT System S.A. oraz Kolporter Info S.A. w której w § 4 „Tajemnica handlowa” wykonawca Kolporter Info S.A. został zobowiązany do zachowania poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa NTT System S.A.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy.

Na wstępie Izba, po przeprowadzeniu szczegółowego badania, stwierdziła, że Konsorcjum Kolporter nie przystąpiło skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, gdyż przystąpienie zostało podpisane przez osobę nieuprawnioną.

Przystąpienie wykonawcy Konsorcjum Kolporter do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało podpisane przez Pana Pawła P., który podpisał ww. dokument na podstawie pełnomocnictwa udzielonego w dniu 18.05.2010 r. przez Prezesa Zarządu Kolporter Info S.A. Pana Jarosława A.

Wskazać należy, że powyższe pełnomocnictwo uprawniało do reprezentowania firmy Kolporter Info S.A. w postępowaniu przetargowym na dostawę sprzętu komputerowego i systemów operacyjnych na potrzeby realizacji projektów EA i BW dla Samorządu Województwa Mazowieckiego w Warszawie, w tym: kontaktu z Zamawiającym, podpisywania wszelkich dokumentów prawnych związanych z postępowaniem, podpisania oferty, podpisania oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz zawarcia umowy.

W dniu 20.05.2010 r. następujące podmioty: Kolporter Info S.A. oraz Makronet Sp. z o.o., ustanowiły jako pełnomocnika – wykonawcę Kolporter Info S. A. w ramach postępowania pn. „Dostawa sprzętu komputerowego i systemów operacyjnych na potrzeby realizacji projektów EA i BW”. Pełnomocnictwo obejmowało w szczególności umocowanie do:

- a) podpisania i złożenia w imieniu wykonawcy wniosku i oferty wraz z załącznikami,
- b) składania w imieniu wykonawcy w toku postępowania wszelkich oświadczeń i dokonywania czynności przewidzianych przepisami prawa oraz składania innych oświadczeń w związku z postępowaniem, w tym poświadczenia kopii dokumentów za ich zgodność z oryginałem, zadawania pytań, składania wyjaśnień dotyczących treści wniosku i oferty oraz innych dokumentów składanych przez wykonawcę w związku z postępowaniem,
- c) wnoszenia w imieniu, wykonawcy wszelkich przysługujących mu w postępowaniu środków ochrony prawnej, w szczególności odwołania, skargi do sądu, jak również przystąpienia do postępowania odwoławczego wniesionego przez innego

wykonawcę, opozycji wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego innego wykonawcy oraz sprzeciwu wobec odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie innego wykonawcy.

- d) wnoszenia w imieniu wykonawcy wszelkich pism procesowych w postępowaniu przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, Krajowej Izbie Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oraz przed Sądem Okręgowym,
- e) reprezentowania wykonawcy na posiedzeniu i na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych oraz przed Sądem Okręgowym,
- f) prowadzenia korespondencji związanej z postępowaniem,
- g) zawarcia w imieniu wykonawców umowy w sprawie zamówienia publicznego będącego przedmiotem postępowania,
- h) wystawiania faktur VAT dla Zamawiającego oraz odbioru należności przewidzianych umową z Zamawiającym,
- i) zaciągania zobowiązań w wysokości odpowiadającej cenie oferty,
- j) wniesienia w imieniu wykonawcy całego wymaganego przez Zamawiającego w tym postępowaniu wadium.

W opinii Izby, z treści pełnomocnictwa z dnia 18.05.2010 r. udzielonego na rzecz Pana Pawła P. nie wynika, iż został on umocowany do działania w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Wprost przeciwnie, z treści powyższego pełnomocnictwa wyraźnie wynika, iż osoba umocowana - Pan Paweł P. - działa tylko i wyłącznie w imieniu Kolporter Info S.A. Oznacza to, iż pełnomocnik ten nie został umocowany do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i tym samym podpisując przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego był umocowany jedynie do działania w imieniu na rzecz wykonawcy Kolporter Info S.A.

Powyższe wynika wprost z daty udzielenia oraz treści obu pełnomocnictw. Jednostronna czynność prawna, jaką jest udzielenie pełnomocnictwa, wywołuje skutki na przyszłość (*pro futuro*). Zatem Kolporter Info S.A. ustanowiony dnia 20.05.2010 r. pełnomocnikiem konsorcjum udzielając dnia 18.05.2010 r. pełnomocnictwa na rzecz pełnomocnika – Pawła P. - nie miał wówczas umocowania do działania w imieniu i na rzecz Makronet Sp. z o.o. i tym bardziej nie miał umocowania do udzielenia pełnomocnictwa w imieniu i na rzecz tego podmiotu. Powyższe działanie jest niezgodne z zasadą wyrażoną w paremii *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

Odnosząc się do stwierdzenia pełnomocnika Konsorcjum Kolporter, że zgodnie z przepisami ustawy - Kodeksy cywilny ww. pełnomocnictwo może być potwierdzone przez osobę, która udzieliła pełnomocnictwa, Izba wyjaśnia, że takie potwierdzenie winno mieć formę pisemną oraz być dokonane przed upływem terminu do złożenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Tym samym nie można uznać, iż ustne potwierdzenie takie pełnomocnictwa na rozprawie, nawet przez prawidłowo umocowaną osobę, byłoby prawidłowe i skuteczne.

W niniejszej sprawie istotnym jest również ustalenie zakresu umocowania wynikającego z pełnomocnictwa z dnia 18.05.2010 r. w zestawieniu z pełnomocnictwem konsorcjalnym z dnia 20.05.2010 r. Bezspornym jest, iż pełnomocnictwo udzielone Panu Pawłowi P., w porównaniu z pełnomocnictwem udzielonym Kolporter Info S.A. z dnia 20.05.2010 r., zawiera znacznie węższy katalog czynności i w zasadzie kończy się na uprawnieniu do zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że w takim wypadku brak jest podstaw do uznania, iż wykonawca Konsorcjum Kolporter skutecznie przystąpił do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów Odwołania Przystępujący – Konsorcjum WebTradeCenter – wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Podczas rozprawy Odwołujący podtrzymał zarzuty, żądania i argumentację zawartą w odwołaniu z wyjątkiem zarzutów dotyczących wykonawcy Wasco, które zostały wycofane, ponieważ wykonawca Wasco przyznał, iż informacje, które są przedmiotem niniejszego odwołania nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i wnosił o ich odtajnienie.

Izba rozpoznała odwołanie i potwierdziła zasadność stanowiska Odwołującego się jak również Zamawiającego uznając, że całość zarzutów odwołania zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba stwierdziła, że zarzuty w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1 pkt 1, 2, 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp podniesione w odwołaniu potwierdziły się.

Izba uznała, że zastrzeżone przez Konsorcjum Kolporter oraz Konsorcjum

WebTradeCenter części ofert, w szczególności opis oferowanego przez wykonawców przedmiotu zamówienia, którego wzór stanowi załącznik nr 2A do specyfikacji oraz wskazane w siwz certyfikaty, oświadczenia i inne dokumenty potwierdzające, że oferowane usługi dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 11 ust. 4 powyżej przywołanej ustawy, 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. Tym samym, zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 03.10.2000 r. (sygn. akt: I CKN 304/00), wydanym na podstawie ww. przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

1. ma charakter techniczny, technologiczny, lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a także
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Izba wskazuje, że zgodnie z wyrażoną w art. 8 ust 1 Pzp zasadą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Wobec tego, wyjątki od tej zasady winny być ściśle uzasadnione, a wykonawcy z daleko posuniętą ostrożnością powinni decydować o zastrzeżeniu poszczególnych informacji w ofercie jako tajemnica przedsiębiorstwa. Podkreślić należy, że tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być objęte wszystkie informacje, jakie zostaną za takie uznane przez podmiot, który nimi dysponuje. Podmiot ten musi być przygotowany na uzasadnienie wartości tych informacji, a przede wszystkim ich wyjątkowego charakteru, jaki uzasadnia konieczność ich utajnienia na etapie badania i oceny ofert.

Wykonawcy, zarówno Konsorcjum Kolporter (od str. 59 do str. 128) jak również Konsorcjum WebTradeCenter (od str. 37 do str. 100), zastrzegli treść załącznika nr 2A do siwz pn. „Formularz opisu oferowanego przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia”. Treść ww. załącznika zawiera obowiązek podania przez wykonawców nazwy producenta, modelu oraz typu oferowanego urządzenia. Ponadto ww. załącznik zawiera następujące kolumny: „Lp.”, „Nazwa komponentu”, „Wymagane minimalne parametry techniczne” oraz „Oferowane parametry techniczne”. Wobec powyższego oczywistym jest, że żądanie jego wypełnienia miało służyć porównaniu przez Zamawiającego zgodności parametrów technicznych

oferowanego sprzętu z wymogami postawionymi tym urządzeniom przez Zamawiającego.

Izba dała wiarę twierdzeniom Odwołującego, którym nie zaprzeczył Zamawiający, że w przedmiotowym postępowaniu oferowany sprzęt oraz jego komponenty mają charakter sprzętu standardowego a nie dedykowanego. W tej sytuacji nie budzącym wątpliwości jest fakt, iż parametry techniczne standardowego sprzętu są parametrami powszechnie dostępnymi, publikowanymi przez ich producentów w ulotkach oraz na stronach internetowych. Tym samym nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż są podawane do wiadomości publicznej i nie posiadają w przedmiotowym przypadku wartości gospodarczej, technicznej czy też technologicznej.

Odnosząc się do twierdzeń Przystępującego zawartych w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz prezentowanych na rozprawie, iż oferowany w postępowaniu sprzęt oraz oprogramowanie nie jest standardowe, a zostało przygotowane specjalnie dla tego postępowania, Izba uznała ww. twierdzenia za gołosłowne, ponieważ nie zostały one poparte przez Przystępującego żadnym dowodem, a to właśnie na nim, zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego spoczywa ciężar udowodnienia niniejszego faktu.

Izba zwraca uwagę, że Odwołujący się zarówno w odwołaniu jak też na rozprawie domagał się odtajnienia jedynie informacji dotyczących parametrów technicznych zaoferowanych przez wykonawców urządzeń a nie jak twierdził Przystępujący określonych rozwiązań technicznych czy też specyficznych stosowanych technologii.

Izba wskazuje, że okoliczność zobowiązań umownych obu Konsorcjów nie może być przesłanką uprawniającą wykonawców do skorzystania z możliwości uznania ww. informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa i ich utajnienia w trybie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ o istnieniu podstaw do objęcia tajemnicą określonych informacji decyduje jedynie kumulatywne ziszczenie się przesłanek wymienionych w art. 11 ust. 4 przywołanej wyżej ustawy.

Zaprezentowana powyżej argumentacja znajduje również zastosowanie w odniesieniu do pozostałych objętych tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów, m. in. tj. licencje, certyfikaty, deklaracje zgodności, które w ofercie Konsorcjum Kolporter zostały zawarte na stronach: od 129 do 155, natomiast w ofercie Konsorcjum WebTradeCenter na stronach: od 101 do 141.

Na koniec Izba podkreśla, że z projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 3 do siwz wynika, że oferta wybranego wykonawcy będzie stanowić załącznik do umowy. Nie ujawnienie tak istotnej części umowy stanowiłoby naruszenie zasady jawności umów. Podkreślić, należy, że tajemnica przedsiębiorstwa nie ma charakteru etapowego tzn. nie może być tajemnicą tylko na etapie oceny ofert, a w momencie dołączenia jej do umowy

stracić przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Jak słusznie wskazała KIO w wyroku z dnia 19.05.2008r. – „brak jest również podstaw prawnych do utajnienia części oferty, która będzie podstawą do sporządzenia załączników umowy zawieranej z wykonawcą” (sygn. akt UZP/KIO/409/08).

Zdaniem Izby wykonawca wnoszący sprzeciw - Konsorcjum WebTradeCenter – nie wykazał w sposób nie budzący wątpliwości, że zastrzeżona przez niego część oferty stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Reasumując, Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 8 ust.1 pkt 1, 2, 3 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp. Izba uznała, że naruszenie ww. przepisów miało wpływ na wynik postępowania. Wobec tego Izba nakazała odtajnienie niesłusznie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, w szczególności opisu oferowanego przez wykonawców przedmiotu zamówienia, którego wzór stanowi załącznik nr 2A do specyfikacji oraz wskazanych w siwz certyfikatów, oświadczeń i innych dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, zawartych w ofertach, zarówno Konsorcjum WebTradeCenter jak również Konsorcjum Kolporter.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600 zł w oparciu o przedłożoną fakturę VAT.

Przewodniczący:

.....