

Sygn. akt: KIO/UZP 748/09

WYROK

z dnia 29 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Barbara Bettman
Członkowie:	Lubomira Matczuk-Mazuś Jolanta Markowska
Protokolant:	Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Georyt Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 14, 41-103 Siemianowice Śląskie** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, Terenowa Delegatura Centrali, Centrum Wydobywcze Północ, ul. Łużycka 41-902 Bytom** protestu z dnia 15 maja 2009 r.

przy udziale **Tiefenbach Polska Sp. z o.o., ul. Anieli Krzywoń 16, 41-922 Radzionków Centrali Zbytu Węgla „Węglózbyt” SA, ul. Kościuszki 30, 40-048 Katowice konsorcjum Węglokoks SA i MAS Sp. z o.o.; ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz

przy udziale **Fabryki Hydrauliki Sterowniczej DAMS Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 14. 412-103 Siemianowice Śląskie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Georyt Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 14, 41-103 Siemianowice Śląskie

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Georyt Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 14, 41-103 Siemianowice Śląskie,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Georyt Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 14, 41-103 Siemianowice Śląskie.**

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

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na dostawę zespołów i elementów hydrauliki sterowniczej do sekcji obudów zmechanizowanych do oddziałów Kompanii Węglowej SA w 2009 r., prowadzonym w drodze przetargu nieograniczonego, podzielonym na 46 części (Dz. Urz. UE Nr 2008/S 218 – 291079 z 28.11.2008 r.), w dniu 15 maja 2009 r. został wniesiony protest, a następnie odwołanie przez Georyt Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia odwołującego w dniu 7 maja 2009 r. o wyborze najkorzystniejszych ofert na poszczególne części zamówienia. Odwołujący zarzucił zamawiającemu Kompanii Węglowej SA z siedzibą w Katowicach naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. nr 19, poz. 101), to jest:

- 1) art. 7 oraz art. 8 ustawy w związku z przepisami ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. nr 153, poz. 1503 ze zm.) przez nieodtajnienie części ofert, w których wykonawcy zastrzegli nieudostępnianie informacji (odnośnie opinii technicznych, certyfikatów oraz instrukcji obsługi), nie mających charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 ustawy przez nieodrzczenie:

- a) oferty wspólnej firmy Węglkokoks SA oraz MAS Sp. z o.o. w zakresie części nr 1, 2, 3, 4, 5, 16, 19, 43 i 45;
- b) oferty firmy Centrala Zbytu Węgla Węglzbyt SA w zakresie części nr 6, 8, 9, 12, 15, 34, 35, 36;
- c) oferty firmy Tiefenbach Polska Sp. z o.o. w części 7, 10, 11, 14;
przez dokonanie wyboru oferty:
 - firmy Węglkokoks SA oraz MAS Sp. z o. o. w zakresie części nr 2 i 16;
 - firmy Centrala Zbytu Węgla Węglzbyt SA w zakresie części nr 8, 9, 12, 15, 34, 35, 36;
 - firmy Tiefenbach Polska Sp. z o.o. w zakresie części 7, 10, 11, 14.

Odwołujący zażądał ponowienia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia ofert niezgodnych z ustawą. W uzasadnieniu zarzutów protestu podał, że w 5 dniu lutego 2009 r. na podstawie udostępnionej dokumentacji ofert stwierdził, iż część z nich zawiera zastrzeżenie tajności. Pismem z dnia 17 marca 2009 r., zwrócił się do zamawiającego o odtajnienie oznaczonych dokumentów ofert. Zdaniem odwołującego, dokumenty te (opinie techniczne, certyfikaty, instrukcje obsługi) nie powinny stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 16.04.1993 r. W dniu 7 maja 2009 r. po otrzymaniu wyników przetargu, odwołujący ponownie zwrócił do zamawiającego, kwestionując brak odtajnienia wskazanych ofert. Zdaniem odwołującego przez zaniechanie odtajnienia dokumentów ofert, które nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający naruszył zasady prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasady jawności postępowania. W przekonaniu odwołującego zastrzeżone informacje, w świetle przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ zgodnie ze wskazaniem jakie zawiera uchwała Sądu Najwyższego w sprawie sygn. akt I CKN 1159/00 (OSNC z 2002 r. Nr 5, poz. 67), nie można objąć tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze. Odwołujący zasugerował, że utajnione dokumenty według jego wiedzy, mogą zawierać nieprawdziwe, nierzetelne dane, wprowadzające zamawiającego w błąd. Na dowód czego powołał okoliczność, że dla części 43 – obudowa ZBMD – 12/26 – POz zaoferowana przez konsorcjum Węglkokoks SA oraz MAS Sp. z o. o. nigdy nie była produkowana. Oferty, które zawierają oświadczenie producenta, tj. Zakładu Produkcyjnego Armatury Hydraulicznej ZAWHYD o zgodności produkowanych części z DTR obudowy zmechanizowanej, w przekonaniu odwołującego mogą zawierać nieprawdziwe informacje, a bezprawne utajnienie tej części dokumentów jest działaniem świadomym, co powinno powodować odrzucenie oferty. Na poparcie swego stanowiska odwołujący przytoczył orzecznictwo Zespołów Arbitrów. Stwierdził, iż zamawiający winien odrzucić kwestionowane oferty, ponieważ

bezzasadnie została zastrzeżona ich tajność, a zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. sygn. III CZP 74/05, zamawiający może samodzielnie ocenić czy zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 25 maja 2009 r., zamawiający oddalił protest w całości. W uzasadnieniu swego stanowiska podał, że wykonawcy w terminie określonym w przepisie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poinformowali o zastrzeżeniu oznaczonych dokumentów oferty, obejmując je klauzulą tajności, z powołaniem się na to, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający wyjaśnił, że aby uniknąć roszczeń finansowych zwracał się do wymienionych wykonawców o odtajnienie ich ofert, na co nie uzyskał zgody, gdyż oferenci stwierdzili, iż „przedstawione zamawiającemu instrukcje zawierają informacje techniczne i technologiczne (opisy i rysunki) i stają się dostępne kupującym (części) tylko wówczas, gdy wyrażą chęć ich nabycia.” Co oznacza, że informacja ta nie jest ujawniana do wiadomości publicznej, lecz jedynie udostępniana upoważnionemu przedstawicielowi zamawiającego. Ocena zgodności z wymaganiami określonymi prawem i wymaganiami określonymi przez jednostki systemu zgodności (w tym producentów) odbywa się przy wykorzystaniu instytucji deklaracji zgodności, certyfikatów, świadectw, czy innych dokumentów tej oceny, zgodnie z odnośną normą PN-EN. Zatem opis sposobu w jaki element może zostać wykorzystany uzyskuje wartość handlową. Wniosek o odtajnienie informacji objętych klauzulą tajności wykonawcy uznali za zagrożenie ich interesów gospodarczych. Zamawiający uznał, że zachodzą podstawy do ograniczenia zasady jawności w danym postępowaniu i nie ujawnił informacji zastrzeżonych jako tajemnica poszczególnych przedsiębiorców. Zamawiający ocenił, że zarzuty odwołującego stanowią subiektywne przypuszczenia, sformułowane w sposób lakoniczny, które nie zostały poparte żadnymi dowodami. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 Pzp uznał za bezpodstawny, gdyż wybór ofert pozostawał w zgodności z zasadami ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazał, że wątpliwości dotyczące oferty złożonej na część 43 zamówienia winny być przedstawione na etapie protestów na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ typ obudowy został opisany w jej treści. Zamawiający także podważał interes prawny odwołującego, skoro nawet przy uwzględnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań oferta odwołującego nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą, gdyż na tą część zamówienia nie złożył on oferty. Dla pozostałych żądań oferta odwołującego nie była kolejną, która uzyskała najwyższą ocenę punktową, po ofercie wybranej jako najkorzystniejsza w oparciu o jedyne ustanowione kryterium ceny.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 19 maja 2009 r. do postępowania wywołanego protestem:

1. w dniu 22 maja 2009 r. przystąpił wykonawca Fabryka Hydrauliki Sterowniczej DAMS Sp. z o.o., który poparł zarzuty i wnioski odwołującego,

2. w dniu 22 maja 2009 r. przystąpiła Centrala Zbytu Węgla Węglzbyt SA, która poparła czynności zamawiającego wyboru jej oferty jako najkorzystniejszej na określone części zamówienia. Wskazała, że odwołujący nie wykazał doznania uszczerbku interesu prawnego w zakresie podniesionych zarzutów protestu. Za spóźnione uznała zarzuty dotyczące zaniechania odtajnienia oferty,
3. w dniu 19 maja 2009 r. przystąpił wykonawca Tiefenbach Polska Sp. z o. o., wnosząc o utrzymanie wyboru jego oferty na wskazane części zamówienia i popierając stanowisko zamawiającego.
4. w dniu 22 maja 2009 r. przystąpił wykonawca Węglkokoks SA i MAS Sp. z o.o. popierający stanowisko zamawiającego, wnosząc o utrzymanie wyboru jego oferty na wskazane części zamówienia.

W odwołaniu wniesionym w dniu 4 czerwca, z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z żądaniami tam określonymi.

W uzasadnieniu odwołujący ponowił argumentację przedstawioną w proteście. Ustosunkowując się do stanowiska zamawiającego wyrażonego w rozstrzygnięciu protestu, odwołujący podkreślił, że zamawiający nie odniósł się merytorycznie do podnoszonych zarzutów, a główny wywód tego rozstrzygnięcia dotyczy teoretycznych dywagacji na temat możliwości ograniczenia jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący powołał się na okoliczność, iż zasada jawności gwarantuje przejrzystość postępowania, stanowi rękojmię urzeczywistnienia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W przypadku sytuacji budzących wątpliwości, czy zastrzeżone informacje mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający winien korzystać z instytucji art. 87 ust. 1 Pzp i żądać złożenia wyjaśnień. Powtórzył argumentację, iż żywi podejrzenia, że utajnione dokumenty mogą zawierać nieprawdziwe, nierzetelne informacje wprowadzające w błąd, na co może wskazywać dołączony do części jawnej oferty wspólnej firm Węglkokoks SA i Mas Sp. z o.o. „oświadczenie producenta maszyny lub urządzenia” dla zadania 43 (obudowa ZBMD 12/26 POz), potwierdzające zgodność wyrobów firmy ZPAH ZAHWYD z DTR obudowy zmechanizowanej, która jak wynika z uzyskanych informacji, nigdy przez tego producenta nie była wytwarzana. Odwołujący powołał się na dowód z oświadczenia producenta maszyny oraz oświadczenia CMG KOMAG z dnia 29.12.2008 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili:

1. w dniu 5 czerwca 2009 r. Tiefenbach Polska Sp. z o.o.,
2. w dniu 24 czerwca 2009 r. Centrala Zbytu Węgla Węglzbyt SA,
3. w dniu 24 czerwca 2009 r. konsorcjum Węglkokoks SA i MAS Sp. z o.o.,

4. natomiast w dniu 19 czerwca 2009 r. Fabryka Hydrauliki Sterowniczej DAMS Sp. z o.o. po stronie odwołującego.

Krajowa Izba odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, pism zamawiającego o odtajnienie informacji i udzielonych odpowiedzi, pism stron i przystępujących złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym, ofert złożonych przez wykonawców, w tym dokumentów utajnionych, pism odwołującego o odtajnienie ofert, instrukcji użytkowania oferowanych części dla obudów zmechanizowanych oferty konsorcjum Węglkokoks i złożonej przez FHS DAMS Sp. z o. o., tj. instrukcji użytkowania elementów hydrauliki sterowniczej, załączonej do oferty w innym postępowaniu, prowadzonym przez tego samego zamawiającego. Izba nie dopuściła dowodu wnioskowanego przez odwołującego, dotyczącego postępowania prowadzonego przez Jastrzębską Spółkę Węglową SA i złożonej instrukcji dla części do obudów oznaczonych inną symboliką, gdyż przeprowadzenie tego dowodu w zakresie ustalenia tożsamości zamawianych części, jakie obejmują zastrzeżone instrukcje znajdujące się w dokumentach ofert, wymagałoby specjalistycznej wiedzy technicznej, a na tę okoliczność Izba dysponowała innymi dowodami.

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, określone w art. 187 ust. 4 Pzp.

Izba stwierdziła, że przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia do odwołania zostały spełnione przez wykonawców: Tiefenbach Polska Sp. z o. o., Fabrykę Hydrauliki Sterowniczej DAMS Sp. z o.o., Centralę Zbytu Węgla Węglzbyt SA, i konsorcjum Węglkokoks SA i MAS Sp. z o.o.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak nakazuje art. 191 ust. 3 Pzp Izba ustaliła, co następuje.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po modyfikacji (pismo z dnia 2.12.2008 r.) zamawiający wymagał w rozdziale XVI w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom, załączenia do oferty:

- 1) wykazu parametrów techniczno – użytkowych,
- 2) deklaracji zgodności,
- 3) aktualnych certyfikatów zgodności,
- 4) dla zadania 5, 17, 38 – dokumentacji technicznej,
- 5) dla zadań 1- 45 jednego z niżej wymienionych dokumentów, pozwalających stwierdzić, że oferowane urządzenie jest zgodne z DTR obudowy (rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 9.06.2006 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy,

prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia p. poż. w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 124, poz. 863, par. 428):

- załącznik nr 7 oświadczenie producenta obudowy zmechanizowanej, lub
- aktualny aneks do DTR, lub
- wyciąg z DTR obudowy zmechanizowanej, lub
- instrukcję użytkowania oferowanych części zamiennych w danym typie obudowy – zgodnie z posiadanym certyfikatem (opinią jednostki certyfikującej).

Wykonawcy zastrzegli tajność części dokumentów ofert. Konsorcjum Węglkokoks SA i MAS Sp. z o.o., Tiefenbach Polska Sp. z o.o., Węglzbyt SA utajnili części dokumentów ofert, zawierających instrukcje użytkowania elementów hydrauliki sterowniczej do obudów. W dniach 17 marca 2009 r. oraz 7 maja 2009 r. odwołujący zwracał się do zamawiającego o odtajnienie konkurencyjnych ofert. Zamawiający wystąpił o zgodę wykonawców na odtajnienie instrukcji użytkowania oferowanych części zamiennych, na co otrzymał odpowiedzi odmowne. Jedynie Węglzbyt SA zgodził się na ujawnienie instrukcji użytkowania, w zakresie stwierdzenia możliwości stosowania oferowanych elementów hydrauliki sterowniczej w podziemnych zakładach górniczych w danym typie obudowy, określonym DTR do jakiej przewidziano element, jako część zamienną, bo na taką okoliczność dokument - instrukcja obsługi była żądana.

Kryterium oceny ofert stanowiła cena, przeliczana na otrzymaną punktację oferty. Oferty złożyło 5-u wykonawców: Konsorcjum Węglkokoks SA oraz MAS Sp. z o.o. (nr 1), Centrala Zbytu Węgla „Węglzbyt” SA (nr 2), Tiefenbach Polska Sp. z o.o. (nr 3), Odwołujący Georyt Sp. z o.o. (nr 4), Fabryka Hydrauliki Sterowniczej DAMS Sp. z o.o. (nr 5).

Odwołujący złożył swoją ofertę na:

- część 7 – otrzymał 65,00 pkt (oferta nr 2 – 86,92; oferta nr 3 – 100,00 pkt, oferta nr 5 – 89,23 pkt),
- część 8 – otrzymał 49,52 pkt (oferta nr 3 – 100,00 pkt, oferta nr 5 - 89,23 pkt),
- część 9 – otrzymał 59,07 pkt (oferta nr 2 – 100,00 pkt, oferta nr 5 – 93,81 pkt),
- część 10 – otrzymał 69,62 pkt (oferta nr 3 – 100,00 pkt, oferta nr 5 – 89,18 pkt),
- część 11 – otrzymał 70,05 pkt (oferta nr 2 – 100,00 pkt, oferta nr 5 – 86,66 pkt),
- część 12 – otrzymał 60,86 pkt (oferta nr 3 – 100,00 pkt, oferta nr 5 – 79, 90 pkt),
- część 14 – otrzymał 68,63 pkt (oferta nr 3 – 100,00 pkt, oferta nr 5 - 86,02 pkt),
- część 15 - otrzymał 71,58 pkt (oferta nr 3 – 100,00 pkt, oferta nr 5 – 60,71 pkt),
- część 34 – otrzymał 57,27 pkt (oferta nr 2 – 100,00 pkt, oferta nr 5 – 80,34 pkt),
- część 35 - otrzymał 55,01 pkt (oferta nr 2 – 100,00 pkt, oferta nr 5 – 78,93 pkt),
- część 36 – otrzymał 59,91 pkt (oferta nr 2 – 100,00 pkt, oferta nr 5 – 80,99 pkt).

Izba zważyła, co następuje.

Skoro odwołujący na część 43 zamówienia i na inne kwestionowane nie złożył oferty, a w zakresie pozostałych części zamówienia, na które złożył ofertę (wymienionych wyżej), oferta odwołującego nie została sklasyfikowana nawet na drugiej pozycji (za wyjątkiem części 15), Izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał, iż dokonany wybór ofert naruszył jego interes prawny, polegający na tym, że oferta odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą i wybrana do realizacji zamówienia na wyszczególnione części. Przepis art. 179 ust. 1 Pzp, przyznaje prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej wykonawcy, którego własny interes prawny wskutek bezprawnych czynności zamawiającego lub jego zaniechań, został naruszony. Zważywszy, że w częściach zamówienia, które objął zarzutami protestu, odwołujący albo nie złożył oferty albo jeżeli złożył ofertę, to zajmowała ona ostatnią pozycję, nawet nie kolejną po ofercie wybranej (za wyjątkiem części 15), gdyż ceny niższe niż odwołujący oprócz wykonawcy wybranego zaproponowali inni wykonawcy, zatem nawet w przypadku odrzucenia ofert wybranych jako najkorzystniejsze, odwołujący nie uzyskałby zamówienia. W niniejszym postępowaniu odwołujący nie doznał uszczerbku interesu prawnego, który przejawia się tym, że wskutek uchybień proceduralnych, wykonawca którego oferta winna być uznana za najkorzystniejszą, traci możliwość uzyskania zamówienia. Pozwala to na stwierdzenie, że nie zachodzi niezbędna przesłanka materialnoprawna skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej. Z tych względów odwołanie nie podlegało uwzględnieniu, a odwołujący nawet nie powoływał się na naruszenie swego interesu prawnego.

Obowiązkiem odwołującego jest przedstawienie dowodów na poparcie zgłoszonych zarzutów i żądań. Odwołujący zaś utrzymywał, że żywi „uzasadnione podejrzenia” przedstawienia przez wykonawców, poprzedzających go w ustalonym rankingu ofert, nieprawdziwych informacji i nierzetelnych dokumentów, na co jego zdaniem wskazuje zaproponowanie w ofercie wybranej na część 43 zamówienia urządzenia - części nieprzeznaczonych do określonego - posiadanego przez zamawiającego typu obudowy. Zarzut potwierdzenia zgodności zaoferowanego wyrobu produkcji firmy ZAHWYD Zakład Produkcji Armatury Hydraulicznej z DTR obudowy zmechanizowanej, jako część zamiennej, do której została zaoferowana, mimo że obudowa wskazanego typu (podana również w dokumentacji przetargowej sporządzonej przez zamawiającego) nie jest produkowana, został przedstawiony dla uprawdopodobnienia podejrzeń, iż kwestionowane oferty zawierają nieprawdziwe informacje, w związku z czym winny zostać odtajnione i odrzucone. Izba nie miała podstaw do uwzględnienia takich zarzutów i żądań, gdyż orzeka w oparciu o ocenę przedstawionych dowodów, do czego obliguje ją art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie zarzutów protestu, dotyczących poprawności prowadzonych procedur wyboru

najkorzystniejszej oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro w ocenie odwołującego, wykonawcy uczestniczący w przetargu, złożyli nieprawdziwe oświadczenia, czy posłużyli się nierzetelnymi dokumentami i na tej podstawie otrzymali zamówienie, zatem popełnili czyn zabroniony, określony w art. 297 §1 K.k., to sprawami tymi i weryfikacją „uzasadnionych podejrzeń” zajmują się organa ścigania przestępstw, zgodnie z ustalonymi kompetencjami.

Przepis art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) za tajemnicę przedsiębiorstwa dozwala uznawać nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne, mające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zdaniem Sądu Najwyższego, wyrażonym w wyroku z dnia 3 października 2000 r. sygn. akt I CKN 304/00, informacje techniczne i technologiczne dotyczą sposobów wytwarzania wyrobu i stosowania, informacja handlowa to ogół doświadczeń dla prowadzenia działalności. Natomiast dane nieujawnione do wiadomości publicznej, to informacje nieznanne ogółowi, co do których przedsiębiorca podjął celowe czynności zapobiegające ich rozpowszechnianiu. Nie ma cech tajemnicy informacja, o której można się dowiedzieć z dostępnych źródeł. Ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa zapewnia istniejący system prawny, w tym przepisy ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz. U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117). W kwestii zastrzeżonych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofertach wykonawców, Izba stwierdza, że dane techniczne, jakie zawierają instrukcje obsługi i dokumenty jakie winny być przekazane nabywcy urządzenia wraz z dostawą, nie powinny być co do zasady przedmiotem zastrzeżeń ich tajności ze strony wytwórcy czy sprzedawcy maszyny lub urządzenia. Wyroby dla górnictwa są sprzedawane na otwartym rynku, jako przedmiot obrotu między wytwórcą, pośrednikami handlowymi i odbiorcą końcowym – kopalnią. Ustawodawca nakazuje przekazanie wraz z dostawą dla jej kompletności określonego zestawu dokumentów np. deklaracji zgodności, certyfikatów, dopuszczeń – jeżeli przepis szczególny tego wymaga, instrukcji użytkowania w poziomych wyrobiskach górniczych, wskazujących między innymi do jakiego typu obudów urządzenie jest przeznaczone. Informacje w tym zakresie są przekazywane w wyniku realizacji obowiązku ustawowego. Ze względu na zróżnicowany zakres danych, objętych wymienionymi instrukcjami, zamawiający winien je analizować i ustalać, które z nich mają charakter tajny. Izba stwierdza, że część instrukcji, zawierająca informacje do jakiego typu obudowy mogą być stosowane oferowane elementy hydrauliki sterowniczej, jeżeli jednocześnie te same dane są podawane w ofercie rynkowej, nie ma charakteru poufnego. Bez wątpliwości producenci, czy dystrybutorzy części zamiennych zespołów i elementów hydrauliki sterowniczej do sekcji obudów zmechanizowanych, w swoich ofertach zamieszczają informacje jakie części oferują na

rynku i do jakich obudów. Potwierdza tą okoliczność, że firma Węglolzbyt SA uzyskała zgodę producenta części i zezwoliła na ujawnienie danych w tym zakresie. Inną kwestią są zawarte w instrukcji użytkowania dane techniczne, technologiczne, rysunki techniczne odnoszące się do sposobu wytworzenia wyrobu, jego funkcjonowania i obsługi. Część instrukcji użytkowania obejmujące te dane może być objęta skutecznie klauzulą tajności. Z przedłożonego dowodu z oferty konsorcjum Węglkokoks SA, Węglolzbyt SA, Tiefenbach Sp. z o.o. wynika niewątpliwie, że producent oferowanych wyrobów zastrzegł tajność instrukcji użytkowania i zabronił bez jego zgody, udostępnienia objętych tą instrukcją danych dystrybutorowi jego wyrobów. Izba zważyła, że przystępujący zaoferowali wyroby tego samego producenta ZPAH ZAHWYD i przedstawili te same instrukcje. Prawem producenta jest zastrzeżenie tajemnicy danych technicznych czy technologicznych w odniesieniu do takich wyrobów, co do których ze względu na ich innowacyjne rozwiązania, uzna to za stosowne. Zatem nie stanowi dowodu przeciwnego przedstawiona przez FHS DAMS Sp. z o.o. instrukcja dla części hydrauliki sterowniczej do obudowy o innym symbolu, nie zawierająca wymienionej klauzuli tajności. Z tych względów można mówić, iż w wymienionym zakresie zostały spełnione łącznie wszystkie przesłanki określone przepisem art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dla skutecznego zastrzeżenia tajności informacji w dokumentach oferty przetargowej. Bowiem jest to zamknięty krąg osób i podmiotów, którzy daną informacją dysponują i nie mają prawa udostępniania tych informacji na zewnątrz.

Zamawiający każdorazowo winien oceniać jakie informacje oferent może zastrzec skutecznie, jako tajemnicę przedsiębiorstwa prawnie chronioną – w zakresie dokumentacji technicznej urządzenia, a jakie z nich stanowią minimum informacji dla nabywcy, aby mógł zakupić urządzenie do potrzebnych mu celów. Wykaz części zamiennych mogących współpracować z określonym urządzeniem, jest zawarty w ofertach producentów – ujawnianych w celach promocji i informacji podstawowej o oferowanym na rynku produkcie, zatem należy przyjąć, iż dane tego typu są jawne i rozpowszechniane. Informacje zastrzeżone jako tajne, podlegają ocenie zamawiającego, nie może on jednak odrzucić oferty, która bezpodstawnie zastrzega część dokumentacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa, ale powinien takie dokumenty ujawnić (uchwała SN z 21.10.2005 r. sygn. akt III CZP 74/05. Materiał dowodowy wykazał, że zamawiający podjął czynności mające na celu odtajnienie informacji zastrzeżonych, a po analizie udzielonych przez wykonawców wyjaśnień, zasadnie zdecydował, że brak jest podstaw do odtajnienia tych dokumentów. Nie znalazł zatem potwierdzenia zarzut odwołującego, że zamawiający zaniechał jakichkolwiek czynności przeprowadzenia analizy utajnionych danych w kwestionowanych ofertach, a zaniechanie to naruszyło zasadę jawności postępowania. Przesłanki odtajnienia oferty określone są ustawowo i nie należy do nich żądanie odtajnienia w celu umożliwienia sprawdzenia

poprawności ofert konkurencyjnych. Wobec braku wykazania naruszenia interesu prawnego odwołującego, także braku przedstawienia dowodów na okoliczność, iż wszystkie poprzedzające go w uzyskanej ocenie oferty zawierają informacje nieprawdziwe (nierzetelne), Izba nie podzieliła punktu widzenia odwołującego, że zamawiający naruszył bliżej nieokreśloną dyspozycję normy art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez zaniechanie odrzucenia konkurencyjnych ofert za podanie nieprawdziwych informacji oraz, że istnieją podstawy do unieważnienia wyboru ofert. Zatem nie zachodzi również sytuacja, gdzie czynione zamawiającemu zarzuty naruszenia art. 7 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i prowadzenie postępowania w sposób nieprzestrzegający zasad uczciwej konkurencji znalazłyby potwierdzenie. Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem przystępujących, że zarzuty w odniesieniu do zaniechania odtajnienia zastrzeżonych informacji, są spóźnione. Zamawiający na wniosek odwołującego nie udzielił odpowiedzi, a żaden przepis nie wskazuje w jakiej fazie procedury przetargowej, zamawiający winien dokonać czynności sprawdzenia i ewentualnego odtajnienia zastrzeżonych dokumentów oferty, zatem datą graniczną jest powiadomienie o wyborze i o uzyskanej punktacji złożonych ofert. Zamawiający nie odrzucił protestu z tej przyczyny ani nie przedstawił takich argumentów na rozprawie, a stanowisko przystępujących po jego stronie, nie może być odmienne, o czym stanowi art. 184 ust. 5 Pzp. Powyższe ustalenia, w odniesieniu do zachowania zasady jawności postępowania określonej art. 8 ust. 1 ustawy Pzp mają jedynie walor teoretyczny, skoro w konkretnych okolicznościach niniejszej sprawy, Izba stwierdziła brak wykazania naruszenia interesu prawnego odwołującego - polegającego na pozbawieniu możliwości uzyskania zamówienia, a co za tym idzie ustalenia naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Należy stwierdzić, że przeprowadzone postępowanie dowodowe nie wykazało, że kwestia braku odtajnienia zastrzeżonych dokumentów oferty, wywarła jakikolwiek wpływ na wynik tego postępowania. W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1 a Prawa zamówień publicznych.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o przyznanie kosztów z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika, gdyż przepis § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z 2008 r. Nr 182, poz. 1122) zezwala na przyznanie kosztów jedynie w oparciu o złożony rachunek.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*