

Sygn. akt: KIO/UZP 1353/09

WYROK
z dnia 26 października 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Barbara Bettman**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **4system Polska Sp. z o. o., 65-392 Zielona Góra, ul. Botaniczna 70** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, 00-834 Warszawa, ul. Pańska 81/83** protestu z dnia 26 sierpnia 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża 4system Polska Sp. z o. o., 65-392 Zielona Góra, ul. Botaniczna 70

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **4system Polska Sp. z o. o., 65-392 Zielona Góra, ul. Botaniczna 70,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **4system Polska Sp. z o. o., 65-392 Zielona Góra, ul. Botaniczna 70.**

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

Zamawiający Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pt „Akademia PARP 2009”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3.10.2008 roku pod poz. 2008/ S 192 - 254016.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2009 r. odwołujący - 4system Polska sp. z o.o. zwrócił się do zamawiającego z prośbą o udostępnienie do wglądu oferty Konsorcjum Instytutu Edukacji Interaktywnej Estakada.pl Sp. z o.o. i Betacom S.A., a także oferty wstępnej konsorcjum Young Digital Planet S.A. i Firmy 2000 sp. z o.o. oraz konsorcjum Sygnity S.A. i Smart Education sp. z o.o.

W odpowiedzi, dnia 19 sierpnia 2009 r. zamawiający poinformował, iż nie udostępni ww. ofert ze względu na zastrzeżenie, że zawierają one tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 26 sierpnia 2009 roku odwołujący złożył protest, zarzucając naruszenie art. 8, art. 7 ust. 1 i wniósł o zbadanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w złożonej przez Konsorcjum Instytutu Edukacji Interaktywnej Estakada.pl Sp. z o.o. i Betacom S.A. ofercie oraz uznanie zastrzeżenia tej tajemnicy za bezskuteczne i niezwłoczne udostępnienie oferty Konsorcjum Instytutu Edukacji Interaktywnej Estakada.pl Sp. z o.o. i Betacom S.A.

Również, związku z wezwaniem do udziału w postępowaniu protestacyjnym przekazanym w dniu 24 sierpnia 2009 roku wywołanym wniesieniem protestu z dnia 21 sierpnia 2009 roku przez Konsorcjum Young Digital Planet S.A. i Firmy 2000 sp. z o.o., odwołujący zgłosił swoje przystąpienie do protestu po stronie wykonawcy.

W dniu 28 sierpnia 2009 roku zamawiający oddalił protest złożony przez odwołującego jak również protest złożony przez konsorcjum Young Digital Planet S.A. i Firmy 2000 sp. z o.o., wskazując, że dokonał badania skuteczności zastrzeżenia treści oferty i nie uzyskał żadnych informacji, które wskazywałyby że zastrzeżenie jest dokonane z naruszeniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp czy art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający

uznał za skuteczne poczynione zastrzeżenia, Wskazał także iż odwołujący, na którym spoczywa ciężar udowodnienia zgodnie z art. 6 k.c. nie przedstawił żadnych dowodów ani okoliczności, które mogłyby wskazywać, że oferta konsorcjum zawiera informacje niebędące tajemnicą przedsiębiorstwa.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, w dniu 7 września 2009 roku odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty i argumentację zawartą w proteście Konsorcjum Young Digital Planet S.A. i Firma 2000 Sp. z o.o. i wnosząc o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie udostępnienia oferty wstępnej i oferty Konsorcjum Instytutu Edukacji Interaktywnej Estakada.pl sp. z o.o. oraz Betacom S.A. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu tego samego dnia.

Odwołujący wskazał na naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 przez odmowę udostępnienia oferty Konsorcjum Instytutu Edukacji Interaktywnej Estakada.pl sp. z o.o. oraz Betacom S.A. i przez to preferowanie oferty tego wykonawcy,
2. art. 8 ust. 1 przez odmowę dostępu do informacji jawnych,
3. art. 8 ust. 3 przez nieuzasadnione nie udostępnienie oferty Konsorcjum Instytutu Edukacji Interaktywnej Estakada.pl sp. z o.o. oraz Betacom S.A. i zaniechanie badania skuteczności dokonanego zastrzeżenia, co do tajemnicy przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że zasada jawności informacji publicznej jest jedną z podstawowych zasad systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Powszechne prawo do informacji wynika z art. 54 i 61 Konstytucji RP, przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 roku o dostępie do informacji publicznej, a także z art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 26 listopada 1998 roku o finansach publicznych. Jawność i przejrzystość działań zamawiającego i wykonawców są sposobami ograniczenia zjawisk patologicznych w sferze zamówień publicznych. Z treści art.96 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wynika, że protokół i wszelkie oświadczenia i zaświadczenia składane w trakcie postępowania o zamówienie publiczne są jawne i powinny być udostępnione do wglądu wszystkim osobom, bez względu na posiadanie interesu prawnego i faktycznego. Odwołujący przywołał definicję tajemnicy przedsiębiorstwa zawartą w art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 roku I CKN 304/00, gdzie sąd m.in. wskazał, że powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z

cyklem produkcyjnym. Informacja (wiadomość) linie ujawniona do wiadomości publicznej" to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Taka informacja staje się "tajemnicą przedsiębiorstwa", kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Powołał także opinie prawną zamieszczoną na stronach Urzędu Zamówień Publicznych.

Odwołujący wskazał, że w wyroku Sądu Najwyższego z 5 września 2001 r. (I CKN 1159/00 , OSNC 2002, nr 5, poz. 67) stwierdzono, że: "przepis art. 11 ust. 1 i 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze".

Odwołujący wskazał, powołując się na doktrynę i orzecznictwo, iż „utajnione dokumenty” i zawarta w nich treść powinny być przedmiotem obligatoryjnego badania zamawiającego. Tymczasem w rozstrzygnięciu protestu, zamawiający nie wskazał jakie konkretnie czynności podjął w toku postępowania, w celu zbadania oferty i ze względu na jakie okoliczności oferta stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa a także jakie działania Konsorcjum podjęło w celu zachowania ich w poufności. Zdaniem odwołującego, sposób sformułowania opisu przedmiotu zamówienia determinuje treść ofert i nie ma możliwości, aby cała oferta była objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, jeśli w ogóle faktycznie zawarte są tam informacje takie jak wynikające z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający nie uzasadnił merytorycznie swojej decyzji, a powołując się na art. 6 kc próbuje przenieść ciężar dowodu na wykonawców. W ocenie odwołującego ciężar udowodnienia spoczywa na zamawiającym, który odmówił udostępnienia dokumentów Konsorcjum powołując się na zastrzeżenie tajemnicę przedsiębiorstwa, zatem z faktu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyciąga skutek w postaci odmowy udostępnienia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Wskazał, że utajnienie oferty konsorcjum jest spowodowane niedozwoloną na gruncie przepisów ustawy preferencją wobec jednego z wykonawców i narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosiło swoje przystąpienie pismem dnia 20 października 2009 roku konsorcjum Young Digital Planet S.A. i Firmy 2000 sp. z o.o.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, oferty złożonej przez Konsorcjum Instytutu Edukacji Interaktywnej Estakada.pl sp. z o.o. oraz Betacom S.A w postępowaniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz po wysłuchaniu pełnomocników stron na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Na wstępie Izba zważyła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, których uwzględnienie skutkowałoby koniecznością odrzucenia odwołania.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie do odwołania – konsorcjum Young Digital Planet S.A. i Firmy 2000 sp. z o.o.. z uwagi na oświadczenie złożone przez pełnomocnika odwołującego do protokołu rozprawy, że wniesione odwołanie jest odwołaniem od oddalenia protestu złożonego samodzielnie przez odwołującego, Izba uznała, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego jest nieskuteczne, ponieważ przystępujący – konsorcjum Young Digital Planet S.A. i Firmy 2000 sp. z o.o. nie był uczestnikiem postępowania protestacyjnego wywołanego wniesieniem protestu przez odwołującego. Zgodnie z art. 184 ust. 4 ustawy Pzp warunkiem dopuszczenia wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym jest uprzednie skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania protestacyjnego.

Izba zważyła, że odwołujący posiada interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu, jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia mógł doznać uszczerbku w wyniku bezzasadnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie konkurencyjnej, jaką jest oferta Konsorcjum Instytutu Edukacji Interaktywnej Estakada.pl sp. z o.o. oraz Betacom S.A (zwane dalej konsorcjum).

Odnosząc się merytorycznie do zgłoszonych zarzutów, Izba zważyła co następuje:

Zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp. Przejawia się ona w szeregu czynnościach 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.

Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą. W zakresie informacji, które nie podlegają udostępnieniu ustawa Pzp odsyła do definicji tajemnicy przedsiębiorstwa ujętej w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16.04.1993 roku (Dz. U. z 2003 roku, Nr 153 poz. 1503 ze zm.). Zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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.

W oparciu o wyrok Sądu Najwyższego z dnia 03.10.2000r. (sygn. akt: I CKN 304/00), wydany na podstawie art. 11 ust. 4 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.

Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyrok SN z dnia 3 października 2000 roku, Sygn. akt I CKN 304/ 2000, gdzie jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze.

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 cyt., „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających

spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Wyrażony przez SN pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

Izba zważyła, że niezasadnym jest stanowisko odwołującego, że zamawiający nie podjął czynności badania skuteczności poczynionego przez konsorcjum zastrzeżenia. Podczas rozprawy zamawiający wyjaśnił, że wystąpił do konsorcjum z prośbą o wyjaśnienia czy informacje zwarte na objętych tajemnicą stronach od 7 do 127 oferty były kiedykolwiek ujawnione do wiadomości publicznej (pismo z dnia 24 sierpnia 2009 roku – w aktach sprawy). W odpowiedzi konsorcjum wyjaśniło, że informacje na zastrzeżonych stronach oferty są informacjami technicznymi i technologicznymi (pkt 2 e) oraz informacjami organizacyjnymi lub innymi mającymi wartość gospodarczą (pkt 1, 2 a – 2d, 2f – 2.1 oraz 3) i nie zostały one ujawnione do wiadomości publicznej.

Odnosząc się do zasadności poczynionego przez konsorcjum zastrzeżenia, w ocenie Izby, Opis sposobu realizacji zamówienia zamieszczony na stronach od 7 do 127 oferty zawierający informacje dotyczące metod, sposobu wykonania zamówienia, konkretnych rozwiązań organizacyjnych, sposobu rekrutacji uczestników szkoleń i dobór trenerów, organizacji logistycznej szkoleń, prowadzenia akcji promocyjnych itp. może być objęty tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu konkurencji. Wskazane informacje spełniają bowiem łącznie trzy niezbędne warunki:

1. mają charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa i posiadają wartość gospodarczą,
2. nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do nich niezbędne działania celem zachowania ich poufności

Biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia, objętego postępowaniem, gdzie dla sporządzenia oferty konieczny jest istotny wkład know - how wykonawcy, czyli zaproponowanie swoich indywidualnych, niepowtarzalnych i konkretnych rozwiązań za zasadne należy uznać zastrzeżenie ich poufności. Dane dotyczące sposobu i metod działania, informacje związane z działalnością marketingową czy promocyjną stanowią know - how o charakterze handlowym, a w takim przypadku objęcie tych informacji tajemnicą należy uznać za dopuszczalne i nie naruszające przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Spełnione zostały również przesłanki braku ujawnienia zastrzeżonych informacji do wiadomości publicznej oraz podjęcia przez wykonawcę niezbędnych działań celem zachowania ich poufności. Okoliczność, na jaką wskazywał odwołujący, że informacje objęte

tajemnicą zostały ujawnione w zawartej dnia 17 kwietnia 2009 roku umowie, gdzie stroną jest jeden z członków konsorcjum - Instytut Edukacji Interaktywnej Estakada sp. z o.o nie zasługuje na uznanie. Izba wskazuje, że rozwiązania podane w treści wskazanej przez odwołującego umowy dotyczą odrębnego postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, różnią się zakresem przedsięwzięcia co może wpływać na rodzaj, charakter zaproponowanych rozwiązań i metod działania.

Na ujęcie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w opisie sposobu realizacji przedsięwzięcia, wskazuje również samo postępowanie odwołującego, który w swojej ofercie taką tajemnicę zastrzegł. Należy podkreślić, że ujawnione przez odwołującego w załączniku do pisma z dnia 2 września 2009 roku informacje (elementy) stanowią jedynie powtórzenie wymagań i warunków określonych w siwz, nadal natomiast pozostają tajne informacje dotyczące konkretnych rozwiązań organizacyjnych zaproponowanych przez odwołującego. Odwołujący wtórnie względem oferty ponowił zapisy SIWZ w oddzielnym dokumencie, będącym wyciągiem elementów jawnych.

Izba zważyła, że nawet gdyby uznać za zasadne stanowisko odwołującego, że na objętych tajemnicą przez konsorcjum stronach oferty znajdują się pewne elementy (informacje) odpowiadające treści wymagań sformułowanych w siwz, a zatem informacje udostępnione do publicznej wiadomości, to jednak informacje te są związane z określeniem przez wykonawcę konkretnych propozycji co do rozwiązań organizacyjnych czy technicznych. Okoliczność tą potwierdziło także konsorcjum w piśmie z dnia 26 sierpnia 2009 roku, wskazując, że treść, będąca powieleniem siwz jest podawana w połączeniu z zaproponowanymi konkretnymi rozwiązaniami, sposobami organizacji a te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie były podane do wiadomości publicznej. Zatem zasadnym jest twierdzenie, że nie ma możliwości zaprezentowania informacji jawnych zawartych w sposobie realizacji zamówienia w taki sposób, aby jednocześnie nie naruszyć informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Informacje, będące wcześniej zawarte w siwz są bowiem w ofercie immanentnie związane z informacjami, co do których jak wyżej wskazano zasadne i zgodne z prawem jest poczynienie zastrzeżenia co do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa. Oddzielnie obu informacji czyniłoby złożoną ofertę nieczytelną, naruszało jej strukturę i narażało Wykonawcę na negatywne skutki wynikające z możliwego zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Wtórne ujawnienie wymagałoby bezpośredniej ingerencji zamawiającego w złożoną ofertę, a wewnętrzne powiązania nie dawałyby gwarancji, czy zamawiający nie przekroczył ewentualnego zakresu dopuszczonego ujawnienia.

Na możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa całości informacji, pomimo ujęcia w nich pewnych ujawnionych danych wskazał również w jednym z orzeczeń Sąd Najwyższy w wyroku dnia 28.02.2007 roku, Sygn. akt V CSK 444/06 (opubl. Orzecznictwo w Sprawach Gospodarczych rok 2007, Nr 12, poz. 124, str. 33, źródło legalis), stwierdzając m.in., że „fakt, że informacje dotyczące poszczególnych elementów urządzenia są jawne nie decyduje o odebraniu zespołowi wiadomości o produkcie przymiotu poufności”.

Wobec uznania za zasadne podjęcia przez wykonawców (zarówno odwołującego jak i konsorcjum) działań zmierzających do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji dotyczących sposobu realizacji zamówienia oferty, Izba uznała, że żądanie odwołującego sprowadzające się do nakazania odtajnienia całej oferty a nie jej części, nie jest możliwe do spełnienia, biorąc pod uwagę fakt, że sposób realizacji przedsięwzięcia zawiera w istocie elementy, których objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jest w pełni zasadne. Podkreślić należy, że odwołujący również poczynił starania celem ochrony informacji odnoszących się do sposobu realizacji zamówienia zawartych w jego ofercie. Mając na uwadze powyższe oraz biorąc pod uwagę zakres zgłoszonego żądania Izba nie znalazła podstaw do zadośćuczynienia żądaniu odwołującego co do nakazania odtajnienia całości oferty.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że nawet gdyby hipotetycznie nakazać zamawiającemu odtajnienie jedynie części sformułowań, ujętych w Sposobie realizacji zamówienia w taki sam sposób jak uczynił to odwołujący w załączniku do pisma z dnia 2 września 2009 roku – wskazując na wykaz fragmentów siwz wykorzystanych w ofercie złożonej w postępowaniu „Akademia PARP 2009” to czynność ta, polegająca na wyodrębnieniu i ujęciu w oddzielnym dokumencie (wyciągu z oferty) postanowień i wymagań oraz warunków, określonych w siwz pozostawałaby bez wpływu na wynik postępowania. A zatem ujawnienie części informacji jest czynnością nie tylko niemożliwą do spełnienia ale również zbędną dla przebiegu postępowania i nie mającą wpływu na jego wynik.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut dotyczący nieuzasadnionego nie udostępnienia oferty wstępnej złożonej przez konsorcjum z uwagi na zgłoszenie tego zarzutu po upływie ustawowego terminu na jego wniesienie. Termin na złożenie protestu na czynność odmowy udostępnienia oferty wstępnej należy liczyć od dnia odmowy ich udostępnienia przez zamawiającego, co nastąpiło w dniu 6 lipca 2009 roku (dowód: pismo zamawiającego z dnia 6 lipca 2009 roku). W ocenie Izby, mając na uwadze treść przepisów ustawy Pzp sprzed nowelizacji z dnia 4 września 2008 roku, gdzie brak jednoznacznego wskazania dnia, od którego jawne są oferty wstępne, należy przyjąć, że winny one podlegać udostępnieniu od chwili ich złożenia a nie jak wskazał zamawiający w piśmie z dnia 6 lipca

2009 roku po otwarciu ofert złożonych w postępowaniu. Błędne pouczenie przez zamawiającego w tym zakresie nie zwalnia odwołującego, działającego z należytą starannością od konieczności korzystania ze środków ochrony prawnej.

Uwzględniając powyższe Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 oraz art. 191 ust. 1 a ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 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).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....