

Sygn. akt: KIO/UZP 908/08

WYROK
z dnia 15 września 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Grzegorz Mazurek**

Członkowie: **Stanisław Sadowy**
 Renata Tubisz

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 września 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: S&T Services Polska Sp. z o.o., 01-171 Warszawa, ul. Młynarska 48 (Lider Konsorcjum), Stanimex Sp. z o.o., 05-091 Ząbki, ul. Kombatantów 3, Fotosystem Mirosława Tulikowska, 91-495 Łódź, ul. Zgierska 231D** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komenda Główna Policji, 02-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150** protestu z dnia 11 sierpnia 2008r.

przy udziale **Pentacomp Systemy Informatyczne S.A., 01-687 Warszawa, ul. Lektykarska 29** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: S&T Services Polska Sp. z o.o., 01-171 Warszawa, ul. Młynarska 48 (Lider Konsorcjum), Stanimex Sp. z o.o., 05-091 Ząbki, ul. Kombatantów 3, Fotosystem Mirosława Tulikowska, 91-495 Łódź, ul. Zgierska 231D i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: S&T Services Polska Sp. z o.o., 01-171 Warszawa, ul. Młynarska 48 (Lider Konsorcjum), Stanimex Sp. z o.o., 05-091 Ząbki, ul. Kombatantów 3, Fotosystem Mirosława Tulikowska, 91-495 Łódź, ul. Zgierska 231D,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3000 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: S&T Services Polska Sp. z o.o., 01-171 Warszawa, ul. Młynarska 48 (Lider Konsorcjum), Stanimex Sp. z o.o., 05-091 Ząbki, ul. Kombatantów 3, Fotosystem Mirosława Tulikowska, 91-495 Łódź, ul. Zgierska 231D** na rzecz **Komendy Głównej Policji, 02-642 Warszawa, ul. Puławska 148/150** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,
- 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: S&T Services Polska Sp. z o.o., 01-171 Warszawa, ul. Młynarska 48 (Lider Konsorcjum), Stanimex Sp. z o.o., 05-091 Ząbki, ul. Kombatantów 3, Fotosystem Mirosława Tulikowska, 91-495 Łódź, ul. Zgierska 231D.**

U z a s a d n i e

Zamawiający – Komenda Główna Policji prowadzi postępowanie na zakup i instalację 65 kompletnych stanowisk pełnofunkcyjnych do rejestracji elektronicznej danych identyfikacyjnych osoby.

W dniu 4.08.2008r. jeden z wykonawców którzy złożyli oferty w postępowaniu – Konsorcjum S&T Services Polska Sp. z o.o., Stanimex sp. z o.o i Fotosystem Mirosława Tulikowska – zwany dalej również Protestującym, Odwołującym lub Konsorcjum S&T Services uzyskał informację, że Zamawiający udostępnił w całości jego ofertę pozostałym wykonawcom pomimo, że zawierała w treści zastrzeżenie, że zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa co do których zastrzeżono, że nie mogą być udostępniane.

W dniu 11.08.2008r. Konsorcjum S&T Services wniosło protest. Zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy poprzez ujawnienie innym wykonawcom treści oferty w zakresie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, co do których protestujący zastrzegł, że nie mogą być udostępniane. Ponadto zarzucono naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, a ponadto zarzucono naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z uzasadnienia.

W argumentacji wskazano, że Zamawiający pismem z dnia 4.08.2008r. przyznał, że udostępnił informacje zastrzeżone i uzasadnił, że dokonał tej czynności, gdyż w jego ocenie informacje zastrzeżone zawierające opis oferowanego przedmiotu zamówienia stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Protestujący wskazał dalej, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w ofercie zawiera szczegółowy wykaz zaproponowanych urządzeń i tym samym kompletny opis zaoferowanego rozwiązania technicznego w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia, a jego ujawnienie zostało dokonane bez wcześniejszego postępowania wyjaśniającego co do zakresu tajemnicy przedsiębiorstwa zawartego w ofercie.

Następnie Protestujący wskazał na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i Zespołów Arbitrów związanych z tematyką tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto wskazał na brzmienie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która określa pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa. Następnie wskazano, że w sytuacji kiedy Zamawiający podtrzyma swoją decyzję co do prawidłowości ujawnienia całej oferty to zaistnieje obiektywna niemożność wyboru oferty najkorzystniejszej, a ponadto powołano się na orzeczenia Sądu Okręgowego i Zespołów Arbitrów.

Na koniec zwrócono uwagę, że udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

W dniu 13.08.2008r. przystąpienie do postępowania protestacyjnego zgłosiła Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. – zwana dalej Pentacomp. Wniesiono o oddalenie protestu z uwagi na jego bezzasadność.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie, co uważa się za oddalenie odwołania.

W dniu 26.08.2008r. Protestujący wniósł odwołanie. Zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, naruszenie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez ujawnienie innym wykonawcom treści oferty w zakresie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, co do których Protestujący zastrzegł, że nie mogą być udostępniane. Ponadto zarzucono naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania a ponadto zarzucono naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z uzasadnienia. Wniesiono o unieważnienie postępowania.

W argumentacji tak jak w proteście - wskazano na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej i Zespołów Arbitrów związanych z tematyką tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto wskazał na brzmienie art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która określa pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa. Następnie wskazano, że w sytuacji kiedy Zamawiający podtrzyma swoją decyzję co do prawidłowości ujawnienia całej oferty to zaistnieje obiektywna niemożność wyboru oferty najkorzystniejszej, a ponadto powołano się na orzeczenia Sądu Okręgowego i Zespołów Arbitrów. Na koniec wskazano, że z uwagi na przytoczoną argumentację, wniesienie odwołania jest zasadne oraz zwrócono uwagę, że udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

W dniu 1.09.2008r. Pentacomp złożyła oświadczenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego. Wniosła o oddalenie odwołania z uwagi na brak interesu prawnego lub o oddalenie z uwagi na bezzasadność.

Po przeprowadzeniu rozprawy oraz dokonaniu analizy dokumentacji postępowania Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić odwołanie z uwagi na jego bezzasadność.

Na wstępie należy wskazać, że Odwołujący posiada interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej w przedmiotowym postępowaniu. Posiada on status wykonawcy w postępowaniu i jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia mógł doznać uszczerbku w wyniku bezzasadnego ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. KIO uznała, że w przypadku, kiedy jednym z kryteriów oceny ofert są wymagania techniczne i jakościowe to kwestia bezzasadnego ujawnienia zastrzeżonych informacji w tym zakresie może być przedmiotem orzekania KIO i stanowić o istnieniu interesu prawnego po stronie Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że zastrzeżona przez niego część oferty stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Stosownie do treści ww. przepisu - 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. Odwołujący nie wskazał, jaki rodzaj informacji zastrzegł w ofercie – należy w tym przypadku podkreślić, 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 uzasadni konieczność ich utajnienia na etapie badania i oceny ofert. Jak

słusznie wskazuje Krzysztof Korus – „Przyjęcie, iż miarodajna jest subiektywna ocena wartości informacji przez przedsiębiorcę, może prowadzić do niekorzystnych rezultatów, mianowicie prób egzekwowania przez przedsiębiorców ochrony obiektywnie mało ważnych danych, które nie podnoszą konkurencyjnej pozycji przedsiębiorstwa. W takim przypadku rzadko nastąpi zagrożenie lub naruszenie istotnych interesów przedsiębiorcy i w rezultacie nie będzie można wykazać popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.” (Komentarz do art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.93.47.211), [w:] K. Korus, Lex/El.2002, Lex Omega, Wydawnictwo Wolters Kluwer). Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 03.10.2000r. (sygn. akt: I CKN 304/00), wydanym na podstawie przepisu 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.

Odwołujący zastrzegł w swojej ofercie strony 46-78 w taki sposób, że oświadczył o tym w pkt 10 formularza ofertowego. Strony te zawierają opis oferowanego przedmiotu zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że potwierdziło się stanowisko Zamawiającego świadczące o znikomej ilości odrębności treści zastrzeżonej części oferty w stosunku do treści załącznika nr 1 do SIWZ. Odwołujący w pkt 1.2, 1.2.10, 1.2.11, 1.2.13.1, 1.2.13.4, 1.2.13.5, 1.5 i 1.7 opisu w ofercie skonkretyzował jej zapisy poprzez wskazanie konkretnych produktów. W pkt 1.2.2, 1.2.5, 1.2.11, 1.5.9.1, 1.6.17.2, wykonawca zaznaczył spełnienie wymagań Zamawiającego odnośnie poszczególnych części opisu przedmiotu zamówienia, a nawet zaoferował rozwiązania dodatkowe (większą ilość gniazd USB, większą ilość slotów, większą szerokość pasma dźwięku karty dźwiękowej, większą ilość pamięci operacyjnej obsługiwanej przez płytę główną). W pkt 1.6.3, 1.6.4, 1.6.14 opisano sposób spełniania wymagań Zamawiającego odnośnie tych części opisu przedmiot zamówienia – np. wyjaśniono sposób mocowania aparatu do zespołu pryzmatu oraz wskazano na możliwość obserwowania osoby fotografowanej w czasie rzeczywistym na monitorze komputera oraz wskazano na możliwość podnoszenia i opuszczania krzeselka z poziomu programu. Opisano dodatkowe funkcje przydatne w trakcie fotografowania. W pkt 1.6.7 i 1.6.11 opisano rozwiązania techniczne jakie zaproponowano w ofercie – odnośnie systemu oświetleniowego oraz braku odwrócenia rejestrowanego obrazu.

W przedmiotowej sprawie istotne znaczenie ma sposób oceny ofert – w szczególności w kryterium „Wymagania techniczne i jakościowe”, które ma wagę 40%. Zamawiający wskazał, że ocena odbędzie się w trakcie testów technicznych zaoferowanego sprzętu. Uznanie zasadności zastrzeżenia całej oferty w zakresie opisu przedmiotu

zamówienia w takiej sytuacji spowoduje niemożność obiektywnego i przekonującego sprawdzenia zgodności zaoferowanego sprzętu ze sprzętem dostarczonym do testów technicznych. KIO wskazuje, że zasada jawności jest podstawową zasadą zamówień publicznych i wyjątki od niej powinny być odpowiednio uzasadnione. Wykonawca występujący na rynku zamówień publicznych powinien mieć świadomość, że jego oferta w zakresie, jaki będzie badany w ramach kryteriów oceny ofert powinna być jawna dla wszystkich wykonawców. Tym samym wyżej opisane informacje związane z kryterium wymagań technicznych i jakościowych powinny być udostępnione innym wykonawcom.

Na koniec należy wskazać, że z § 1 projektu umowy wynika, że oferta wybranego wykonawcy będzie stanowić załącznik do umowy. Nie ujawnienie tak istotnej części umowy stanowiłoby naruszenie zasady jawności umów. 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).

Krajowa Izba Odwoławcza w przytoczonym wyżej orzeczeniu słusznie wskazała, że wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp, a więc nazwy (firmy), adresu, a także informacji dotyczących ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach, gdy informacje te są kryteriami oceny ofert. W przedmiotowym przypadku utajnione zostały informacje, które będą służyły w ramach badania kryterium „wymagań technicznych i jakościowych” – a więc należy wskazać, że również nie powinny być przedmiotem zastrzeżenia skutkującego uznaniem ich za tajemnicę przedsiębiorstwa.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 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).

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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*