

WYROK

z dnia 27 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2015 r. przez **wykonawcę „Partner XXI” Sp. z o.o., z siedzibą w Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Izbę Skarbową w Lublinie**

przy udziale **wykonawcy: "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności oceny ofert i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 24 ust. 2 oraz pkt 4 ustawy oraz odrzucenie oferty wykonawcy "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz uznanie za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w złożonych wyjaśnieniach przez wykonawcę "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę „Partner XXI” Sp. z o.o., z siedzibą w Zabrze** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **„BIURPAP” J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi** na rzecz **wykonawcy „Partner XXI” Sp. z o.o., z siedzibą w Zabrze** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Izba Skarbowa w Lublinie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na *Dostawę akcesoriów i materiałów biurowych na rzecz wszystkich izb skarbowych*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca „Partner XXI” Sp. z o.o., z siedzibą w Zabrze (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 12 listopada 2015 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie wykluczenia wykonawcy "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, w tym również naruszenie art. 7 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi, mimo że ocena złożonych wyjaśnień przez ww. wykonawcę potwierdza, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ww. wykonawcy mimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do sytuacji ekonomicznej i finansowej, art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia i udostępnienia) regulaminu sprzedaży premiowej wraz z załącznikami zastrzeżonych przez wykonawcę "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo że wykonawca składając powyższe dokumenty nie wykazał, iż zawierają one tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi, wykluczenie ww. wykonawcy, odrzucenie oferty ww. wykonawcy, odtajnienie regulaminu sprzedaży premiowej wraz z załącznikami, powtórzenie czynności badania i oceny ofert

złożonych w postępowaniu oraz dokonanie czynności wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności – t.j. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 2 listopada 2015 r. stały się one przedmiotem niniejszego odwołania, wniesionego przez wykonawcę „Partner XXI” Sp. z o.o., z siedzibą w Zabrzu.

Pismem z dnia 20 listopada 2015 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając odwołanie w całości.

Pismem z dnia 23 listopada 2015 r. wykonawca "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi w odpowiedzi na uwzględnienie odwołania wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej sprzeciw.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi, złożone wyjaśnienia jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 12 listopada 2015 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2015 r.) wykonawcy "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „*Dostawa akcesoriów i materiałów biurowych na rzecz wszystkich izb skarbowych*”.

/dokumentacja postępowania: Pkt 1 SIWZ „Postanowienia ogólne”, str. 2/.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również: „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt V. 1.4.1. SIWZ -

Warunek dotyczący sytuacji finansowej zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 1.000.000 PLN.

/dokumentacja postępowania: Rozdział V Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, str. 3/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że m. in. Odwołujący jak i Przystępujący złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

1. Wykonawca „Partner XXI” Sp. z o.o., z siedzibą w Zabrze -
2. Wykonawca "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi -

/dokumentacja postępowania: Protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, str. 4/.

Zamawiający w dniu 27 sierpnia 2015 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27 sierpnia 2015 r./.

Wobec rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2015 r., sygn. akt KIO 1955/15, Zamawiający unieważnił czynność z dnia 27 sierpnia 2015 r. wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzył czynność badania i oceny ofert.

/dokumentacja postępowania: Wyrok KIO z dnia 24 września 2015 r., sygn. akt KIO 1955/15 oraz zawiadomienie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 27 sierpnia 2015 r./.

W związku z zapadłym orzeczeniem Krajowej Izby Odwoławczej Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 7 października 2015 r. wezwał wykonawcę

"BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w pkt VI. 1.4 SIWZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 7 października 2015 r. /.

Ponadto w niniejszym piśmie Zamawiający wezwał wykonawcę "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi do złożenia wyjaśnień pod kątem rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 7 października 2015 r. /.

Odwołujący pismem z dnia 9 października 2015 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień oraz złożył ponownie opinię bankową. Ponadto wskazał, że zastrzega, informacje objęte załącznikami jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Odwołującego z dnia 9 października 2015 r., której treść objęta została przez wykonawcę zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa/.

Ponadto Zamawiający pismem z dnia 23 października 2015 r. ponownie wezwał wykonawcę "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi do złożenia wyjaśnień pod kątem rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 23 października 2015 r. /.

Odwołujący pismem z dnia 26 października 2015 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień. Ponadto wskazał, że zastrzega, informacje dotyczące jego dostawcy jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Odwołującego z dnia 26 października 2015 r., której treść objęta została przez wykonawcę zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa/.

Ponadto Zamawiający pismem z dnia 16 października 2015 r. wezwał wykonawcę "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi do złożenia wyjaśnień dotyczących zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

/dokumentacja postępowania: Wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 16 października 2015 r. /.

Odwołujący pismem z dnia 19 października 2015 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień.

/dokumentacja postępowania: Odpowiedź Odwołującego z dnia 19 października 2015 r./.

Zamawiający w dniu 2 listopada 2015 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 2 listopada 2015 r./.

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca „Partner XXI” Sp. z o.o., z siedzibą w Zabrzu wniósł odwołanie w dniu 12 listopada 2015 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy „Partner XXI” Sp. z o.o., z siedzibą w Zabrzu z dnia 12 listopada 2015 r. /.

Pismem z dnia 20 listopada 2015 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, uwzględniając odwołanie w całości.

/dokumentacja postępowania: Pismo Zamawiającego uwzględniające odwołanie wykonawcy „Partner XXI” Sp. z o.o., z siedzibą w Zabrzu z dnia 20 listopada 2015 r. /.

Pismem z dnia 23 listopada 2015 r. wykonawca "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi w odpowiedzi na uwzględnienie odwołania wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej sprzeciw.

/dokumentacja postępowania: Pismo wykonawcy "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi z oświadczeniem w przedmiocie wniesienia sprzeciwu z dnia 23 listopada 2015 r. /.

Ponadto złożona przez wykonawcę "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi gwarancja wadialna obejmowała okres od 4 sierpnia 2015 r. do 2 października 2015 r. Aneks do niniejszej gwarancji został zawarty w dniu 1 października 2015 r. Bezspornym jest, że niniejszy aneks – przedłużający ważność tej gwarancji – przesłany został Zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 2 października 2015 r. o godz. 13.57, zaś oryginał gwarancji dotarł do Zamawiającego w dniu 6 października 2015 r.

/dokumentacja postępowania: Gwarancja wadialna oraz aneks przedłużający ważność tej gwarancji z dnia 2 października 2015 r. /.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby – biorąc pod uwagę argumentację niniejszej sprawy – odwołanie należało uwzględnić.

Izba - oceniając zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niewniesienie wadium - uznała, że zarzut ten potwierdził się z zebraniem przez Izbę materiale dowodowym.

Złożona przez wykonawcę "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi gwarancja wadium obejmowała okres od 4 sierpnia 2015 r. do 2 października 2015 r. Aneks do niniejszej gwarancji – jak wynika z akt sprawy – został zawarty w dniu 1 października 2015 r. Bezsprzeczne jest, że niniejszy aneks – przedłużający ważność tej gwarancji – przesłany został Zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 2 października 2015 r. o godz. 13.57, zaś oryginał gwarancji dotarł do Zamawiającego w dniu 6 października 2015 r.

Nie ulega wątpliwości – że zgodnie z przepisami ustawy Pzp – wadium powinno być wniesione przed upływem terminu składania ofert, niezależnie w jakiej formie będzie wnoszone. W przypadku gwarancji wadium (bankowej czy też ubezpieczeniowej) oznacza to tyle – że wykonawca zobowiązany jest do złożenia Zamawiającemu oryginału takiej gwarancji przed upływem terminu składania ofert. W przypadku przedłużenia ważności wadium, przedłużenie to powinno nastąpić w takiej formie w jakiej gwarancja została wniesiona. Podobnie sytuacja wygląda ze składaniem Zamawiającemu dokumentu przedłużającego ważność gwarancji wadium. W tej sytuacji należy stosować te same reguły, które obowiązują wykonawcę w przypadku wnoszenia takiej gwarancji wadium przed terminem składania ofert. Z powyższego wynika, że wykonawca powinien przekazać Zamawiającemu dokument przedłużający ważność takiej gwarancji przed upływem jej ważności i dokument ten powinien być wniesiony w oryginale. W niniejszej sprawie wykonawca "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi powinien złożyć Zamawiającemu aneks do gwarancji wadium do dnia 2 października 2015 r. Jednak wykonawca przekazał Zamawiającemu dokument przedłużający ważność wadium w dniu 2 października 2015 r. drogą elektroniczną, zaś w oryginale dokument ten dotarł do Zamawiającego dopiero w dniu 6 października 2015 r. Należy pamiętać, że dowodem wniesienia wadium jest oryginał gwarancji, którą Zamawiający dysponuje i na podstawie której może dochodzić swoich roszczeń. Zatem skoro dokument przedłużający ważność gwarancji wadium musi być złożony Zamawiającemu w oryginale, to dowodem wniesienia takiego wadium nie jest skan czy też kserokopia takiego dokumentu. Skan bądź kserokopia takiego dokumentu nie

stanowi dowodu wniesienia wadium, a jedynie jest dowodem, że takie zobowiązanie – zawarte w treści gwarancji wadialnej – istnieje. Analogicznie nie można również utożsamiać daty przedłużenia ważności gwarancji z datą wniesienia tej gwarancji Zamawiającemu, który taką gwarancją musi dysponować, aby móc dochodzić swoich roszczeń. Istotnym dla prawidłowości przedłużenia ważności gwarancji wadialnej jest data fizycznego wniesienia Zamawiającemu, gdyż data ta decyduje o istnieniu ciągłości zabezpieczenia wadium. Brak ciągłości zabezpieczenia miało miejsce w niniejszej sprawie i obejmowało okres od 3 października 2015 r. do 6 października 2015 r. Wobec powyższego należało uznać, że istniały przesłanki do wykluczenia wykonawcy "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności oceny ofert i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 24 ust. 2 oraz pkt 4 ustawy Pzp.

Izba - oceniając zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawcy "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi z postępowania z uwagi na niespełnienie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej - uznała, że zarzut ten potwierdził się z zebranych przez Izbę materiale dowodowym. Zgodzić należy się z Odwołującym, że złożona przez wykonawcę "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi opinia bankowa zawiera w swej treści wewnętrzną sprzeczność, gdzie z jednej strony złożony dokument ma potwierdzać posiadanie zdolności kredytowej, z drugiej jednak strony wskazuje się na to że zdolność ta będzie dopiero badana na późniejszym etapie przez bank. W ocenie Izby dokument złożony przez wykonawcę "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi nie potwierdzał zdolności ekonomicznej i finansowej tego wykonawcy zatem istniały również podstawy do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby potwierdził się również zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi z postępowania na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie przez ww. wykonawcę, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Izba dokonując analizy wyjaśnień Przystępującego podzieliła stanowisko Odwołującego, uznając, że wyjaśnienia złożone dwukrotnie przez tego wykonawcę są ogólnikowe, nie wykazują że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Treść niniejszych wyjaśnień wykonawca zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec ogólnikowych

stwierżeń, i braku dostatecznych dowodów odnoszących się do zaoferowanej ceny Izba uznała, że istniały podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do tajemnicy przedsiębiorstwa zgodzić należy się z Odwołującym, co do naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Wedle znowelizowanego brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...). Zatem do skutecznego zastrzeżenia określonych informacji zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest poczynienie tego zastrzeżenia nie później niż w terminie składania ofert a także jednocześnie wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika, że to na wykonawcy zastrzegającego taką informację spoczywa obowiązek wykazania przesłanek skuteczności takiego zastrzeżenia, i uczynić powyższe należy jednocześnie z samym zastrzeżeniem – nie czekając na decyzję i ewentualne wezwania Zamawiającego w tym zakresie. Ciężar wykazania, że informacje zastrzeżone przez wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa jednoznacznie spoczywają na wykonawcy zastrzegającego takie informacje i powyższe wykonawca musi uczynić do upływu terminu składania ofert/wniosków, nie czekając na ewentualne wezwania Zamawiającego, to wykonawca składający ofertę musi udowodnić – razem ze złożonym zastrzeżeniem – że istnieją podstawy do nieujawniania informacji zawartych w ofercie. Wykonawca "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi poczynił stosowne zastrzeżenie, jednak nie wykazał jednocześnie - przy dokonywaniu tej czynności – zasadności tego zastrzeżenia. W ocenie Izby aby wykazać się spełnieniem przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa nie wystarczy na ogólne odniesienie się do możliwości takiego zastrzeżenia, należy odnieść się do konkretnego stanu faktycznego, konkretnej sytuacji w której znajduje się wykonawca wykazując każdą z przesłanek zasadności takiego zastrzeżenia.

Wobec powyższego, w ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 -3 ustawy Pzp, zatem Zamawiający zobowiązany jest do uznania za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w złożonych wyjaśnieniach przez wykonawcę "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi.

W ocenie Izby nie wykazano przesłanek uzasadniających stwierdzenie, że złożenie oferty przez Przystępującego kwalifikuje się w niniejszym stanie faktycznym jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). W ocenie Izby należało wykazać, że swym działaniem Przystępujący zamierza utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, czy też dążyć do ich eliminacji z niego. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie przywołał żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o wystąpieniu przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, które odnoszą się do sfery motywacyjnej Przystępującego. Nie zostało zatem wykazane, że Przystępujący działał z zamiarem eliminacji Odwołującego z rynku. W konsekwencji Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności oceny ofert i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia wykonawcy "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 24 ust. 2 oraz pkt 4 ustawy oraz odrzucenia oferty wykonawcy "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp oraz uznania za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w złożonych wyjaśnieniach przez wykonawcę "BIURPAP" J.M.G. F. Sp.j., z siedzibą w Łodzi.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w szczególności § 5 ust. 2 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....