

Sygn. akt: KIO/UZP 772/08

**WYROK**  
z dnia 8 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Członkowie: Anna Packo**  
**Małgorzata Stręciwilk**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie\* w dniu ~~w dniach~~ 6 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SAE Sp. z o.o., 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 30** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów, Departament Służby Celnej, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** protestu / ~~protestów~~\* z dnia 11 lipca 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz **Konsorcjum: BUMAR Sp. z o.o z siedzibą w Warszawie, NUCTECH Company Limited z siedzibą w Pekinie, adres do korespondencji: 00-828 Warszawa, Al. Jana Pawła II 11** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności sprawdzenia oferty Konsorcjum: **BUMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, NUCTECH Company Limited z siedzibą w Pekinie**, pod kątem dokonanych w niej zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa i odtajnienie tej oferty w części, w której zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

2. kosztami postępowania obciąża **Ministerstwo Finansów, Departament Służby Celnej, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SAE Sp. z o.o., 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 30,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **5 632 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Ministerstwo Finansów, Departament Służby Celnej, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** na rzecz **SAE Sp. z o.o., 02-697 Warszawa, ul. Rzymowskiego 30,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty kosztów postępowania odwoławczego zaliczonej z wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SAE Sp. z o.o., Warszawa, ul. Rzymowskiego 30.**

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

Ministerstwo Finansów, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę przewoźnego urządzenia rentgenowskiego do prześwietlania pojazdów i kontenerów dla Polskiej Służby Celnej”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 14 maja 2008 r., nr 2008/S 92-125248.

Zamawiający pismem z dnia 4 lipca 2008 r., poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum: BUMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz NUCTECH Company Limited z siedzibą w Pekinie, zwane dalej „Konsorcjum”. Przedmiotowe

pismo SAE Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „Odwołującym” otrzymała w tej samej dacie.

W dniu 7 lipca 2008 r. Odwołujący stawił się u Zamawiającego celem zapoznania się z ofertą Konsorcjum, którą Zamawiający udostępnił w tej samej dacie, przy czym tylko w części niezastrzeżonej przez Konsorcjum.

Pismem z dnia 11 lipca 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynności i zaniechania Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania oraz zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z odmową udostępnienia części oferty Konsorcjum,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem art. 8 ust. 2 i 3, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp na skutek uznania za skutecznie dokonane zastrzeżenie części oferty Konsorcjum, w konsekwencji odmówienie okazania całości oferty Odwołującemu,
3. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie z postępowania Konsorcjum, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania,
4. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów, a następnie zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy,
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum, której treść jest sprzeczna z treścią SIWZ,
6. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów określonych w SIWZ,
7. art. 7 ustawy Pzp poprzez nieumieszczenie w protokole postępowania informacji mających wpływ na dokonanie oceny ofert.

Jednocześnie Odwołujący w proteście wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonanie zaniechanej czynności odtajnienia utajnionej części oferty Konsorcjum,
3. udostępnienie oferty Konsorcjum w całości, a w szczególności dokumentów wymienionych w uzasadnieniu protestu, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa tego wykonawcy,
4. odtajnienie parametrów ocenianych w ofercie uznanej za najkorzystniejszą,
5. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

6. wykluczenie Konsorcjum z postępowania oraz odrzucenie oferty przez niego złożonej,
7. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Protestującego.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący podniósł, iż:

- Zamawiający nie odtajnił dokumentów, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, a w sposób nieuprawniony zostały utajnione przez Konsorcjum, tj.:
  - a) druku zawierającego charakterystykę parametrów funkcjonalno-technicznych oferowanych urządzeń i deklarowanych rozwiązań,
  - b) kopii posiadanego przez producenta certyfikatu ISO 9001:2000,
  - c) oświadczenia producenta, że oferowane skanery spełniają normy bezpieczeństwa promieniowania,
  - d) kopii świadectwa bezpieczeństwa radiacyjnego dla systemów kontroli THSCAN,
  - e) certyfikatu zgodności CE dla urządzenia THSCAN MT1213LH,
  - f) ogólnego (poglądowego) opisu technicznego i funkcjonalnego oferowanego skanera,
  - g) programu szkoleń dla operatorów skanera,
  - h) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego,
  - i) aktualnego zaświadczenia właściwego ZUS-u,
  - j) aktualnego zaświadczenia właściwego Urzędu Skarbowego,
  - k) informacji banku, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej,
  - l) certyfikatów konsorcjanta BUMAR – ISO i AQAP,
  - m) zezwolenia Państwowej Agencji Atomistyki dla konsorcjanta BUMAR,
  - n) oraz wymienionych w proteście dokumentów konsorcjanta NUCTECH Company Limited.
- w ofercie Konsorcjum brak jest dokumentu stanowiącego wypis z rejestru dotyczącego jednego z członków Konsorcjum, tj. NUCTECH Company Limited. W ofercie znajduje się dokument o nazwie „Licencja na prowadzenie działalności gospodarczej”, z treści którego wynika, iż przedmiotowa licencja nie musi odwzorowywać aktualnej sytuacji spółki, gdyż w razie jakiegokolwiek zmiany w rejestrze, spółka musi wystąpić do „władz” o dokonanie stosownej zmiany. Informacje zawarte w pełnomocnictwie, tj. numer, pod którym jest zarejestrowana spółka (1000001003476 (4-1)) i numer wymieniony w rejestracji licencji (110000009979270) nie są tożsame. Przedłożony dokument

jest dokumentem nieaktualnym w świetle rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr87, poz. 605), zwanego dalej „rozporządzeniem”. Przedmiotowy dokument został wydany w dniu 31 sierpnia 2007 r., a więc wcześniej niż 6 miesięcy przed datą wszczęcia postępowania, tym samym jest nieaktualny. Dokument ten jest fotokopią, podczas gdy z jego treści wynika, iż dokument ten jest ważny wyłącznie w formie oryginału lub duplikatu. Nadto przedmiotowy dokument zawiera sprzeczne informacje. Reasumując wskazał, iż Konsorcjum, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, powinno zostać wezwane do uzupełnienia dokumentu, a w razie jego nieuzupełnienia winno być wykluczone z postępowania.

- W ofercie Konsorcjum brak jest odpowiedników dokumentów określonych w art. 24 ust. 1 pkt 4-9 ustawy Pzp dla spółki NUCTECH Company Limited. Zgodnie z treścią rozporządzenia dokumenty, o których mowa w powołanym przepisie zastępuje się dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem, chyba że wskazane dokumenty są możliwe do uzyskania w kraju wykonawcy. Tym samym Konsorcjum, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, powinno zostać wezwane do uzupełnienia dokumentu, a w razie jego nieuzupełnienia winno być wykluczone z postępowania.
- Oferta Konsorcjum jest sprzeczna z treścią SIWZ, gdyż - zdaniem Odwołującego - żaden ze skanerów o tym typie nie dysponuje zaoferowanymi przez Konsorcjum parametrami, a co oznacza, iż informacje podane przez Konsorcjum są niezgodne z prawdą.

Pismem z 14 lipca 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Przedmiotowe pismo Konsorcjum otrzymało w tej samej dacie.

W dniu 17 lipca 2008 r. Konsorcjum przystąpiło do protestu, przekazując jednocześnie kopię przystąpienia protestującemu, oraz podnosząc, że odwołanie powinno być odrzucone, a podniesione zarzuty nie znajdują uzasadnienia.

Pismem z dnia 18 lipca 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie, podnosząc m.in., iż nie odtajnił zastrzeżonych informacji, gdyż zastrzeżenie informacji zostało dokonane przez wykonawców odpowiedzialnie i znajduje faktyczne uzasadnienie – zgodnie z obowiązującym w tym zakresie prawem.

Pismem z dnia 23 lipca 2008 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ do Prezesa UZP w dniu 28 lipca 2008 r., kopie odwołania wpłynęła do

Zamawiającego w dniu 23 lipca 2008 r.), podtrzymując wszystkie zarzuty i wnioski podniesione w proteście. Odwołanie zostało nadane do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 23 lipca 2008 r.

Pismem z dnia 24 lipca 2008 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 5 sierpnia 2008 r. Konsorcjum przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Przede wszystkim należy wskazać, iż Izba nie dopatrzyła się podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust 4 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa skład orzekający Izby ustalił następujący stan faktyczny:

Zamawiający w rozdziale 2 SIWZ: „Opis przygotowania i złożenia oferty”, pkt IV „Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa” zamieścił postanowienie, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca (...) zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Jednocześnie wskazał, iż wykonawca nie może zastrzec informacji wskazanych w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp.

Konsorcjum, zgodnie z oświadczeniem z dnia 19 czerwca 2008 r., zastrzegło – na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - informacje techniczne, jak i handlowe, z wyjątkiem: nazwy i adresu oferenta, ceny oferty, deklarowanego terminu wykonania zamówienia, deklarowanego okresu gwarancji oraz warunków płatności, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie dotyczyło więc informacji wskazanych w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp, tj. takich, które podaje się podczas otwarcia ofert

Tak więc Konsorcjum zastrzegło informacje zawarte w dokumentach załączonych do oferty, uznając je za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (s. 34 -236 oferty) i obejmujące:

- a) druk zawierający charakterystykę parametrów funkcjonalno-technicznych oferowanych urządzeń i deklarowanych rozwiązań,

- b) kopię posiadanego przez producenta certyfikatu ISO 9001:2000,
- c) oświadczenie producenta, że oferowane skanery spełniają normy bezpieczeństwa promieniowania,
- d) kopię świadectwa bezpieczeństwa radiacyjnego dla systemów kontroli THSCAN,
- e) certyfikat zgodności CE dla urządzenia THSCAN MT1213LH,
- f) ogólny (poglądowy) opis techniczny i funkcjonalny oferowanego skanera,
- g) program szkoleń dla operatorów skanera,
- h) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego,
- i) aktualne zaświadczenia właściwego ZUS-u,
- j) aktualne zaświadczenia właściwego Urzędu Skarbowego,
- k) informację banku, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową,
- l) certyfikaty konsorcjanta BUMAR, tj. certyfikaty ISO i AQAP,
- m) zezwolenie Państwowej Agencji Atomistyki dla konsorcjanta BUMAR,
- n) dokumenty konsorcjanta NUCTECH Company Limited, tj.:
  - notarialne oświadczenie wykonawcy, że nie otwarto wobec niego likwidacji ani nie ogłoszono stanu upadłości,
  - zaświadczenia o nie popełnieniu przestępstw i niekaralności,
  - notarialne oświadczenie wykonawcy, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie,
  - aktualne zaświadczenie o nie zaleganiu z opłatami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne,
  - aktualne zaświadczenie właściwego urzędu podatkowego o nie zaleganiu z uiszczaniem podatków i opłat,
  - informację z banku potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy,
  - wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat, sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ wraz z dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie zamówienia,
  - potwierdzenie wniesienia wadium.

Jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych jest wyrażona w art. 8 ustawy Pzp zasada jawności, która zapewnia pełną jawność prowadzonych postępowań oraz oznacza powszechny dostęp do informacji dotyczących dokumentacji przebiegu

postępowania, przy czym jawne są nie tylko dokumenty sporządzone w trakcie postępowania, ale także składane przez wykonawców, w tym oferty. Tak więc odstępstwo od zasady jawności jest dopuszczalne wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie. Takim przypadkiem jest wyłączenie jawności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z treści art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zwanego dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”, wynika, iż 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, co oznacza, iż tajemnicą przedsiębiorstwa jest tylko taka informacja, która spełnia łącznie trzy przesłanki, tj.:

1. ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
2. nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności (wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz. 5).

Tak więc, dokonując oceny informacji zawartych w dokumentach zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, przy uwzględnieniu wskazanych wyżej przesłanek, Izba uznała w szczególności, iż:

**„Specyfikacja funkcjonalno-techniczna oferowanego urządzenia rentgenowskiego do prześwietlania pojazdów i kontenerów dla Polskiej Służby Celnej”** została sporządzona według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, a opis parametrów oferowanego urządzenia w kolumnie 4 tabeli „funkcjonalność, parametry techniczne oferowanych urządzeń” (s. 34-50) jest opisem praktycznie identycznym z opisem wymaganych parametrów technicznych i funkcjonalnych urządzeń zawartym w kolumnie 3 tabeli „wymagania minimalne Zamawiającego”. Różnice pomiędzy tymi opisami sprowadzają się do wpisania parametrów konkretnego oferowanego urządzenia. Przykładowo w pozycji 1.0 przedmiotowej tabeli (kolumna 4) Konsorcjum wskazało – zgodnie z wymogiem Zamawiającego – producenta, typ, model oferowanego urządzenia oraz markę i model samochodu, na którym to urządzenie będzie zainstalowane, zastrzegając je jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie te same informacje zostały ujawnione w formularzu oferty, pkt 1 (s. 1). Jest to więc przykład niekonsekwencji Konsorcjum w objęciu określonych treści tajemnicą przedsiębiorstwa. Kolejnym przykładem jest pozycja 1.10 „System łączności”, w którym określono wymagania dla systemu łączności, a które to dane są wręcz identyczne w kolumnie 3 i 4, a więc oczekiwane przez Zamawiającego i zaoferowane przez Konsorcjum.



Jedyną pozycją, której zastrzeżenie treści należy rozważyć jest pozycja 1.15.1 „Maksymalna głębokość penetracji stali”, w której to pozycji Konsorcjum zaoferowało urządzenie spełniające wymóg minimum 270 mm, wskazując jednocześnie parametry jakie osiąga urządzenie w zakresie głębokości penetracji stali. W tym konkretnym przypadku istotnie należałoby uznać, iż ta informacja jest objęta tajemnicą przedsiębiorstwa chociażby z uwagi na to, iż dane te istotnie zawierają informację techniczną dotyczącą urządzenia, a niemożliwym jest ich uzyskanie w zwykłej i dozwolonej drodze (internet, foldery reklamowe, broszury).

**Oświadczenie producenta, że oferowane skanery spełniają normy bezpieczeństwa promieniowania** (s. 51) powinno być przedmiotem badań Zamawiającego, gdyż istotnie informacje zawarte w punkcie 1 bezsprzecznie mogą być taką tajemnicą objętą. Dlatego też Zamawiający powinien wyjaśnić zastrzeżenia tego oświadczenia, w tym także w kontekście pozycji 1.15.1 tabeli załącznika nr 2 i ustalić, czy tego typu dane nie zostały ujawnione przez Konsorcjum, np. na stronie internetowej, w folderach reklamowych, itp.

**Kopia posiadanego przez producenta certyfikatu ISO 9001:2000** (s.58-61) istotnie nie zawiera żadnych informacji gospodarczych, informacji takich nie zawiera także **kopia świadectwa bezpieczeństwa radiacyjnego dla systemów kontroli THSCAN** (s. 84), z treści których wynika, iż wykonawca uzyskał certyfikat zarządzania ISO 9001:2000, a oferowane przez niego skanery spełniają normy bezpieczeństwa promieniowania określone ustawą z dnia 29 listopada 2008 r. Prawo atomowe (Dz. U. z 2007 r., Nr 42, poz. 276 z późn. zm.), na potwierdzenie czego załączono także stosowne oświadczenie spółki (s.68-83). Informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie zawiera także **certyfikat zgodności CE dla urządzenia THSCAN MT1213LH** (s. 98), gdyż dokument ten potwierdza jedynie spełnienie wymagań dyrektyw WE.

Skład orzekający Izby uznał, iż „**Ogólny (poglądowy) opis techniczny i funkcjonalny przewoźnego urządzenia rentgenowskiego THSCAN MT1213LH” NUCTECH Company Limited czerwiec 2008**” (s. 101-115) taką tajemnicą może być objęty. Z treści tego dokumentu wynika bowiem, iż zawiera on dane techniczne, które istotnie nie są dostępne, tj. nie mogą być uzyskane przez zainteresowanych, w tym także konkurentów, w zwykłej i dozwolonej drodze, np. na stronie internetowej producenta, czy też dystrybutorów urządzenia (dane techniczne, rzuty samochodów z informacjami o usytuowaniu poszczególnych elementów) i przedmiotowe informacje mogą posiadać wartość gospodarczą.

**Program szkoleń** (s. 116-121) niewątpliwie nie zawiera informacji, które można by zakwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Są tam bowiem zawarte - zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego – szczegółowe dane dotyczące szkoleń, jak np. klasyfikacja

szkoleń z podziałem na poszczególne grupy osób obsługujących urządzenie, terminy szkoleń, ilość godzin, dane dotyczące szkolenia poszczególnych grup roboczych. Tym samym należy uznać, iż zostały one przygotowane dla tego konkretnego postępowania i zgodnie ze szczegółowymi wytycznymi Zamawiającego. Odwołujący powołuje się, iż ochronę zapewnia mu ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Ustawa ta rzeczywiście chroni materialne i niematerialne prawa autora i innych podmiotów posiadających prawa do utworu lecz nie decyduje o tym co jest tajemnicą przedsiębiorstwa.

Dane z **Krajowego Rejestru Karnego** (s. 122-126), **zaświadczenie z ZUS** o niezaleganiu w opłacaniu składek (s. 127), zaświadczenie właściwego naczelnika **Urzędu Skarbowego** (s. 128-129) istotnie nie są powszechnie dostępne, niemniej jednak dwie ostatnie posiadają wartość gospodarczą (wyrok SO z dnia 20.05.2004 r., sygn. akt V Ca 114/04), niemniej jednak są to dokumenty, które zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) (Dz. U. z 2006 r., Nr 19, poz. 177 z późn. zm.) Zamawiający może żądać na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tym samym ich zastrzeżenie naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

**Opinia bankowa BUMAR Sp. z o.o.** (s.130) oraz **opinia bankowa NUCTECH Company Limited** (s. 227) nie mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż nie stanowią informacji technicznej, technologicznej, organizacyjnej, ani też nie posiadają wartości gospodarczej. Załączona do oferty informacja banku BUMAR Sp. z o.o. potwierdza, posiadanie przez tego konsorcjanta zdolności kredytowej na określonym poziomie. Powyższe potwierdza także opinia bankowa NUCTECH Company Limited. Przedmiotowy warunek był jawny i został podany do wiadomości publicznej w ogłoszeniu o wszczęciu postępowania oraz w SIWZ, a sprawozdania finansowe spółek są dostępne w rejestrach stosownych organów .

Certyfikat nr 103/S/2006 oraz certyfikat nr 103/A/2007 potwierdzają jedynie, iż BUMAR Sp. z o.o. spełnia wymagania **PN-EN ISO 9001:2001** (s.133) oraz wymagania **AQAP 2120:2006** (s. 134), a **zezwoleń Nr D-16541 Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki** (s.135) pozwala na prowadzenie określonej działalności, tym samym żaden z przedmiotowych dokumentów nie może być zakwalifikowany jako informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tym bardziej, iż potwierdzają one jedynie określone fakty, przy czym nie posiadają wartości gospodarczej.

Nie spełniają przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji także zastrzeżone dokumenty dotyczące konsorcjanta NUCTECH Company Limited, tj.:

1. **oświadczenie, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono stanu upadłości** NUCTECH Company Limited (s. 142-143),

2. **oświadczenia, iż członkowie organu zarządzającego NUCTECH Company Limited nigdy nie byli karani:** (s. 149-150), (s. 155-156), (s. 161-162), (s. 167-168), (s. 173-174), (s.179-180), (s. 185-186), (s. 191-192), (s. 197-198), (s. 203-204), (s. 209-210),
3. **oświadczenie, że nie orzeczono wobec NUCTECH Company Limited zakazu ubiegania się o przetarg** (s. 217),
4. **oświadczenie o niezaleganiu z opłatami na ubezpieczenia** (s. 221-222),
5. **oświadczenie o opłaceniu podatku VAT oraz pozostałych należnych podatków** (s. 224-225),
6. **zaświadczenie o posiadanych środkach finansowych** NUCTECH Company Limited (s. 227).

Wyspecyfikowane wyżej dokumenty, dotyczące NUCTECH Company Limited objęte w ofercie tajemnicą przedsiębiorstwa nie tylko, że nie spełniają przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale i nie posiadają wartości gospodarczej, a ujawnienie ich osobom postronnym, w tym konkurentom, nie naruszy zasad uczciwej konkurencji i nie spowoduje uzyskania przewagi konkurentów, gdyż dokumenty powyższe mają jedynie potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu i zostały wystawione m.in. dla potrzeb tego postępowania.

**Załącznik nr 5 „Wykaz wykonanych dostaw (...)”** - bezsprzecznie dostawy z pozycji 1 oraz pozycji 3-7, jak wynika z adresatów przedmiotowych dostaw, zostały zrealizowane na rzecz organów publicznych państw Unii Europejskiej, a więc najprawdopodobniej na zasadach zamówień w trybie publicznym, tym samym więc podlegają ujawnieniu. Wątpliwości może budzić jedynie dostawa z pozycji 2, która prawdopodobnie nie została zrealizowana na rzecz podmiotu publicznego i Zamawiający, przed ujawnieniem treści tego dokumentu, powinien wyjaśnić, czy dostawa ta została zrealizowana na rzecz podmiotu publicznego, a w przypadku ustalenia, że na rzecz innego podmiotu – podmiotu z sektora prywatnego, potwierdzeniu, że informacja o tej dostawie nie została ujawniona w żaden sposób na zewnątrz, to wówczas treść z pozycji 5 należy odtajnić (s. 231-232). Dodatkowo Izba ustaliła, iż dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczyłoby wskazanie dostawy z pozycji 7, realizowanej na rzecz Zamawiającego, która została potwierdzona fakturą VAT oraz protokołem zdawczo-odbiorczym (s. 233-235). Izba, uznając, iż przedmiotowy wykaz nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa, podzieliła w tym względzie stanowisko wyrażone w wyroku ZA z 01.07.2002 r., sygn. akt UZP/ZO/0-706/02, gdyż istotnie wymagany wykaz obejmuje dane, stanowiące istotne elementy umowy dostawy, które stanowią informację publiczną w rozumieniu ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (z. U. z 2001 r., Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.), przy

czym dodatkowo należy podkreślić, iż umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnieniu.

**Ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium** (s. 236) nie jest dokumentem tajnym, jest dokumentem wymaganym na potwierdzenie, iż wymagane wadium zostało wniesione. Nie ma wartości technicznej, technologicznej, organizacyjnej, a ma jedynie zabezpieczać interesy Zamawiającego

Reasumując należy stwierdzić, iż większość zastrzeżonych informacji objętych przez Konsorcjum tajemnicą przedsiębiorstwa nie wypełnia przesłanek dla uznania, iż istotnie taką tajemnicą powinny być objęte, informacje te nie tylko, że nie posiadają wartości gospodarczej, ale nie podjęto wobec nich żadnych działań – na rozprawie takowych nie wskazano - mających na celu zapobieżenie ich ujawnieniu osobom postronnym. Jedynym działaniem wykonawcy, w tym przypadku Konsorcjum, nie może być - jak przyznało Konsorcjum na rozprawie – umieszczenie, niemal wszystkich dokumentów składających się na ofertę, w odrębnej kopercie ze stosownym zastrzeżeniem. Nieuprawnionym jest bowiem pogląd, iż skoro ustawa zakazuje utajniania informacji odczytywanych podczas otwarcia ofert, wszystkie pozostałe informacje mogą być utajnione. Jak już wcześniej podkreślono podstawową zasadą zamówień publicznych jest zasada jawności, a zgodnie z art. 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp można utajnić informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie można więc w sposób przypadkowy i niczym nieuzasadniony utajniać informacji zawartych w składanych ofertach. Zapoznanie się bowiem z szeregiem dokumentów, na których żądanie zezwala rozporządzenie, nie spowoduje ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż część z nich, ze swej istoty, takich treści nie zawiera, a często są one opracowywane na potrzeby konkretnego postępowania, w tym przede wszystkim w oparciu o informacje przedłożone przez Zamawiającego w SIWZ, a więc jawne.

W ocenie składu orzekającego Izby, aby można było mówić o uprawnionym bądź nieuprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim powinien ustalić, jaki charakter ma zastrzeżona informacja, a więc czy jest to informacja techniczna, technologiczna, bądź organizacyjna i, czy posiada określoną wartość gospodarczą. Następnie powinien zbadać, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które są nieznanne ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych grup odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. Tym bardziej, że to Zamawiający w pierwszej kolejności bada skuteczność dokonanego przez oferenta zastrzeżenia dotyczącego zakazu

udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (uchwała SN z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05).

Oznacza to, iż Zamawiający, w każdym przypadku powinien indywidualnie zbadać, w odniesieniu do każdego dokumentu zastrzeżonego jako zawierający tajemnicę przedsiębiorstwa, czy zachodzą przesłanki tej tajemnicy, czy też nie, zwłaszcza, że decyduje o tym treść, a nie nazwa dokumentu. Dlatego też bardzo szczegółowo należy się odnosić do treści poszczególnych dokumentów, może się bowiem okazać, iż tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu. W takim przypadku zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione.

Tak więc tajemnica przedsiębiorstwa jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego.

Tymczasem Zamawiający bezkrytycznie uznał, iż wszystkie zastrzeżone przez wykonawców dokumenty jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, faktycznie są nią prawidłowo objęte, odtajniając jedynie dwa dokumenty, tj. pełnomocnictwo do działania w imieniu Konsorcjum oraz oświadczenie o spełnieniu warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający zaniechał działań mających na celu wyjaśnienie, czy wykonawcy prawidłowo zastrzeżli tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym zarzut zaniechania odtajnienia dokumentów potwierdził się. Zamawiający powinien odtajnić utajnione w sposób nieuprawniony dokumenty i powinien to uczynić z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dokonując powyższego w odniesieniu do ofert wszystkich wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzut braku w ofercie Konsorcjum dokumentu stanowiącego wypis z rejestru NUCTECH Company Limited nie potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale 2 „Sposób przygotowania i złożenia oferty” pkt II.2 a) wymagał przedłożenia aktualnego odpisu z właściwego rejestru (...). Jednocześnie wskazał, iż wykonawca mający siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w pkt 2 a) (...) składa jedynie dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę, potwierdzające, m.in. że:

- nie otwarto wobec niego likwidacji ani nie ogłoszono stanu upadłości,
- nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne
- nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

Natomiast w przypadku, gdy takich dokumentów, w danym kraju, się nie wydaje zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone, np. przed notariuszem.

Konsorcjum ze złożoną ofertą przedłożyło „Licencję prowadzenia działalności gospodarczej przez osobę prawną” NUCTECH Company Limited nr rejestracji 110000009979270 (s. 28-33), z treści którego wynika, iż przedmiotowy dokument zawiera trzy okrągłe pieczęcie właściwych organów administracji Chińskiej Republiki Ludowej: I z datą „31.08.2007”, II z datą „29.05.2008”, III z datą „31.08.2007”. Nadto w części niejawnej oferty Konsorcjum złożyło:

- notarialne oświadczenie wykonawcy, że nie otwarto wobec niego likwidacji ani nie ogłoszono stanu upadłości,
- zaświadczenie o nie popełnieniu przestępstw i niekaralności,
- notarialne oświadczenie wykonawcy, że nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie,
- aktualne zaświadczenie o nie zaleganiu z opłatami na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne,
- aktualne zaświadczenie właściwego urzędu podatkowego o nie zaleganiu z uiszczaniem podatków i opłat.

Z oświadczenia złożonego przez Konsorcjum, zarówno w przystąpieniu do postępowania, jak i na rozprawie wynika, iż przedłożony duplikat licencji został zaktualizowany w dniu 29 maja 2008 r., natomiast wydanie nowej licencji możliwe jest tylko w przypadku zmian mających wpływ na zapisy dokumentu, a takich zmian nie było. Złożony dokument jest kserokopią duplikatu potwierdzoną przed notariuszem – a zgodnie z umową podpisaną między Polską Rzeczypospolitą Ludową a Chińską Republiką Ludową o pomocy prawnej w sprawach cywilnych i karnych – dokumenty sporządzone lub uwierzytelnione przez sąd lub inny właściwy organ (...) opatrzone pieczęcią urzędową nie wymagają legalizacji w celu korzystania na terenie drugiej umawiającej się strony. Jednocześnie też z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 18 maja 2006 r. (§ 4 ust. 1) wynika, że wykonawcy składają w postępowaniu dokumenty w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Konsorcjum dodatkowo podniosło, iż przedmiotowy dokument został złożony w niniejszym postępowaniu jedynie w kontekście wykazania osoby upoważnionej do reprezentacji NUCTECH Company Limited.

Na podstawie przedłożonych dokumentów ustalono, iż licencja prowadzenia działalności gospodarczej przez osobę prawną NUCTECH Company Limited zawiera zapis „numer rejestracji 110000009979270”, a jako datę powołania spółki wskazuje 19 grudnia 2000 r.

Natomiast z przedłożonych przez Odwołującego dokumentów wynika, iż są one kserokopią „pozwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej numer rejestracyjny

dokumentu:: „1000001003476 (4-3)”, przy czym z jego treści wynika także, iż datą założenia przedsiębiorstwa jest 19 grudnia 2000 r.

Jak Konsorcjum oświadczyło na rozprawie w Chińskiej Republice Ludowej osoba prawna może prowadzić działalność gospodarczą w oparciu o dwa dokumenty: licencję na prowadzenie działalności gospodarczej oraz pozwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej. Dokumenty te mogą być wydane przez różne organy rejestrujące przedsiębiorcę (organy centralne, bądź departamenty organów centralnych), wówczas zmiana numeru następuje ze zmianą wystawcy dokumentu, jak również przy wydaniu kolejnego dokumentu.

Z przedłożonych, a kwestionowanych przez Odwołującego pełnomocnictw wynika, iż pan Rong Y. Prezes Zarządu Spółki, powołując się na licencję prowadzenia działalności gospodarczej przez osobę prawną nr 110000009979270, udzielił pełnomocnictwa panu Yuan Y. – Dyrektorowi Naczelnemu do spraw Bliskiego Wschodu (s. 228-229), a następnie Konsorcjum udzieliło pełnomocnictwa panu Włodzimierzowi Staszkiwiczowi. W imieniu konsorcjanta NUCTECH Company Limited działał Pan Yuan Y., a w przedmiotowym pełnomocnictwie powołano się na numer rejestracyjny spółki 1000001003476 (4-1).

Z przedłożonych pełnomocnictw wynika, iż w jednym przypadku oparto się na licencji, w drugim zaś na pozwoleniu na prowadzenie działalności.

W ocenie składu orzekającego, z treści przedmiotowej licencji, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wynika, iż ostatniego wpisu dokonano w dniu 29 maja 2008 r., a zatem w tej dacie spółka funkcjonowała, co potwierdza także pismo Ambasady Rzeczypospolitej Polskiej w Chińskiej Republice Ludowej z dnia 11 lipca 2008 r., z treści którego wynika, iż NUCTECH Company Limited cieszy się dobrą opinią, posiada wszystkie wymagane prawem licencje i pozwolenia konieczne do prowadzenia działalności gospodarczej w Chinach i za granicą.

Tym samym Izba uznała, iż z przedłożonych pełnomocnictw wynika prawidłowe umocowanie dla pana Włodzimierza Staszkiwicza do reprezentowania spółki w przedmiotowym postępowaniu, bo tylko w takim kontekście.

Nie potwierdził się także zarzut sprzeczności treści oferty Konsorcjum z treścią SIWZ. Odwołujący, na skutek utajnienia większości dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum, wywiódł, iż oferowany skaner nie może posiadać parametrów wymaganych przez Zamawiającego, nie przedstawiając żadnych argumentów na potwierdzenie stawianych tez. W kontekście powyższego Izba uznała, iż zarzut Odwołującego jest gołosłowny i niczym nie udowodniony, a ciężar dowodu - zgodnie z art. 6 k.c. - spoczywa na podmiocie, który z faktu tego wywodzi określone skutki prawne.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów, tj. art. 7 ust. art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast dopatrzyła się naruszenia art. 8 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację przedmiotowego postępowania o zamówienia publiczne, w tym także złożone oferty. Natomiast nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego kserokopii dokumentów przedłożonych na rozprawie, uznając je za dokumenty prywatne.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).



Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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*