

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: "MWM" Sp. z o.o., Alphatec Comunication Sp. z o.o., Symetra - W Wielogórski, Miraccord S.C. Maciej Nowak, Łukasz Filek, z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Grottgera 35, 44-100 Gliwice, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gmina Wrocław, Urząd Miejski Wrocławia, pl. Nowy Targ 1/8, 50-141 Wrocław, przy udziale wykonawcy - P.H.U. TELSAT Grzegorz Kawka, ul. Jana Dąbskiego 1A, 72-300 Gryfice, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: "MWM" Sp. z o.o., Alphatec Comunication Sp. z o.o., Symetra - W Wielogórski, Miraccord S.C. Maciej Nowak, Łukasz Filek, z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Grottgera 35, 44-100 Gliwice i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: "MWM" Sp. z o.o., Alphatec Comunication Sp. z o.o., Symetra - W Wielogórski, Miraccord S.C. Maciej Nowak, Łukasz Filek, z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Grottgera 35, 44-100 Gliwice tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: "MWM" Sp. z o.o., Alphatec Comunication Sp. z o.o., Symetra - W Wielogórski, Miraccord S.C. Maciej Nowak, Łukasz Filek, z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Grottgera 35, 44-100 Gliwice na rzecz Gminy Wrocław, Urząd Miejski Wrocławia, pl. Nowy Targ 1/8, 50-141 Wrocław kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
- 2.3 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: "MWM" Sp. z o.o., Alphatec Comunication Sp. z o.o., Symetra - W Wielogórski, Miraccord S.C. Maciej Nowak, Łukasz Filek, z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Grottgera 35, 44-100 Gliwice kwoty 5.000 zł stanowiącej nadpłatę należnego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Wrocław – Urząd Miejski Wrocławia (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania pn. „Budowa monitoringu prewencyjnego jako elementu polityki poprawy bezpieczeństwa na Obszarze Wsparcia”.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Konsorcjum: "MWM" Sp. z o.o. w Gliwicach, Alphatec Comunication Sp. z o.o. w Jeleniej Górze, Symetra - W Wielogórski w Busku Zdroju i Miraccord S.C. Maciej Nowak, Łukasz Filek w Andrychowie (dalej: „odwołujący”) w odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2012 r. r. zarzucili zamawiającemu naruszenie przepisów art.26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych („ustawa pzp”).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu odtajnienia dokumentów załączonych do oferty PHU Telsat Grzegorz Kawka tj. dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego oraz wykazu zrealizowanych zamówień.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, że pismem z 29.03.2012 r. zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie dokumentów wyżej wskazanych. Stwierdził, że dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy pzp, odnoszą się bowiem nie do know-how wykonawcy lecz sposobu wykonania zamówienia opisanego w siwz, w tym projektem technicznym i zestawem parametrów. Wykonawca, który zastrzegł informacje nie jest producentem przedmiotowych urządzeń, zatem informacje nie mogą stanowić jego tajemnicy przedsiębiorstwa, a w toku ewentualnej realizacji zamówienia, i tak musiałyby zostać ujawnione. Odwołujący stwierdził także, że wykaz zamówień dotyczący zamówień publicznych nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa będąc informacją publiczną.

W odpowiedzi z 30.03.2012 r. zamawiający nie zajął jednoznacznego stanowiska co do udostępnienia informacji stwierdzając, że w ramach badania ofert oceni zasadność zastrzeżenia poszczególnych informacji. Kopie pism załączono do odwołania.

Odwołujący stwierdził, że ma interes prawny uzasadniający wniesienie odwołania, gdyż informacje, których ujawnienia domaga się, są niezbędne do oceny, czy ewentualny wybór oferty będzie zgodny z ustawą pzp i postanowieniami siwz.

Oprócz argumentacji z pisma z 29.03.2012 r. odwołujący dodatkowo wskazał na art. 8 ustawy pzp oraz definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w art. 11 ust. 4 ustawy z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stwierdził na rozprawie, że zarzut naruszenia przepisów wskazanych w zdaniu poprzedzającym jest w sprawie podstawowy. W ocenie odwołującego zastrzeżone przez PHU Telsat nie spełniają kryteriów tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazany oferent nie jest producentem takich elementów wymaganych w siwz jak kamery, monitory, przełączniki sieciowe, macierze dyskowe, stacje robocze, drukarki, urządzenia wielofunkcyjne (kopiarka, drukarka + skaner), klawiatury sterującej dla kamer, zasilaczy awaryjnych ups, klimatyzatora zewnętrznego oraz urządzenia sieciowego (enkodera). Żądane informacje zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a w wypadku wykazu zamówień stanowią jawną informację publiczną. Odwołujący stwierdził, że wykonawca nie mógł podjąć działań dotyczących zachowania poufności spornych informacji albowiem częściowo stanowiły one know-how innego podmiotu – producenta urządzeń, a częściowo byłoby to niezgodne z ustawą. Na poparcie stanowiska odwołujący wskazał orzecznictwo (wyrok SN z 5.09.2001 I CKN 1159/00, wyrok SN z 3.10.2000, I CKN 304/00, KIO 2112/11, KIO 1400/10, KIO 1401/10, KIO 2709/10).

Odwołujący stwierdził, że z uwagi na stanowisko zamawiającego jest zmuszony do wniesienia odwołania i dokonuje tej czynności z zachowaniem terminu liczonego od dnia otwarcia ofert tj. 22.03.2012 r.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że jest, podobnie jak w dniu złożenia odwołania, na etapie dokonywania czynności prowadzących do ustalenia zasadności zastrzeżenia określonych dokumentów, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wobec wykonawcy PHU Telsat, jak i odwołującego. W ocenie zamawiającego termin do złożenia odwołania na czynność lub zaniechanie w kwestii udostępnienia zastrzeżonych dokumentów jeszcze nie nastąpił, z zamawiający nie podjął dotychczas decyzji odnośnie uwzględnienia lub nie uwzględnienia zastrzeżenia określonych informacji. Decyzję taką będzie mógł podjąć pod dokonaniu badania całości złożonych ofert i indywidualnego badania w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu, ale nie przed takim badaniem i pod presją odwołującego, który nie jest uprawniony do określania zamawiającemu harmonogramu prac i dokonywania czynności. Zamawiający wskazał, że poinformował odwołującego o podejmowanych czynnościach w zakresie badania zasadności zastrzeżeń, a żądanie ujawnienia informacji już w drugim dniu roboczym po otwarciu ofert jest bezpodstawne.

Zamawiający zaznaczył, że nieudostępnienie części oferty nie narusza interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, gdyż na obecnym etapie postępowania żadna z

ofert nie została wybrana jako najkorzystniejsza, nie odrzucono ofert i nie wykluczono wykonawców.

Ponadto, wskazując na przepisy ustawy powołane w odwołaniu zamawiający stwierdził, że zastosował wobec wykonawców art., 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy pzp, nie zaszyły na obecnym etapie przesłanki zastosowania art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy, a także zastosował art. 87 ust. 1 ustawy pzp, natomiast odwołujący nie wskazał na czym ewentualne naruszenie przepisów polegało.

W ocenie zamawiającego złożenie odwołania nastąpiło przedwcześnie, a zarzuty dotyczą okoliczności wynikających z czynności, których zamawiający jeszcze nie dokonał.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o odrzucenie odwołania, „gdyż nie mają zastosowania przepisy ustawy pzp”, alternatywnie od oddalenie odwołania stwierdziwszy, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a ich odtajnienie naruszy interes firmy przystępującego, dla którego informacje stanowią dużą wartość gospodarczą, organizacyjną, technologiczną oraz wartość rynkową.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy pzp odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Izba nie podziela stanowiska przedstawionego przez odwołującego, że datą od której termin na wniesienie odwołania winien być liczony jest dzień gdy odwołujący mógł powziąć informację o dokonanym zastrzeżeniu, tj. w dniu otwarcia oferty przystępującego.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Następstwem stwierdzenia przez zamawiającego bezskuteczności ww. zastrzeżenia jest czynność ujawniania zastrzeżonych informacji. Tym samym zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne w chwili, gdy zamawiający po przeprowadzeniu odpowiedniego badania dokona własnego rozstrzygnięcia, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub mają charakter jawny wówczas zobowiązany jest on do ich ujawnienia

w ramach prowadzonego postępowania. Zamawiający bada takie informacje i w zależności od przyjętej oceny udostępnia je wykonawcom albo odmawia ich udostępnienia.

W sytuacji, gdy zamawiający jeszcze nie dokonał czynności badania i oceny ofert, kwestionowanie zastrzeżenia oznaczałoby podnoszenie zarzutu do czynności samego wykonawcy, który dokonał zastrzeżenia, nie zaś działań lub zaniechań zamawiającego. Skoro odwołanie zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp dotyczy wyłącznie czynności lub zaniechań zamawiającego wskazanych w ustawie, to badanie skuteczności dokonanego zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi element czynności badania i oceny ofert. Należy przy tym zauważyć, że ustawa nie określa zamawiającemu terminu, w jakim badanie zastrzeżenia powinno być zakończono. W konsekwencji termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa winien być liczony od dnia przesłania przez zamawiającego informacji, z której wynika uznanie dokonanego zastrzeżenia za skuteczne.

W rozpatrywanej sprawie zamawiający nie zajął dotychczas stanowiska co do zasadności zastrzeżeń wykonawców, nie ma jednak podstaw do zarzucania mu z tego powodu zaniechania czynności, do której jest na tym etapie zobowiązany. Na brak stanowiska zamawiającego zwrócił także uwagę odwołujący w uzasadnieniu odwołania. Należy przy tym zauważyć, że zamawiający winien dokonać badania z należytą starannością, a przepisy ustawy nie określają terminu dokonania badania skuteczności zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa. Istotnie ustawodawca nie uregulował trybu badania skuteczności zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie ma zatem podstaw prawnych, aby zakreślać zamawiającemu prowadzącemu postępowanie konkretny termin na dokonanie badania zastrzeżenia. Postulat szybkości postępowania, a nawet niezwłoczności badania nie może przeważać nad zasadami zawartymi w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, wymagającymi rzetelnego dokonania czynności.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający uznał, że zamawiający nie dopuścił się naruszenia powołanych w odwołaniu przepisów ustawy, nie można mu zatem przypisać niezgodnego z ustawą zaniechania lub dokonania czynności, do których był zobowiązany na obecnym etapie prowadzonego postępowania.

Wobec powyższego brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania zważywszy, że podstawą zasadności wniesionego środka ochrony prawnej, a w konsekwencji jego skuteczności jest naruszenie, jak wynika z art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy pzp, przez zamawiającego przepisów ustawy.

Z powyższych względów Izba nie znalazła podstaw do czynienia zamawiającemu zarzutów naruszenia wskazanych przez odwołującego przepisów i oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. stosownie do wyniku. Jednocześnie wobec ustalenia, że należny wpis od odwołania w niniejszym postępowaniu wynosi 15.000 zł, a odwołujący dokonał wpłaty kwoty 20.000 zł, Izba orzekła o zwrocie odwołującemu kwoty 5.000 zł stanowiącej nadpłatę w stosunku do wysokości należnego wpisu.

Przewodniczący: