

**WYROK**  
**z dnia 7 lipca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bytomska Spółka Informatyczna Sp. z o.o., Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Sp. z o.o., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji Biuro Finansów, ul. Domaniewska 36/38, 02-672 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Simplicity Poland Sp. z o.o., ul. Grzybowska 2/78, 00-131 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bytomska Spółka Informatyczna Sp. z o.o., Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Sp. z o.o., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Bytomska Spółka Informatyczna Sp. z o.o., Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Sp. z o.o., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom** tytułem wpisu od odwołania.

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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

I. Komenda Główna Policji w Warszawie (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Zakup usługi serwisu pogwarancyjnego dla oprogramowania Systemu SWOP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest 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 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 18 czerwca 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Bytomska Spółka Informatyczna Sp. z o.o.; Bytomska Spółka Informatyczna COIG-4 Sp. z o.o. w Bytomiu (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zakwestionowali prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na braku odrzucenia ofert Simplicity Poland Sp. z o.o., - Britenet Sp. z o.o. - ITC S.A. pomimo iż oferty tych wykonawców zawierają rażąco niską cenę;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na braku odrzucenia oferty ITC S.A., pomimo iż oferta ta była niezgodna z treścią SIWZ i nie można jej było poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych;

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 w zw. z art. 44 Prawa zamówień publicznych, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w braku wykluczenia wykonawców, Simplicity Poland Sp. z o.o., Britenet Sp. z o.o. - ITC S.A z postępowania

i odrzucenia ich ofert, mimo że nie złożyli oni oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu;

4. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 44 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy, - Simplicity Poland Sp. z o.o., Britenet Sp. z o.o., ITC S.A do uzupełnienia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu;

5. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Simplicity Poland Sp. z o.o. z postępowania pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia;

6. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy ITC S.A. z postępowania pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

7. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2d Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy ITC S.A. do złożenia oświadczenia w przedmiocie przynależności do grupy kapitałowej;

8. art. 91 ust. 1 oraz ust. 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na wyborze oferty Simplicity Poland Sp. z o.o., która to oferta winna zostać odrzucona;

9. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych oraz 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.), poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów złożonych wraz z ofertą Britenet Sp. z o.o. oraz dokumentów złożonych wraz z ofertą Simplicity Poland Sp. z o.o., jak również złożonych przez wykonawców: Simplicity Poland Sp. z o.o., Britenet Sp. z o.o., ITC S.A. wyjaśnień oraz dokumentów złożonych na wezwanie zamawiającego, pomimo że informacje zawarte w zastrzeżonej części oferty oraz złożonych dokumentach i wyjaśnieniach nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

10. art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo że jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcia ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego;

11. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez uniemożliwienie wglądu w treść oferty i udzielonych wyjaśnień, w zakresie informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa i poddanie ich treści weryfikacji przez Odwołującego.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy ITC S.A.,
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawców: Simplicity Poland Sp. z o.o., Britenet Sp. z o.o., ITC S.A.
5. nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy Simplicity Poland Sp. z o.o, do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie dostaw ujętych w wykazie wykonanych dostaw,
6. nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawcy ITC S.A. do uzupełnienia dokumentów poprzez przedłożenie oświadczenia w przedmiocie przynależności do grupy kapitałowej,
7. nakazanie Zamawiającemu:
  - a) odtajnienia dokumentów dołączonych do ofert oraz wyjaśnień i dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, a zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawców: Simplicity Poland Sp. z o.o., Britenet Sp. z o.o. , ITC S.A.,
  - b) udostępnienie Odwołującemu odtajnionych dokumentów dołączonych do ofert oraz wyjaśnień i dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przez wykonawców: Simplicity Poland Sp. z o.o., Britenet Sp. z o.o., ITC S.A.,
8. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w całości.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienia wykonawcy Britenet Sp. z o.o. i Simplicity Poland Sp. z o.o.

Izba uznała, że wykonawca Britenet Sp. z o.o. nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego, bowiem nie przekazał kopii przystąpienia Odwołującemu – przesłana faksem kopia była nieczytelna.

Mimo opozycji Odwołującego, Izba uznała, że wykonawca Simplicity Poland Sp. z o.o. (dalej: Przystępujący), skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, bowiem dla skuteczności przystąpienia znaczenie ma data zgłoszenia przystąpienia Prezesowi Izby, a nie data przesłania kopii Odwołującemu.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Generalnie, w odniesieniu do większości podniesionych zarzutów, Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych. Oferta Odwołującego znajdowała się na czwartym miejscu w rankingu ofert (była najdroższa spośród czterech ofert złożonych w postępowaniu), zatem, jeżeli wszystkie podniesione przez Odwołującego zarzuty wobec ofert konkurencyjnych znalazłyby potwierdzenie, w wyniku czego zostałaby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący jednak nie ma interesu w podnoszeniu zarzutu unieważnienia postępowania – oczywiście jest bowiem, że ewentualne unieważnienie postępowania nie prowadzi do uzyskania przez Odwołującego zamówienia w prowadzonym aktualnie postępowaniu.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na braku odrzucenia ofert Simplicity Poland Sp. z o.o., Britenet Sp. z o.o., ITC S.A. pomimo iż oferty tych wykonawców zawierają rażąco niską cenę.

Istota tak sformułowanego zarzutu sprowadza się do oceny zasadności i prawidłowości wyjaśnień, złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych –

zatem zarzut może być uwzględniony wówczas, jeżeli zostaną spełnione łącznie dwie przesłanki:

1. Zamawiający prawidłowo, w związku z uzasadnionym podejrzeniem rażąco niskiej ceny w ofertach, zwrócił się do wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych o udzielenie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny,
2. złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę bądź wyjaśnienia nie zostaną złożone (przy czym, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, zarówno sądów okręgowych, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, za brak wyjaśnień uważa się również wyjaśnienia lakoniczne, o charakterze ogólnym).

Przy ocenie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych bada się więc zaistnienie wyżej wymienionych przesłanek, a nie, czy zaoferowane ceny w postępowaniu są rażąco niskie. Samodzielnego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych Odwołujący nie postawił, chociaż na rozprawie przedstawiał argumentację, mającą na celu, jak się wydaje, zmierzać w stronę wykazania właśnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Na tym etapie postępowania było to jednak spóźnione – ze względu na art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych, Izba bada odwołanie tylko w zakresie zarzutów w nim postawionych.

W konsekwencji, Odwołujący, podnosząc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, powinien wykazać, że zaistniały okoliczności upoważniające do podejrzenia rażąco niskiej ceny, i równocześnie, że złożone wyjaśnienia były niewystarczające, co, jak Odwołujący sam zauważał w odwołaniu, przy nieznanomości treści wyjaśnień, „wywiedzenie zarzutu w tym zakresie jest znacząco utrudnione”.

W postępowaniu, w którym złożono odwołanie, wartość zamówienia została oszacowana na kwotę 2 557 723,58 zł (zgodnie z protokołem druk ZP-PN, pkt 2.2 – kopia protokołu innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy). W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazywał, że pierwotna wartość zamówienia co prawda wzrosła (do 3 355 817,56 zł), jednak szacował wartość zamówienia na podstawie wartości umów tylko z jednym wykonawcą (Odwołującym).

W postępowaniu złożono cztery oferty z następującymi cenami:

- 1 469 000 zł – cena oferty Przystępującego,
- 1 697 000 zł – cena oferty Britenet Sp. z o.o.,
- 2 381 000 zł – cena oferty ITC,
- 8 118 000 zł – cena oferty Odwołującego .

Cena, którą można uznać za rażąco niską, powinna odbiegać od innych cen złożonych w postępowaniu, i od oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Z analizy cen, zaoferowanych w postępowaniu, wynika, że tylko jedna cena odbiega od pozostałych cen – i jest to cena oferty Odwołującego. W kontekście pozostałych cen,

i wartości zamówienia, to cena oferty Odwołującego wydaje się rażąco wysoka – potwierdza to argumentacja Odwołującego, prezentowana na rozprawie, powołująca się na jego własną kalkulację ceny za realizację przedmiotu zamówienia - na poziomie dwóch milionów złotych. Wobec takich okoliczności trzeba uznać, że wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych nie było uzasadnione – Zamawiający sam przyznawał na rozprawie, że wystosował je „z ostrożności”, by uniknąć „opóźnienia procedury przetargowej poprzez konieczność dokonania takiego wezwania”. Skoro nie została spełniona pierwsza z wymienionych wcześniej przesłanek (brak zasadności do złożenia wyjaśnień), to nie ma potrzeby badać drugiej przesłanki, tj. czy złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę. W wyjaśnieniach Przystępującego opisano strukturę kosztów, korespondującą z kosztami niezbędnymi do realizacji zamówienia, przedstawianymi przez Odwołującego na rozprawie, i wynika z niej, że Przystępujący wycenił pracę mniejszej ilości osób, mających realizować zamówienie, jednak wymogu minimalnej ilości osób Zamawiający nie postawił. Dlatego trudno w tej różnicy dopatrywać się jakichkolwiek negatywnych konsekwencji dla wykonawcy.

Reasumując, uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych za nietrafny.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na braku odrzucenia oferty ITC S.A., pomimo iż oferta ta była niezgodna z treścią SIWZ i nie można jej było poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. W odwołaniu wskazywał, że oferta ITC S.A. jest niezgodna z SIWZ, a niezgodność ta polega na braku wykreślenia w treści pkt 8 i 9 formularza ofertowego informacji o podmiotach, które będą/nie będą brały udziału w realizacji zadania (należało niepotrzebne skreślić). Argumentował, że „Dokonanie odpowiedniego wyboru przez wykonawcę rodzi określone skutki, gdyż w przypadku gdy podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wykonawca zobowiązany był do załączenia określonych dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania”.

Już z argumentacji Odwołującego w ocenie Izby wynika, że ewentualny brak, dostrzeżony w ofercie ITC, mógłby być związany z ustaleniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Nie można dopatrzeć się w braku informacji o podmiotach, które będą brały udział w realizacji zamówienia, podstaw do odrzucenia oferty. Z reguły, w sytuacji, kiedy nie wskazano tego rodzaju podmiotów, to wykonawca będzie wykonywał przedmiot zamówienia samodzielnie; Zamawiający w odwołaniu podnosił, że mógłby to ustalić na podstawie art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych – badanie tej kwestii nie ma jednak wpływu na wynik postępowania, bowiem oferta ITC była trzecia w rankingu ofert.



Z tego samego powodu nie ma wpływu na wynik postępowania uznanie za zasadny zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2d Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy ITC S.A. do złożenia oświadczenia w przedmiocie przynależności do grupy kapitałowej. Oświadczenia takiego ITC faktycznie nie złożył, i formalnie rzecz biorąc, należałoby go wezwać do uzupełnienia dokumentu, jednak dokonanie powyższej czynności nie ma wpływu na wynik postępowania.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 w zw. z art. 44 Prawa zamówień publicznych, poprzez ich błędną wykładnię i zastosowanie, przejawiające się w braku wykluczenia wykonawców Simplicity Poland Sp. z o.o., Britenet Sp. z o.o. ITC S.A z postępowania i odrzucenia ich ofert, mimo że nie złożyli oni oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz, w konsekwencji, naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 44 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu wezwania Simplicity Poland Sp. z o.o., Britenet Sp. z o.o. ITC S.A do uzupełnienia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający do SIWZ załączył wzór formularza ofertowego, w którego treści było zawarte oświadczenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawcy Simplicity Poland Sp. z o.o., Britenet Sp. z o.o. ITC S.A złożyli oferty używając wzoru formularza ofertowego, przygotowanego przez Zamawiającego. Treści tego oświadczenia Odwołujący nie kwestionował, jedynie forma oświadczenia nie odpowiadała Odwołującemu – uważał, że nie może być złożone, wśród oświadczeń innego rodzaju, na formularzu ofertowym.

Odwołujący w odwołaniu mianowicie twierdził, że oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu powinno być załączone do oferty, przy czym, jak wynikało z wywodów Odwołującego, za skuteczne załączenie do oferty oświadczenia rozumie on wyłącznie załączenie go na osobnej kartce papieru. Na rozprawie argumentował z kolei, że oświadczenie to nie może być częścią formularza ofertowego, ponieważ w takim wypadku, na ewentualne wezwanie, nie będzie można go uzupełnić.

W ocenie Izby, możliwość wezwania do uzupełnienia jakiegokolwiek oświadczenia nie jest w żadnym wypadku związana z miejscem, w jakim zostało ono złożone w ofercie, a jedynie z faktem, czy faktycznie zostało złożone. Skoro wykonawcy złożyli przedmiotowe oświadczenia na formularzu ofertowym, to brak jakichkolwiek podstaw do wzywania ich do uzupełnienia tychże oświadczeń na osobnej kartce papieru. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 w zw. z art. 44 Prawa zamówień publicznych jest więc nietrafny – w konsekwencji nietrafny jest również zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania

(wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia publicznego Odwołujący w braku złożenia oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu).

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Simplicity Poland Sp. z o.o. oraz ITC S.A. z postępowania pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia i w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Izba ustaliła, że wykonawcy ci rzeczywiście nie złożyli wymaganych dokumentów wraz z ofertą. Zostali jednak wezwani przez Zamawiającego do ich uzupełnienia i w wyznaczonym terminie dokumenty te uzupełnili. Zarzut więc nie może zasługiwać na uwzględnienie. Izba nie znalazła także podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 i 2 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący podnosił również zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 Prawa zamówień publicznych oraz 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.), poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, dokumentów złożonych przez konkurencyjnych wykonawców oraz art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców, poprzez uniemożliwienie wglądu w treść oferty i udzielonych wyjaśnień, w zakresie informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa i poddanie ich treści weryfikacji przez Odwołującego.

Przystępujący na rozprawie podniósł, że zarzut ten został złożony po terminie, ponieważ o zastrzeżeniu dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący dowiedział się w dniu 28 maja 2014r. (data ta jest również podawana przez Odwołującego w odwołaniu), kiedy Zamawiający przedstawił Odwołującemu dokumentację postępowania bez dokumentów objętych zastrzeżeniem. W odpowiedzi na powyższe Odwołujący wskazywał, że do chwili rozprawy „nie ma decyzji Zamawiającego, jakie dokumenty zostały zastrzeżone. Tylko czynności faktyczne Zamawiającego pozwoliły na ustalenia w tym zakresie.” Wobec powyższego, Izba przyznała rację Przystępującemu, i uznała że zarzuty dotyczące tajemnicy przedsiębiorstwa są spóźnione, dlatego ich nie rozpatrywała. Odwołujący bowiem nie zdołał wykazać, że złożył je w terminie. Z reguły udostępnienie dokumentacji postępowania odbywa się w drodze „czynności faktycznych” – Zamawiający udostępnia (wydaje do wglądu) tylko te dokumenty, które nie zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Co do zasady, termin na zakwestionowanie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa biegnie od daty ogłoszenia wyników postępowania

(do tej chwili Zamawiający niewątpliwie już musiał podjąć decyzję co do zasadności utajnienia dokumentów, jednak osobnej decyzji w tym zakresie nie ogłasza się), chyba, że wykonawca już wcześniej powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania w tym zakresie. Jeżeli bowiem przed ogłoszeniem wyniku postępowania wykonawca zapoznaje się z ofertami, i otrzymuje od Zamawiającego tylko niektóre dokumenty, powinien przyjąć, że pozostałe zostały przez Zamawiającego uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. W takim wypadku termin do zakwestionowania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zaczyna biec od dnia, w którym wykonawcy nie udostępniono do wglądu dokumentów – termin ten nie biegnie tylko wówczas, gdy Zamawiający wyjaśni, że jest w toku badania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (co często jest długotrwałą procedurą, wymagającą analizy Zamawiającego i dodatkowych wyjaśnień wykonawców). W niniejszym postępowaniu odwoławczym Odwołujący w ogóle nie polemizował ze stwierdzeniem, że zarzuty odnośnie skuteczności tajemnicy przedsiębiorstwa wniósł po terminie, a jedynie wskazywał, że udostępnienie mu dokumentów odbywał się przez czynności faktyczne, i do tej pory nie ma decyzji Zamawiającego, które dokumenty zostały uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec takiej argumentacji, skoro Odwołujący nie zaprzeczył, że dokumenty do wglądu otrzymał 28 maja 2014 r., Izba nie znalazła podstaw do uznania, że przedmiotowy zarzut został podniesiony w terminie, zatem go nie rozpatrywała.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że nie doszło do takiego naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, które miałyby wpływ na wynik postępowania, wobec czego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

**Przewodniczący:**

.....