

Sygn. akt: KIO/ 1498/10

WYROK
z dnia 30 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 16 lipca 2010 r. wniesionego przez **Energomiar Sp. z o.o. ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wielkopolska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. ul. Grobla 15, 61-859 Poznań,**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum firm Inkaspol Sp. z o.o. i Tekon Sp. z o.o. , ul. Derdowskiego 8, 71-718 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Energomiar Sp. z o.o. ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** i nakazuje:
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Energomiar Sp. z o.o. ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Wielkopolska Spółka Gazownictwa Sp. z o.o. ul. Grobla 15, 61-859 Poznań prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi odczytu wskazań liczników gazowych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 100-152565 w dniu 26 maja 2010 r.

W dniu 8 lipca 2010 r. zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienie o wyniku postępowania w 18 częściach postępowania, w tym m.in. o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 11, 16 i 17 złożonej przez Konsorcjum firm Inkaspol Sp. z o.o. i Tekon Sp. z o.o. zwane dalej Konsorcjum Inkasenckie.

Odwołujący, Energomiar Sp. z o.o. ul. Strzeszyńska 58, Poznań wniósł w dniu 16 lipca 2010 r. odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu zaniechanie:

1. odrzucenia oferty Konsorcjum Inkasenckiego - wbrew art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp,
2. wezwania wykonawcy do uzupełnienia wymaganych w pkt 6.2.1.IX siwz dokumentów potwierdzających spełnianie warunku doświadczenia - wbrew art. 26 ust. 3 Pzp,
3. zbadania skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia oraz polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej - wbrew art. 7 i art. 8 Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, co następuje:

Ad. 1. Do oferty Konsorcjum Inkasenckiego zostało załączone pełnomocnictwo wystawione przez Tekon Sp. z o.o. firmie Inkaspol Sp. z o.o. do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu w ramach konsorcjum w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez jednego z członków zarządu Spółki. Wskazał, że pełnomocnictwo stanowi część oferty, zaś stosownie do treści art. 82 ust. 2 Pzp ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo za zgodą zamawiającego w postaci elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W nawiązaniu do art. 14 Pzp w związku z art. 99 § 1 k.c. pełnomocnictwo do złożenia oferty musi mieć formę pisemną. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pełnomocnictwo może być złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez notariusza. Ani wykonawca, ani profesjonalny pełnomocnik nie mogą poświadczyć za zgodność z oryginałem kopii pełnomocnictwa dołączonego do oferty. Ponadto, kopia oferty została poświadczona tylko przez jednego członka zarządu, tj. niezgodnie z zasadami reprezentacji

wykonawcy Tekon Sp. z o.o. przewidzianymi dla składania oświadczeń woli w zakresie czynności o wartości przekraczającej 15 000 zł. Odwołujący wskazał, że oferta podlega odrzuceniu, gdyż pełnomocnictwo nie może w tych okolicznościach podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - pełnomocnictwo zostało złożone oraz zawiera wadę co do formy, a nie co do treści.

Ad. 2. W celu wykazania potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego wykonania usług polegających na odczytach wskazań liczników Konsorcjum Inkasenckie złożyło wystawione przez siebie faktury, które mają charakter jedynie rozliczeniowy i nie stanowią dokumentów potwierdzających wykonanie usług w nich określonych.

Ad. 3. Konsorcjum Inkasenckie zastrzegło w ofercie informacje zawarte w wykazie osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia oraz polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Powołując się na orzecznictwo sądów i KIO odwołujący podniósł, że powyższe informacje nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 21 lipca 2010 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosiło przystąpienie Konsorcjum Inkasenckie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Ad. 1. Przystępujący wskazał, że pełnomocnictwo zostało złożone zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 10.5 siwz cyt. „wszystkie dokumenty składane w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę na każdej stronie i parafowanej przez osoby podpisujące ofertę”. Powyższe postanowienie dotyczy „wszystkich dokumentów”, a więc także pełnomocnictwa. Wykonawca stwierdził, iż wypełnił wymagania zamawiającego zawarte w siwz i nie może ponosić negatywnych konsekwencji działania lub zaniechania zamawiającego. Wyjaśnił, iż na kopii pełnomocnictwa znajdują się dwa podpisy członków zarządu. Zakładając, iż pełnomocnictwo nie zostało złożone w wymaganej formie należy uznać, że nie zostało złożone, a zatem podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Ad. 2. Złożone w ofercie dokumenty potwierdzają wykonanie wskazanych w wykazie wykonanych usług zamówienia - w sposób zgodny z zamówieniem. Zauważył, że w ofercie przedstawiono też dodatkowe dokumenty, które w sposób jednoznaczny potwierdzają należyte wykonanie zamówień. W wykazie wykonanych usług wskazano zamówienia wykonane przez członków konsorcjum. W przypadku usług wykonanych przez Tekon złożono także potwierdzenia zapłaty faktur. Fakt zapłaty potwierdza ponad wszelką wątpliwość, że dana usługa została wykonana należycie. Niezależnie od powyższego, przedstawiono zestawienie wykonanych usług przez odbiorcę zamówienia.

Ad. 3. Odwołujący nie udowodnił, w ocenie przystępującego, iż zamawiający nie dokonał weryfikacji zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie

Konsorcjum Inkasenckiego. Wskazał, że pismem z dnia 7 lipca 2010 r. zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie uzasadnienia do zastrzeżenia jawności dokumentów w ofercie. Przystępujący w terminie złożył stosowne wyjaśnienie. Zdaniem przystępującego, dane osobowe spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk). Stanowią one szczególną wartość dla wykonawców uczestniczących w konsorcjum ze względu na charakter organizacyjny, a także posiadają wartość gospodarczą, podlegającą ochronie. Oświadczył, iż dane powyższe nigdy nie były udostępniane do wiadomości publicznej.

Zamawiający w dniu 26 lipca 2010 r. wniósł odpowiedź na odwołanie. W odpowiedzi zamawiający oświadczył, iż uwzględni część zarzutów odwołania, tj. w zakresie zaniechania:

1. wezwania Konsorcjum Inkasenckiego do uzupełnienia pełnomocnictwa,
2. wezwania Konsorcjum Inkasenckiego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należycie.

Zamawiający zapowiedział, iż dokona unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części zamówienia nr 11, 16 i 17 oraz dokona powtórnego badania i oceny ofert, a wykonawca zostanie wezwany do złożenia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp prawidłowego pełnomocnictwa oraz dokumentu potwierdzającego, że przedstawione wykazie usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Zamawiający wskazał, iż niesłusznie odwołujący kwestionuje możliwość uzupełnienia pełnomocnictwa – powołał się na orzecznictwo KIO.

Zamawiający wyjaśnił także, że udzielone przez konsorcjum wyjaśnienia na wezwanie z dnia 7 lipca 2010 r. potwierdziły zasadność zastrzeżenia jawności dokumentów. Podniósł, że odwołujący nie występował o udostępnienie oferty Konsorcjum Inkasenckiego, więc nie sposób uznać że zastrzeżenie informacji godzi w jakikolwiek interes odwołującego. W ocenie zamawiającego, wątpliwości może budzić kwestia zachowania terminu na wniesienie odwołania w zakresie tego zarzutu. Zdaniem zamawiającego, termin ten można liczyć od dnia otwarcia ofert albo od daty odmowy udostępnienia wykonawcy informacji zastrzeżonych w ofercie.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę wyjaśnienia stron i uczestnika postępowania złożone na rozprawie, zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania, stosownie do wymogów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z tym, iż postępowanie o przedmiotowe zamówienie wszczęto w dniu 26 maja 2010 r., tj. po dacie wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W toku rozprawy odwołujący odstąpił od popierania zarzutów, które zostały uwzględnione przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Z uwagi na powyższe, rozpoznaniu podlegał wyłącznie zarzut zawarty w pkt 3 odwołania, tj. zarzut dotyczący zaniechania przez zamawiającego zbadania skuteczności zastrzeżenia informacji zawartych w wykazie osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia oraz polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w ofercie przystępującego - wbrew art. 7 i art. 8 Pzp. Na podstawie treści uzasadnienia zarzutu, zawartej w odwołaniu, Izba uznała, że zarzut powyższy dotyczy m.in. braku zasadności zastrzeżenia informacji, które w ocenie odwołującego nie mogą być uznane za spełniające przesłanki z 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.).

Izba uznała powyższy zarzut w całości za niezasadny.

Przepis art. 8 Pzp wyraża generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, za zachowanie której odpowiedzialność spoczywa na zamawiającym. Zgodnie z przepisem art. 8 ust. 2 i 3 Pzp, zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy 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 one być udostępnione. Wykonawca nie może przy tym zastrzec informacji dotyczących nazwy (firmy) i adresu wykonawcy, ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie. Analiza przepisu art. 8 ust. 3 Pzp prowadzi do wniosku, że pozostałe elementy oferty wykonawcy może zastrzec, o ile zawierają one informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

W świetle ugruntowanego orzecznictwa, zamawiający jest zobowiązany do badania, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście stanowią tajemnicę w rozumieniu art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało zdefiniowane w art. 11 ust. 4 ww. ustawy. Zgodnie z jego brzmieniem „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 poufności”. Jak wynika z treści orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, poz. 59), wydanego na podstawie przywołanego przepisu, za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja (wiadomość), jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny, lub organizacyjny przedsiębiorstwa,
- 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, a także
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zamawiający dokonał badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W dniu 7 lipca 2010 r. zwrócił się do Konsorcjum Inkasenckiego o wyjaśnienie zasadności dokonanego w ofercie zastrzeżenia, a wykonawca złożył w dniu 8 lipca 2010 r. stosowne wyjaśnienie. Nie potwierdziła się zatem okoliczność, którą podnosił odwołujący, iż badanie uzasadnienia zastrzeżenia nie zostało przez zamawiającego przeprowadzone. Odwołujący wnosząc odwołanie nie zapoznał się z treścią ww. dokumentów, które, jak wyjaśnił zamawiający i przystępujący, nie zostały objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa w toku postępowania.

Izba uznała, że informacje zawarte w wykazie osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia oraz w polisie odpowiedzialności cywilnej, zastrzeżone w ofercie przystępującego, jako tajemnica przedsiębiorstwa wypełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby, dane zawarte w tych dokumentach stanowią wartość gospodarczą, która podlega ochronie, a przypadku ujawnienia na rzecz firm konkurencyjnych mogłaby być wykorzystana ze szkodą dla przystępującego. W szczególności Izba dała wiarę wyjaśnieniom przystępującego, iż często zdarza się, że osoby współpracujące z danym wykonawcą są „przejmowane” przez firmy konkurencyjne, co wpływa negatywnie na organizację danego przedsiębiorstwa, co zostało uprawdopodobnione przez oświadczenie Andrzeja A. z dnia 29 lipca 2010 r. złożone do akt sprawy, że w okresie ostatnich 3 miesięcy złożono mu propozycję przejścia do firmy konkurencyjnej zajmującej się działalnością tożsamą z prowadzoną przez Inkaspol Sp. z o.o. W warunkach konkurencji na rynku, oczywistym jest w ocenie Izby, że wykonawca może chronić dane osób, którymi dysponuje, gdyż jest to jeden z czynników decydujących o pozycji wykonawcy na rynku. Omawiany załącznik do oferty zawiera istotne dane

o charakterze organizacyjnym, tj. informacje o osobach, które będą zaangażowane w wykonywanie zamówienia, których poufność może mieć znaczenie z punktu widzenia konkurencyjności wykonawcy. Są to informacje obejmujące wiadomości przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa, a w szczególności do konkutowania na rynku danych usług. Ponadto, informacje zawarte w polisie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (m.in. wysokość sumy ubezpieczenia, wysokość opłacanej składki) stanowią istotne informacje o przedsiębiorstwie o charakterze gospodarczym, które posiadają wartość gospodarczą.

Zgodnie z oświadczeniem przystępującego, dane zawarte w omawianych dokumentach nie zostały wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej. Odwołujący w tym zakresie nie przeprowadził żadnego dowodu, pomimo, że obowiązek dowodzenia leży, zgodnie z art. 6 k.c., po jego stronie. Odwołujący nie przedstawił również żadnych dowodów, na potwierdzenie swojego stanowiska, że informacje objęte klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, zostały zastrzeżone w sposób nieuzasadniony. Wnioskowanie przez odwołującego wyłącznie z faktu, że w innym postępowaniu, prowadzonym 3 lata temu, przystępujący nie zastrzegł w ofercie informacji zawartych w wykazie osób (informacje tego samego rodzaju), Izba uznała za nieistotne dla rozpoznania niniejszej sprawy. Oceniając zasadność zastrzeżenia konkretnych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie sposób stosować analogii do stanu faktycznego w innym postępowaniu, w którym wykonawca uczestniczył, chyba że dotyczyłoby to tych samych informacji (tych samych osób wskazanych w wykazie). W każdym konkretnym przypadku ocena zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy, powinna być bowiem dokonywana indywidualnie i w odniesieniu do danych okoliczności sprawy.

Izba uznała, iż nie ujawnienie przez zamawiającego informacji, stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa, która została zastrzeżona w ofercie przez Konsorcjum Inkasenckie, nie narusza zasadny uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 7 Pzp), a wręcz przeciwnie - stanowi wyraz ochrony uprawnionych interesów tego podmiotu gospodarczego w postępowaniu przetargowym.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Pzp. W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....