

Sygn. akt KIO/UZP 1455/08

WYROK

z dnia 29 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Grzegorz Mazurek
Andrzej Niwicki

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ComArch S.A., Freesoft Plc, Al. Jana Pawła II 39A, 31- 864 Kraków** odwołania, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego - Centrala, Al. Niepodległości 190, 00- 608 Warszawa** protestu z dnia 24 listopada 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i unieważnia czynność odrzucenia wniosku odwołującego o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego - Centrala, Al. Niepodległości 190, 00- 608 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: ComArch S.A., Freesoft PlcAl. Jana Pawła II 39A, 31- 864 Kraków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego - Centrala, Al. Niepodległości 190, 00- 608 Warszawa** na rzecz **Konsorcjum: ComArch S.A., Freesoft PlcAl. Jana Pawła II 39A, 31- 864 Kraków,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 936 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ComArch S.A., Freesoft PlcAl. Jana Pawła II 39A, 31- 864 Kraków.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego – Centrala z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na eksploatację, modyfikację, serwis oraz prowadzenie prac rozwojowych systemów informatycznych wspomagających obsługę ubezpieczeń społecznych i zdrowotnych w KRUS. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2008/S 146-197007 z dnia 30.07.2008 r.

W dniu 17 listopada 2008 r. zamawiający poinformował Konsorcjum firm: ComArch S.A.(pełnomocnik wykonawców) z siedzibą w Krakowie oraz Freesoft Plc I/c Neumann Janos, z siedzibą w Budapeszcie (Republika Węgierska) zwane dalej Konsorcjum ComArch, o odrzuceniu wniosku złożonego przez Konsorcjum ComArch na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2007 Nr 223 poz.1655 ze zm.) zwanej dalej Pzp, gdyż jego złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na fakt, iż Konsorcjum ComArch złożyło wniosek, który w części dotyczącej wykazu wykonanych usług (rozdział 11 wniosku) został opatrzony klauzulą tajności jako zawierający informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisu art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz.15D3, ze zm.). Jako „drugą z nieprawidłowości” wniosku zamawiający wskazał złożenie pełnomocnictwa wystawionego przez Vilmosa V., które zostało opatrzony nieczytelnym podpisem, czy też parafą.

Konsorcjum ComArch wniosło protest na czynność odrzucenia złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz na zaniechanie zaproszenia Konsorcjum ComArch do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 51 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zaproszenia Konsorcjum ComArch do złożenia oferty, pomimo, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i powinien zostać zakwalifikowany do etapu składania ofert,
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez „odrzucenie” wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonego przez Konsorcjum ComArch, pomimo braku przesłanek do odrzucenia wniosku bądź wykluczenia Konsorcjum ComArch z postępowania, a w szczególności pomimo, że złożenie wniosku przez Konsorcjum ComArch nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a także pomimo spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum ComArch.

oraz wniósł o:

- ponowną ocenę wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonego przez Konsorcjum ComArch;
- unieważnienie czynności „odrzczenia” przez zamawiającego wniosku złożonego przez Konsorcjum ComArch;
- zaproszenie Konsorcjum ComArch do złożenia oferty.

Odwołujący stwierdził, że Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości „odrzczenia” wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Nawet w przypadku zastosowania do oceny wniosków przepisu dotyczącego ofert przez analogię, jedyną konsekwencją uznania przez zamawiającego, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa jest niezasadne, może być ujawnienie zastrzeżonych informacji. Zdaniem wykonawcy z orzecznictwa sądowego, orzecznictwa ZA, jak i aktualnego orzecznictwa KIO wynika, że zastrzeżenie tajemnicy, które nie spełniałoby wymagań ustawy Pzp, nie może być przesłanką do odrzucenia oferty, a więc tym bardziej „odrzczenia wniosku”. Na poparcie swego stanowiska wykonawca przytoczył treść uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), w której SN stwierdził, że jedyną konsekwencją uznania przez zamawiającego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jako zastrzeżenia niezasadnego może być tylko i wyłącznie ujawnienie tych informacji przez zamawiającego. Nie znajduje zastosowania ani art. 89 ust. 1 pkt 1, ani art. 89 ust. 1 pkt 2 ani art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp czy też inny przepis o odrzuceniu oferty, czy wykluczeniu wykonawcy. Jest to stanowisko powszechnie przyjmowane w orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych. W tym zakresie wykonawca nie zgodził się z opinią zamawiającego, który uzasadnienie swojej decyzji oparł na fragmentach glosy do tej uchwały.

Odnosząc się do kwestii zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa we wniosku, wykonawca podniósł, że informacje dotyczące projektu realizowanego dla Węgierskich Linii Kolejowych to informacje, w stosunku do których Freesoft Plc. jest zobowiązany do zachowania poufności, a w przypadku dalszych podmiotów, do podpisania z nimi stosownej umowy o poufności tych danych. Fakt, że projekt dla Węgierskich Linii Kolejowych był zamówieniem publicznym nie oznacza, że wszystkie informacje z nim związane muszą być jawne. Zastrzeżenie wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług obejmuje zbiór informacji. To, że wrywkowe informacje są publicznie jawne nie oznacza, że jawna jest ich całość. Podnoszone przez Zamawiającego argumenty dotyczące prawa węgierskiego są niezrozumiałe. Zarówno firma Freesoft Plc jak Węgierskie Linie Kolejowe działają w pełnej zgodności z prawem węgierskim.

Odnosząc się do kwestii nieczytelności podpisu zamieszczonego na pełnomocnictwie, wystawionym przez Vilmosa V., wykonawca podniósł, że zamawiający nie podał podstawy

prawnej ani też skutków prawnych tej "nieprawidłowości". Zamawiający nie wskazał czy wykluczył odwołującego z tego powodu z postępowania, czy odrzucił wniosek, czy też oczekuje uzupełnienia dokumentu, czy może jest to jedynie "dygresja" na temat pełnomocnictwa. Zidentyfikowanie osoby, która podpisała dokument jest nadzwyczaj proste - pełnomocnictwo jest dokumentem, zawierającym własnoręczny podpis Vilmosa V. Dokument zawiera tabelę - w jednej kolumnie jest czytelnie czcionką napisane imię i nazwisko osoby uprawnionej do wystawienia pełnomocnictwa, natomiast w drugiej - znajduje się własnoręczny podpis tej osoby.

Zamawiający oddalił protest w całości. Zamawiający stwierdził w uzasadnieniu, że w toku postępowania pismem z dnia 25 września 2008 r. zwrócił się do Konsorcjum ComArch na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp o wyjaśnienie uzasadnienia utajnienia części wniosku w oparciu o przywołane przepisy prawne. W odpowiedzi Konsorcjum ComArch wyjaśniło iż informacje zawarte w części zastrzeżonej wniosku należą w Spółce ComArch do danych poufnych do użytku wewnętrznego, co oznacza, że są to informacje, które wolno udostępniać każdej osobie będącej pracownikiem firmy oraz, że ustalenie takie wynika z zasad nazwanych Polityką Bezpieczeństwa ComArch S.A, które zostały opracowane na podstawie Systemu Zarządzania Bezpieczeństwem Informacji ISO 27001/2007. Zamawiający stwierdził, iż w ostatniej pozycji wykazu na 44 stronie wniosku, jako odbiorcę wykonanych usług wskazano Węgierskie Linie Kolejowe (Hungarian Railways) wraz z opisem, iż „projekt dotyczy publicznego sektora”. Zdaniem zamawiającego, skoro odbiorcą usług jest podmiot sektora publicznego, to tym samym zrealizowane na jego rzecz usługi muszą być podane do wiadomości powszechnej, zgodnie z obowiązującą zasadą przejrzystości finansów publicznych. Stąd informacji tej nie można zastrzec i przypisać jej przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie tych informacji jest bezwzględnie nieważne, a nadanie informacjom tym klauzuli tajności nie wywiera zamierzonego skutku prawnego. Zamawiający ustalił, iż zastrzeżone informacje zostały opublikowane w biuletynie służb publicznych pod adresem www.ted.europa.eu, i każdy może się z nimi zapoznać.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający przyjął, iż zastrzeżenie przez Konsorcjum ComArch jako tajne informacji, które zgodnie z przepisami prawa informacjami tajnymi nie mogły być, miało na celu pozbawienie pozostałych uczestników postępowania przetargowego możliwości zapoznania się z nimi, co wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk. Na poparcie swojego stanowiska zamawiający przywołał fragmenty glosy prof. Ryszarda Szostaka do uchwały SN z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05. Teza 111' 1 i nr 2, publ. Glosa z 2006 r., Nr 3, poz.119), oraz stanowisko prawne Jerzego Pieroga, który w komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdził, iż „Zastrzeżenie informacji, które zgodnie z przepisami o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie mogą być zastrzeżone, powinno skutkować odrzuceniem oferty".

Zamawiający stwierdził ponadto, że dokument pełnomocnictwa, dołączony do wniosku, wystawiony przez Vilmosa V. jest opatrzony nieczytelnym podpisem, czy też parafą. Forma dokumentu nie pozwala na zidentyfikowanie, czy osoba wskazana w tym dokumencie nakreśliła podpis. We wniosku brak jest jakiegokolwiek innego dokumentu, który zawierałby podpis, czy też parafę tej osoby, w celu porównania znaku graficznego nakreślonego na pełnomocnictwie, tak aby wykluczyć istniejącą po stronie zamawiającego niepewność. Zamawiający przywołał treść wyroku NSA w Warszawie z dnia 10 listopada 2006 r. sygn. akt II F8K 1144/05, z którego, zdaniem zamawiającego, wynika, że podpis powinien pozwolić zidentyfikować osobę, która się nim podpisuje. Podpis pod treścią pisma oznacza, bowiem nie tylko, że pismo zostało zakończone, ale przede wszystkim wskazuje na to, że treść pisma umieszczona ponad podpisem pochodzi od podpisanej osoby. Zamawiający przywołał także wyrok SN z dnia 8 maja 1997 r. sygn. akt CKN 153/97, z treści którego wynika, że konieczność własnoręcznego podpisu ma stworzyć możliwość udokumentowania nie tylko brzmienia nazwiska, ale i także charakteru pisma, by w ten sposób ułatwić orientację w rozpoznaniu osoby. Analizując nakreślony znak graficzny pod treścią pełnomocnictwa zamawiający uznał, że jest to jedynie parafa, której można przypisać charakter porządkowo-administracyjny. Nie jest to w żadnym razie podpis spełniający wymagania art. 78 ust. 1 Kodeksu cywilnego. Zamawiający podkreślił, że nie jest w posiadaniu żadnego dokumentu podpisanego przez Vilmos V., więc nie może przeprowadzić procedury porównawczej, która pozwoliłaby potwierdzić, że znak graficzny złożony pod pełnomocnictwem jest podpisem p. Viloms V..

W ocenie zamawiającego w przetargu ograniczonym na etapie składania wniosków jest prawnie dopuszczalne odrzucenie wniosku i w tym zakresie odpowiednie zastosowanie mają uregulowania Pzp dotyczące oferty, czemu dał wyraz Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005r sygn. akt III CZP 74/05.

Zamawiający wskazał, że wykaz wykonanych usług i referencji oraz wykaz osób, które zostały przewidziane do realizacji zamówienia, zgodnie z orzecznictwem KIO, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. W przypadku wniosku złożonego przez COMARCH zastrzeżenie zostało dokonane niezgodnie z prawem - "Tajemnicy przedsiębiorstwa nie może stanowić wiadomość ujawniona publicznie na stronie Wykonawcy" (sygn. akt. KIO/UZP 874/08).

Zamawiający stwierdził także, że dokonując oceny formalno-prawnej złożonych wniosków może poprawić błędy popełnione przez wykonawców w ściśle określony w ustawie sposób (art. 26, art. 87 Pzp). Zamawiający dokonał oceny złożonych przez Konsorcjum ComArch oświadczeń w zakresie utajnionych informacji i na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp dał

możliwość wykonawcy do weryfikacji utajnionych informacji wysyłając w dniu 25.09.2008r. prośbę o potwierdzenie utajnienia informacji w złożonym wniosku. Zamawiający uznał, że nie może poprawiać w tym zakresie błędów wykonawcy. Wykonawca potwierdził w dniu 2.10.2008r., że mimo zakwestionowania przez zamawiającego prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa podtrzymuje prawidłowość i zasadność ww. oświadczenia. Tym samym nie dał zamawiającemu możliwości odtajnienia tych informacji. Zamawiający stwierdził, że nie może działać wbrew oświadczeniom wykonawcy, gdyż zgodnie z art. 11 ust. 1 uoznk, przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa albo ich nabycie od osoby nieuprawnionej, jeżeli zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy jest czynem nieuczciwej konkurencji. Zamawiający naraża się w ten sposób na odpowiedzialność w reżimie prawa cywilnego, a także w sferze prawa karnego. Jednocześnie w sytuacji odtajnienia informacji przez zamawiającego wbrew oświadczeniom wykonawcy rozpatrywanie prawidłowości tej czynności przez Krajową Izbę Odwoławczą praktycznie staje się niezasadne, gdyż do czasu posiedzenia KIO z odtajnionymi informacjami może zapoznać się każdy. Tym samym wykonawcy pozostaje droga sądowa dochodzenia roszczeń, a odpowiedzialność zamawiającego zostaje rozszerzona. Prawidłowość działań zamawiającego potwierdza zdaniem zamawiającego m.in. wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 31 października 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/O.1281107).

Od oddalenia protestu Konsorcjum ComArch wniosło odwołanie do Prezesa UZP. W odwołaniu podtrzymano zarzuty podniesione w proteście. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez Konsorcjum ComArch, unieważnienia czynności „odrzućenia” wniosku Konsorcjum ComArch oraz zaproszenia Konsorcjum ComArch do złożenia oferty. Odwołujący w całości podtrzymał argumentację zawartą w proteście.

Ustosunkowując się do treści rozstrzygnięcia protestu odwołujący stwierdził, że ocena wniosków i ocena ofert są innymi etapami postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego. W ocenie odwołującego argumentacja zamawiającego zawarta w rozstrzygnięciu protestu jest nielogiczna. Zamawiający faktycznie ujawnił już informacje zastrzeżone przez Konsorcjum ComArch dotyczące projektu realizowanego dla Węgierskich Linii Kolejowych. W ocenie odwołującego linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej jest ugruntowana, przywołał. wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 255/08, uchwałę SN z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05. Odwołujący podniósł także, że zamawiający sam stwierdził, że dokument pełnomocnictwa „został wystawiony” przez Vilmosa V., co potwierdza, iż z treści przedłożonego pełnomocnictwa jasno wynika, że zawiera ono podpis osoby uprawnionej do reprezentacji Freesoft Plc. Odwołujący podniósł, że decyzje zamawiającego w

przedmiotowym postępowaniu są także opatrzone podpisem, który można uznać za parafę np. podpis p. Jadwigi B. -Przewodniczącej Komisji Przetargowej.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie dokumentacji zawartej w aktach sprawy oraz na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania i wyjaśnień stron złożonych na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Podjęta przez zamawiającego czynność odrzucenia wniosku odwołującego uniemożliwia ubieganie się przez Konsorcjum ComArch o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Izba uznała, że w tej sytuacji interes prawny Konsorcjum ComArch w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych w odwołaniu.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu liczbę 5 wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert. Konsorcjum ComArch, jako jeden z trzech wykonawców złożyło wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W rozdziale 10 wniosku (str. 41) zostało zawarte oświadczenie wykonawcy o treści: „Część niejawną wniosku stanowią: rozdział 11 – wykaz wykonanych usług, rozdz. 12 – dokumenty potwierdzające prawidłowe wykonanie usług, rozdział 13 – wykaz osób.” oraz „W niniejszej ofercie [...] informacje zawarte w rozdziałach 11, 12, 13 niniejszego wniosku, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) w związku z czym nie mogą być one ujawniane oraz nie mogą być udostępniane podmiotom trzecim.”

W dniu 25 września 2008 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z prośbą o „wyjaśnienie dlaczego (z jakich powodów) dokonali Państwo utajnienia części oferty w nawiązaniu do przywołanych przepisów prawnych” oraz złożenie wyjaśnień i deklaracji „czy wyrażają Państwo zgodę na odtajnienie powyższych informacji” do dnia 2 października 2008 r. do godz. 16:00.

W dniu 2 października 2008 r. Konsorcjum ComArch złożyło wyjaśnienia (pismo z dnia 1 października 2008 r.) w którym wykonawca podtrzymał dokonane zastrzeżenie jako

zasadne, wskazując, iż informacje zawarte w rozdziałach 11, 12 i 13 wniosku stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W dniu 17 listopada 2008 r. zamawiający odrzucił wniosek złożony przez Konsorcjum ComArch na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp uznając, iż jego złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający przyjął, że „zastrzeżenie przez konsorcjum jako tajne informacji, które zgodnie z przepisami prawa informacjami tajnymi nie mogą być miało na celu pozbawienie pozostałych uczestników postępowania przetargowego zapoznanie się z nimi, przy jednoczesnym założeniu, iż zamawiający nie dostrzeże wspomnianej nieprawidłowości, gdyż nie jest on na co dzień uczestnikiem rynku usług IT”, co wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji określone w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W szczególności zamawiający wskazał, iż bezpodstawne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczy informacji związanych z zamówieniem wykonanym na rzecz podmiotu sektora publicznego - Węgierskich Linii Kolejowych. Zamawiający stwierdził, że zgodnie z obowiązującą administrację węgierską zasadą przejrzystości finansów publicznych informacje powyższe muszą być podane do wiadomości publicznej.

W ocenie Izby, nie stanowi istotnego błędu w postępowaniu zamawiającego pośłukowe zastosowanie przepisu art. 89 Pzp dotyczącego przesłanek odrzucenia ofert jako podstawy do odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazują szczególnej procedury w odniesieniu do wniosków, a zatem stosując wykładnię celowościową należy przyjąć, że skoro wniosek stanowi oświadczenie woli wykonawcy w danym postępowaniu poprzedzające złożenie oferty na dalszym etapie postępowania, to w zakresie, w którym ustawa nie stanowi inaczej może mieć zastosowanie pośłukowo przepis dotyczący odrzucenia oferty.

Przepis art. 8 Pzp wyraża generalną zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, iż to zamawiający odpowiada za sposób przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami Prawa zamówień publicznych, w tym zgodnie z zasadą jawności postępowania. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to na zamawiającym ciąży obowiązek i odpowiedzialność za zachowanie tej zasady.

Przepis art. 8 ust. 2 Pzp zawiera uprawnienie zamawiającego do ograniczenia jawności informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak z uprawnienia tego zamawiający może skorzystać tylko w przypadkach określonych w ustawie. W ust. 3 powyższego przepisu ustawodawca zakazuje zamawiającemu udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca zastrzeże, nie później niż w

terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, że informacje te nie mogą być udostępnione.

W ocenie Izby z treści przepisu art. 8 Pzp, w szczególności z treści nakazu wyrażonego przez ustawodawcę „nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu [...]”. wynika obowiązek badania przez zamawiającego czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście tę tajemnicę stanowią w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający jest zobowiązany do samodzielnej oceny czy zachodzą przypadki określone w ustawie uprawniające do ograniczenia jawności.

W przypadku stwierdzenia, że zastrzeżenie tajności informacji jest bezpodstawne, zamawiający ma obowiązek odtajnić te informacje i udostępnić jako informacje jawne, informując o tym wykonawcę. Na tę czynność oraz na zaniechanie dokonania tej czynności przez zamawiającego w toku postępowania, uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia przysługują przewidziane w Pzp stosowne środki ochrony prawnej. Zauważyć przy tym należy, że do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia protestu wniesionego na czynność odtajnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa zamawiający, a zatem do momentu rozstrzygnięcia spornej kwestii nie powinien ujawniać zastrzeżonych informacji, co leży również w jego interesie zważywszy na możliwą odpowiedzialność za ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba w pełni podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05), która nadal zachowuje swoją aktualność, iż „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) -zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.” Dalej w uzasadnieniu uchwały Sąd Najwyższy stwierdził: "W konsekwencji uznać należy, że negatywna weryfikacja przez zamawiającego wystąpienia niezbędnej przesłanki ustawowej przesądzającej o skuteczności dokonania zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji (brak podstaw do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa) wywołuje tylko konsekwencje w postaci wyłączenia, przewidzianego w art. 96 ust. 4 zd. 1 PZP, zakazu ujawniania, bezzasadnie zastrzeżonych przez oferenta, informacji. Wynik negatywnej weryfikacji przez zamawiającego charakteru informacji, objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania, nie przesądza przecież o niezgodności oferty z ustawą; a dowodzi jedynie bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co wyłącza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. W konsekwencji oferta taka będzie

przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tyle że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także i te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania."

Z treści decyzji zamawiającego o odrzuceniu wniosku złożonego przez Konsorcjum ComArch oraz ze stanowiska zaprezentowanego w toku rozprawy wynika, że zamawiający nie dokonał jednoznacznej oceny czy i w jakim zakresie informacje zastrzeżone przez odwołującego rzeczywiście nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Z pewnością zamawiający uznał, iż informacje zastrzeżone przez Konsorcjum ComArch dotyczące zamówienia wykonanego na rzecz podmiotu sektora publicznego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, czemu dał wyraz w treści pisma z dnia 17 listopada 2008 r. Nie budzi wątpliwości Izby fakt, iż zamawiający w toku przedmiotowego postępowania nie dokonał stanowczej oceny skuteczności zastrzeżenia informacji przez odwołującego jako tajemnicy przedsiębiorstwa i nie podjął decyzji (czynności) o odtajnieniu lub uwzględnieniu przedmiotowego zastrzeżenia. Zamawiający nie przekazał bowiem odwołującemu jednoznacznego stanowiska w tym zakresie w toku postępowania. Zamawiający podjął w zamian inną decyzję - o odrzuceniu wniosku odwołującego - uznając, że złożenie tego wniosku stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba uznała, że powyższe działanie zamawiającego jest nieprawidłowe. W danym stanie faktycznym zamawiający miał obowiązek dokonania badania czy informacje zastrzeżone przez odwołującego jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście stanowią tę tajemnicę oraz w konsekwencji podjęcia decyzji o odtajnieniu informacji w przypadku uznania, że zastrzeżenie jest bezpodstawne i poinformowania o tej decyzji odwołującego.

Ocena dokonana przez zamawiającego, w zakresie wypełnienia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji przez działanie odwołującego, polegające na złożeniu wniosku, w którym zostały zastrzeżone informacje nie stanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k, nie zasługuje na uwzględnienie również z punktu widzenia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem Izby, zamawiający nie miał podstaw do stwierdzenia, iż odwołujący popełnił czyn nieuczciwej konkurencji, a zatem do odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na podstawie art. 89 ust. 3 Pzp.

Zgodnie z art. 3 ust 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z art. 1 i 2 u.z.n.k. czyn nieuczciwej konkurencji może zostać popełniony w obrocie gospodarczym (działalności gospodarczej). Dla wypełnienia dyspozycji przepisu art. 3 ust. 1 u.z.n.k. konieczne jest, aby zachowanie przedsiębiorcy naruszało lub zagrażało interesom wymienionym w art. 1 u.z.n.k. Działanie przedsiębiorcy musi być bezprawne tzn. kolidować z przepisami prawa lub sprzeczne z dobrymi obyczajami. Nie chodzi przy tym o pojęcie ogólne dobrych obyczajów, ale o obyczaje kupieckie, a więc

tylko obyczaje dotyczące obrotu gospodarczego i tylko te, które są uczciwe. Za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać naruszenie prawa, jeśli dzięki temu naruszeniu dopuszczający się go przedsiębiorca uzyskuje korzyści w sferze gospodarczej, w szczególności uzyskuje przewagę nad swymi konkurentami, wskutek czego zaczyna zagrażać ich interesom lub interesom ich klientów albo je narusza.

W ocenie Izby „zastrzeżenie przez konsorcjum jako tajne informacji, które zgodnie z przepisami prawa informacjami tajnymi nie mogą być miało na celu pozbawienie pozostałych uczestników postępowania przetargowego zapoznanie się z nimi, przy jednoczesnym założeniu, iż zamawiający nie dostrzeże wspomnianej nieprawidłowości, gdyż nie jest on na co dzień uczestnikiem rynku usług IT”, co stwierdził zamawiający w decyzji o odrzuceniu wniosku odwołującego, nie wyczerpuje przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji. W szczególności w toku postępowania zamawiający nie wykazał, że zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa jest sprzeczne z przepisami prawa lub dobrymi obyczajami kupieckimi. Zamawiający nie wykazał również w jaki sposób zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, nawet jeśli nie stanowi ona tajemnicy w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, doprowadziło do uzyskania przez wykonawcę korzyści w sferze gospodarczej i w jaki sposób zagraża interesom gospodarczym innych wykonawców lub je narusza.

W świetle powyższego Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez odrzucenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożonego przez Konsorcjum ComArch oraz przez uznanie, że jego złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zastrzeżenie części wniosku jako informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego stwierdzenia przez zamawiającego, jako nieprawidłowości we wniosku złożonym przez Konsorcjum ComArch, nieczytelności podpisu, złożonego na dokumencie pełnomocnictwa wystawionego przez p. Vilmosa Vaspal oraz braku możliwości zidentyfikowania przez zamawiającego czy osoba wskazana w tym dokumencie złożyła dany podpis, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że treść dokumentu pełnomocnictwa zawartego we wniosku złożonym przez Konsorcjum ComArch, wystawionego w Budapeszcie w dniu 21 sierpnia 2008 r. wskazuje, w sposób jednoznaczny, że pełnomocnictwo zostało udzielone przez p. Vilmosa V., który został wskazany w pełnomocnictwie jako osoba upoważniona do podpisania tego dokumentu w imieniu Spółki FreeSoft Plc. Z załączonego do wniosku aktualnego wypisu z rejestru firm wynika, iż p. Vilmos V. jest osobą uprawnioną do samodzielnej reprezentacji Spółki. Podpis złożony na dokumencie w formie nieczytelnej został umieszczony po prawej stronie, na dole ostatniej (drugiej) strony dokumentu, w miejscu opisanym jako „podpis osoby upoważnionej do

podpisania pełnomocnictwa w imieniu Spółki” wraz z pieczęcią firmową Spółki. Jednocześnie po prawej stronie umieszczono imię i nazwisko „Vilmos V.”, w miejscu opisanym jako „imię i nazwisko osoby upoważnionej do podpisania pełnomocnictwa w imieniu Spółki”.

W ocenie Izby, zamawiający w sposób nieuzasadniony uznał, iż forma złożenia podpisu na dokumencie pełnomocnictwa jest nieprawidłowa. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie wymagają od wykonawców dołączania do wniosków lub ofert wzorów podpisów, ani też udowodnienia w jakikolwiek inny sposób autentyczności podpisu. Wskazanie w sposób czytelny imienia i nazwiska osoby oraz złożenie przy tym nieczytelnego podpisu czyni zadość wymaganiom w zakresie prawidłowości złożenia oświadczenia w formie pisemnej przez osobę wskazaną w treści dokumentu. Odwołujący w toku postępowania złożył dokument ze wzorem podpisu Vilmosa V. oraz kopie dowodu osobistego, które to dokumenty niezbicie potwierdzają autentyczność podpisu. Udowodnienie braku autentyczności podpisu ciąży na osobie, która na ten fakt się powołuje i wywodzi z tego faktu skutki prawne (art. 6 k.c.).

W trakcie rozprawy zamawiający wyjaśnił, że nie dokonał dotychczas oceny spełniania przez Konsorcjum ComArch warunków udziału w postępowaniu. Z uwagi na powyższe Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 51 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zaproszenia Konsorcjum ComArch do złożenia oferty, pomimo, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zarzut powyższy należy uznać za przedwczesny, gdyż dotyczy on czynności, która nie została jeszcze dokonana przez zamawiającego.

W toku postępowania Izba nie dokonywała oceny zasadności uznania i zastrzeżenia przez odwołującego we wniosku informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na fakt, iż protest i odwołanie zostały wniesione wobec czynności odrzucenia wniosku. Czynność badania i oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy do obowiązków zamawiającego i została pominięta w przedmiotowym postępowaniu przez zamawiającego, ponieważ zamawiający nie podjął decyzji ani o odtajnieniu informacji zastrzeżonych przez odwołującego ani też o uwzględnieniu zastrzeżenia jako skuteczne. Zważywszy, że potwierdził się zarzut dotyczący niezasadnego odrzucenia przez zamawiającego wniosku złożonego przez Konsorcjum ComArch na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający jest zobowiązany dokonać w sposób formalny czynności badania wniosku odwołującego w zakresie skuteczności i zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz podania stosownej decyzji do wiadomości odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a oraz ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 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 r. (Dz U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....