

WYROK

z dnia 21 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Mateusz Michalec

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **13 lutego 2012 r.** przez wykonawcę: **Rotor Parts On Line S.A.S. 46 rue de la Maison Rouge 77185 Lognes Francja**, reprezentowanego przez: radcę prawnego **Krzysztofa Wójcika** adres dla doręczeń: **Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Sp.k. ul. Sobieskiego 104 lok.44, 00 - 764 Warszawa**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Lotnicze Pogotowie Ratunkowe ul. Książycowa 5, 01-934 Warszawa**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Rotor Parts On Line S.A.S. 46 rue de la Maison Rouge 77185 Lognes Francja**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 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

1

terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę części zamiennych do śmigłowców typu EC 135 P2+” (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej Nr 2011/S 213- 347750 z 5.11.2011 r.), w dniu 13 lutego 2012 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: Rotor Parts On Line S.A.S. z siedzibą w Lognes, Francja, w kopii przekazane w tym samym terminie zamawiającemu.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec czynności zamawiającego: Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Lotnicze Pogotowie Ratunkowe w Warszawie - odmowy wglądu do pełnej treści oferty złożonej przez wykonawcę: BRJ International LLC, o czym odwołujący został powiadomiony w dniu 2 lutego 2012 r. oraz od odmowy wglądu do oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o czym odwołujący został powiadomiony w dniu 10 lutego 2012 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), tj.:

1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez zapewnienie wykonawcy BRJ International LLC ochrony informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co narusza zasadę konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2) art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez nieujawnienie informacji przedstawionych przez wykonawcę BRJ International LLC, a niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co narusza zasadę jawności postępowania;
3) art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, przez nieujawnienie i nieudostępnienie pełnej treści oferty złożonej przez wykonawcę BRJ International LLC i towarzyszących jej dokumentów od chwili jej otwarcia.

Jednocześnie zarzucił zamawiającemu, iż przez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, naruszone zostały w szczególności następujące przepisy tej ustawy:

1) art. 7 ust. 1 Pzp, przez uniemożliwienie pozostałym wykonawcom pełnej weryfikacji ofert - złożonych przez konkurentów, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego

3

traktowania wykonawców;

2) art. 8 ust. 1 i 2 Pzp, przez nieujawnienie treści oświadczeń i dokumentów, które w świetle ustawy Pzp są jawne od chwili ich otwarcia, co narusza zasadę jawności postępowania;

3) art. 96 ust. 3 Pzp, przez nieujawnienie i nieudostępnienie pełnej treści złożonych przez wykonawców ofert, od chwili ich otwarcia.

Powołując się na legitymację do skarżenia zaniechań zamawiającego odwołujący wnosil o:

1. nakazanie zamawiającemu ujawnienia pełnej treści oferty złożonej przez wykonawcę BRJ International LLC i towarzyszących jej dokumentów;

2. nakazanie zamawiającemu ujawnienia i udostępnienia treści oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;

3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym wynagrodzeniem pełnomocnika odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ważną ofertę na jego wykonanie, zaś w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp interes odwołującego doznał uszczerbku. W wyniku bezprawnego zaniechania czynności, odwołujący nie może skorzystać z przysługujących mu praw równego traktowania wykonawców oraz jawności postępowania - a w szczególności dokonać weryfikacji ofert konkurencyjnych. Ponadto uznał swoje stanowisko za zasadne z uwagi na konieczność kontroli legalności dokonywanych przez zamawiającego czynności na każdym etapie postępowania.

Dalej odwołujący wyjaśniał, że w wyznaczonym przez zamawiającego terminie składania ofert, oferty na wykonanie przedmiotu zamówienia zostały złożone m.in. przez odwołującego oraz spółkę prawa amerykańskiego BRJ International LLC. Wykonawca ten zastrzegł część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W dniu 2 lutego 2012 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie ofert złożonych w niniejszym postępowaniu (oraz pismem z dnia 24 stycznia 2012 r.).

W odpowiedzi na ww. wniosek o udostępnienie treści ofert, zamawiający pismem z dnia 2 lutego 2012 r. poinformował odwołującego, iż przekaże on kopie ofert w wersji elektronicznej (zeskanowane dokumenty zostaną przesłane mailem). Jednocześnie zamawiający wskazał, iż z uwagi na fakt, że firma BRJ International LLC zastrzegła część

4

złożonych dokumentów jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w chwili obecnej (tj. w dniu 2 lutego 2012 r.) nie mogą być one udostępnione. Zamawiający informował, że jest w trakcie badania,

czy zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podkreślił, że w przypadku stwierdzenia, że zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, zamawiający odtajni dokumenty i niezwłocznie przekaze odwołującemu informację o odtajnieniu dokumentów oraz przekaze kopię tych dokumentów.

W nawiązaniu do powyższego pisma zamawiającego oraz w związku z upływającym terminem do wniesienia niniejszego odwołania, odwołujący pismem z dnia 7 lutego 2012 r. przedstawił zamawiającemu swoje stanowisko, wskazując, że w jego ocenie, utajnienie części oferty złożonej przez BRJ International LLC było bezzasadne, w związku z czym oferta tego wykonawcy powinna zostać ujawniona w całości.

W dalszej kolejności, pismem z dnia 9 lutego 2012 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego m.in. o wskazanie, czy zamawiający dokonał czynności polegających na wezwaniu poszczególnych wykonawców do uzupełnienia brakujących dokumentów w złożonych ofertach - w przypadku tych wykonawców, których oferty były niekompletne. W razie odpowiedzi pozytywnej, odwołujący wniósł o przekazanie pełnej informacji w tym zakresie, tj. kopii korespondencji.

W odpowiedzi na ww. pismo, zamawiający pismem z dnia 10 lutego 2012 r. poinformował odwołującego, że zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp, załączniki do protokołu udostępnia się dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania. W związku z powyższym, w ocenie zamawiającego, nie może on udostępnić odwołującemu korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z wykonawcami.

W uzasadnieniu prawnym zgłoszonych zarzutów i żądań, odwołujący wskazał, że chociaż ustawodawca nie zastrzegł terminu na dokonanie przez zamawiającego czynności udostępnienia pełnej treści oferty i towarzyszących jej dokumentów, nie ulega wątpliwości, biorąc pod uwagę art. 8 Pzp, że treść ofert jest jawna od chwili ich otwarcia, zatem zamawiający bezzwłocznie winien dokonać czynności ustalenia i wyjaśnienia czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Odmawianie przez zamawiającego zajęcia stanowiska w przedmiocie odtajnienia części oferty wykonawcy, lub pozorne wskazywanie terminu jej dokonania poczytał za zaniechanie dokonania czynności ustalenia czy klauzula tajemnicy przedsiębiorstwa została słusznie nałożona na część oferty wykonawcy (wyrok KIO z dnia 17 maja 2011 r. sygn. akt KIO 968/11). Według wiedzy odwołującego, pomimo składanych pism z dnia 2 lutego 2012 r. oraz z dnia 7 lutego 2012 r., zamawiający dotychczas nie przeprowadził ww. czynności.

Zdaniem odwołującego, zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez spółkę BRJ International LLC nie jest skuteczne, bowiem utajnione dokumenty nie spełniają

definicji tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis ten stanowi, że 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. Powszechnie przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, kiedy dotyczy najogólniej rozumianych sposobów wytwarzania, np. formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa. Natomiast informacja handlowa obejmuje, najogólniej ujmując, całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, nie związanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym.

Podkreślał, że dla uznania prawidłowości dokonanego zastrzeżenia niezbędne jest łączne spełnienie przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć też charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) to na zamawiającym spoczywa obowiązek zbadania, czy zastrzeżenie dokonane przez wykonawców jest zgodne z prawem.

W ocenie odwołującego, ciężar udowodnienia, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takie zastrzeżenie czyni. Skoro wykonawca dokonuje zastrzeżenia i czynność ta musi zostać oceniona przez zamawiającego pod względem jej skuteczności, za oczywiste przyjął, że wykonawca jest obowiązany

wykazać, iż podjął przewidziane ustawą działania zmierzające do zachowania poufności zastrzeżonych informacji, (por wyrok KIO z dnia 11 maja 2011 r. sygn. akt KIO 399/11). Powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, że nie jest dopuszczalne zastrzeganie tej części dokumentów i informacji, która dotyczy potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu, (por. np. wyrok KIO z dnia 6.12.2010 r. sygn. akt KIO 2493/10, 2494/10 i 2496/10, wyrok KIO z dnia 24 lutego 2011r. sygn. akt KIO 292/11 i inne).

Analiza wymienionych jako załączniki do oferty BRJ International LLC dokumentów, których wydania zamawiający powołując się na zastrzeżenie BRJ International LLC - odmówił, prowadzi do wniosku, iż niemal wszystkie potwierdzają warunki udziału w postępowaniu.

I tak stwierdzają, iż:

- (i) wykonawca istnieje - został założony i posiada podmiotowość prawną pozwalającą mu na ubieganie się o udzielenie zamówienia (zaświadczenie o założeniu spółki, umowa spółki);
- (ii) istnieją organy uprawnione do reprezentacji wykonawcy, zaś oferta została złożona przez taki organ, zgodnie z zasadami jego działania (umowa spółki, apostille - sposób

6

reprezentacji);

- (iii) nie istnieją przesłanki negatywne - przewidziane w przepisach prawa - wykonawca realizuje swe obowiązki publicznoprawne, nie został postawiony w stan upadłości czy likwidacji, nie został wobec niego orzeczony zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne itp.;

- (iv) zostało wniesione wadium.

Uznał, że powyższe wyliczenie, w świetle powołanego wyżej orzecznictwa, samo w sobie prowadzi do wniosku, że zastrzeżenie przez wykonawcę w tym zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być skuteczne, zaś złożone przez niego dokumenty podlegają ujawnieniu.

Niezależnie od powyższego, nie dopatrzył się, aby zastrzeżone dokumenty spełniały przesłanki definicji tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stanowią one bowiem w większości informacje, które nie mogą mieć jakiegokolwiek wartości gospodarczej, nie będąc żadną unikatową wiedzą, którą posłużyć może się inny, zwłaszcza konkurencyjny podmiot, w celu osiągnięcia korzyści gospodarczych dla siebie. W dużej części nadto, dane te są publicznie ujawniane, zaś w żadnym wypadku nie można ich uznać za objęte szczególną ochroną przedsiębiorcy.

W odniesieniu do dokumentu o nazwie: „Formularz cenowy,” który również został objęty przez BRJ International LLC tajemnicą przedsiębiorstwa, zauważył, iż dokument ten zawiera treść i formę przewidzianą SIWZ. Stanowi więc wyszczególnienie, będących przedmiotem oferty części wraz ze wskazaniem cen jednostkowych, które następnie składają się na ogólną cenę, która stanowi przesłankę porównania i oceny ofert. Dokument ten dla odwołującego, jak zaznaczył - stanowi niezwykle istotny element oceny prawidłowości złożonej oferty, ewentualnego dumpingu cenowego. W istocie dokument ten będzie stanowił określenie ceny, po jakiej zamawiający nabywał będzie części zamienne.

Zauważył, że zastrzeżony dokument nie zawiera żadnych algorytmów, ani też żadnych wskaźników, które pozwalałyby rzeczywiście uznać go, za „politykę cenową,” jak pragnie go określać wykonawca. Powszechnie przyjmuje się w orzecznictwie, że dobrem chronionym tajemnicą przedsiębiorstwa jest know-how, w tym w zakresie ustalania cen. Trudno jednak doszukiwać się jakiegokolwiek know-how w prostym wyszczególnieniu cen za poszczególne towary nie zawierającym w swej treści metodologii ich ustalania. Argumentował, że zastrzeganie cenowego była przedmiotem kwestia formularza orzecznictwa KIO, gdzie wyraźnie stwierdza się o bezzasadności rozciągania klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa na tego typu dokumenty. Przytoczył też wyrok z dnia 7 czerwca 2011 r. sygn. akt KIO 1072/11 gdzie Izba stwierdziła: „Nie można również uznać za uzasadnione zastrzeżenie formularza cenowego przez Asseco Poland S.A. i NetLine Group Sp. z o.o. Wykonawcy Ci nie wykazali, jaką wartość handlową przedstawia zestawienie

7

jednostkowych cen urządzeń i usług składających się na przedmiot zamówienia, a stwierdzenie przez Asseco Poland S.A., że ich ujawnienie może prowadzić do poznania

polityki cenowej wykonawcy przez konkurencyjne podmioty, nie stanowi wystarczającego uzasadnienia. Wskazać w tym miejscu należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa." Wyrok z dnia 8 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 152/11, KIO 158/11, uznający za niezasadne zastrzeżenie między innymi harmonogramu rzeczowo-finansowego i rozbiecia cenowego. Ponadto, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podnosi się, że kierując się zasadą jawności postępowania i tym samym prawem każdego wykonawcy do złożenia wniosku o udostępnienie dokumentacji przetargowej należy wskazać, że odwołujący posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej, gdyż odmowa dostępu, tj. respektowanie przez zamawiającego zastrzeżenia poszczególnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa uniemożliwia weryfikację oferty konkurencyjnej (wyrok KIO z dnia 21.06.2011r., sygn. akt KIO 1195/11). W związku z powyższym przytoczonym orzecznictwem, odwołujący stwierdził, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez spółkę BRJ International LLC nie jest skuteczne, a zatem uzasadniające wniosek o nakazanie zamawiającemu ujawnienia pełnej treści oferty złożonej przez wykonawcę BRJ International LLC i towarzyszących jej dokumentów.

Odwołujący przypomniał, że w świetle art. 96 ust. 2 ustawy Pzp oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Z kolei zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia.

Mając na uwadze treść powołanych powyżej przepisów odwołujący doszedł do przekonania, iż ustawodawca przewiduje dwa etapy (momenty) jawności protokołu z postępowania. Pierwszy z nich dotyczy dokumentacji przetargowej sporządzanej przez zamawiających. Dokumenty sporządzane przez zamawiających w tym zakresie, poczytał za jawne od chwili wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia prowadzonego postępowania. Z kolei druga kategoria dokumentów dotyczy ofert składanych przez wykonawców, które są jawne i podlegają udostępnieniu od chwili ich otwarcia.

Zwracał uwagę na fakt, iż w systemie zamówień publicznych pojęcie „oferta” jest

traktowane funkcjonalnie i odnosi się do oświadczenia woli składanego przez wykonawcę oraz składanych wraz z tym oświadczeniem załączników. Zgodnie z przedstawioną powyżej definicją pojęcia „oferta” w rozumieniu Pzp, nie ulega wątpliwości, zdaniem odwołującego, iż na zasadzie art. 96 ust. 3 Pzp od chwili otwarcia udostępnia się oferty złożone przez wykonawców wraz ze wszystkimi załącznikami. Wyjątkowo, nie podlega ujawnieniu treść ofert lub jej załączników, która stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co do której wykonawca zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane (art. 8 ust. 3 Pzp).

Przedstawione twierdzenia, odwołujący wsparł dalszym przytaczanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie wskazuje się, iż jakkolwiek złożone w postępowaniu oferty stanowią załączniki do protokołu, to możliwość zapoznania się z nimi istnieje od momentu ich otwarcia. Sam protokół oraz te załączniki, które nie pochodzą od uczestników postępowania i są generowane przez zamawiającego, zawierają reasumpcję czynności zamawiającego i dokonanej przez niego oceny ofert i jako takie znajdują odzwierciedlenie w informacji podawanej wykonawcom w ramach rozstrzygnięcia postępowania (wyrok KIO z dnia 11.07.2011 r., sygn. akt KIO 1368/11). Ponadto podkreślał, że art. 96 ust. 3 Pzp wskazuje, że odroczony jest moment ujawnienia załączników do protokołu, nie zaś załączniki do oferty. Powyższe wynika również z powszechnie aprobowanego stwierdzenia, iż załączniki do oferty stanowią jej integralną część. Wywodził, że instytucja uregulowana w art. 26 ust. 3 Pzp, dotyczy wezwania do uzupełnienia lub poprawienia ofert przez wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo

którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp zawierające błędy, lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa. Mając na uwadze wskazany powyżej zakres zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, za bezspeczne poczytał, że dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawców w odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, stanowią wprost część oferty uprzednio złożonej przez wykonawców lub załączniki do przedmiotowej oferty.

Mając na uwadze powyższe rozważania na gruncie art. 26 ust. 3 Pzp oraz pojęcia „oferty,” za uzasadniony uznał pogląd, iż oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp stanowią integralną część oferty na wykonanie przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, oświadczenia i dokumenty - składane w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia braków lub poprawienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp powinny być traktowane jako treść ofert. W tym zakresie, w ocenie odwołującego, na zasadzie art. 96 ust. 3 Pzp przedmiotowe oświadczenia i dokumenty stanowiące część oferty wykonawcy, powinny być udostępniane od chwili ich otwarcia.

9

Powolał się na potwierdzenie tego stanowiska w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie podkreśla się, że interpretacja art. 96 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą załączniki do protokołu postępowania, w tym wezwanie skierowane do wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, udostępnia się dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawcy mogliby zapoznać się z istotnymi dla oceny wniosków dokumentami w momencie, w którym upłynęłyby już terminy do wnoszenia środków ochrony prawnej na samą czynność oceny wniosków (wyrok KIO z dnia 14.01.2011r. KIO/UZP 2818/10; KIO/UZP 2822/10).

Ponadto podnosił, że nieudostępnienie oświadczeń i dokumentów składanych w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, naruszając zasadę jawności, uniemożliwia innym wykonawcom weryfikację ofert konkurencyjnych. Natomiast przyjęta przez zamawiającego interpretacja art. 96 ust. 3 Pzp może prowadzić do nadużyć ze strony wykonawców w celu uniemożliwienia dostępu innym wykonawców do złożonej przez siebie oferty. W takim wypadku nadużywający wykonawca mógłby złożyć niekompletną ofertę, oczekując na wezwanie zamawiającego do jej uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Z kolei po ich złożeniu, zamawiający nie mógłby ich udostępnić innym wykonawcom do chwili wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnienia postępowania, z uwagi na treść art. 96 ust. 3 Pzp. Przedstawiona sytuacja byłaby sprzeczna zarówno z zasadą równego traktowania wykonawców, zasadą uczciwej konkurencji, jak również z zasadą jawności i przejrzystości postępowania, przez co w ocenie odwołującego nie zasługuje na aprobatę. Ponadto, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podnosi się, że kierując się zasadą jawności postępowania i tym samym prawem każdego wykonawcy do złożenia wniosku o udostępnienie dokumentacji przetargowej wskazywał, że posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej, gdyż odmowa dostępu, tj. respektowanie przez zamawiającego zastrzeżenia poszczególnych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa uniemożliwia weryfikację oferty konkurencyjnej (wyrok KIO z dnia 21.06.2011 r., sygn. akt KIO 1195/11). W związku z powyższym odwołujący podnosił, że dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp stanowią część oferty składanej przez wykonawców i powinny być udostępniane od chwili ich otwarcia. W konsekwencji, za uzasadniony uznał wniosek o nakazanie zamawiającemu ujawnienia i udostępnienia treści oświadczeń i dokumentów złożonych przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. Wnosił o uwzględnienie odwołania, gdyż zarzucane naruszenia przepisów Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 14 lutego 2012 r. do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia w terminie ustawowym żaden wykonawca.

10

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie do protokołu rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, że nie zachodzą podstawy do ujawnienia dokumentów oferty wykonawcy BRJ International LLC w odniesieniu do umowy spółki. A ponadto uznał za niezasadne żądania

udostępnienia odwołującemu korespondencji z wykonawcami dotyczącej uzupełniania dokumentów, stanowiącymi załączniki do protokołu postępowania - ujawniane w myśl art. 96 ust. 3 ustawy Pzp po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu przetargu. Podnosił, że odwołujący nie ma interesu do skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Zamawiający nie dokonał wyboru oferty, wobec czego interes odwołującego nie został naruszony, ani nie wykazał odwołujący możliwości poniesienia szkody. Zamawiający wyjaśniał, że na moment wniesienia odwołania - był w trakcie czynności ustalania czy oferta wykonawcy BRJ International LLC została w części niejawnie skutecznie zastrzeżona. Zwrócił się do BRJ International LLC pismem z 6 lutego 2012 r. wyznaczając termin do 10 lutego 2012 r. W tym też terminie występował o udostępnienie dokumentów ofert gdzie stwierdził braki i wyznaczył wykonawcom na uzupełnienie termin do 10 lutego 2012 r. Po upływie terminu na uzupełnienie dokumentów zebrała się komisja przetargowa, która dokonała oceny wyjaśnień i dokumentów, w tym w zakresie odtajnienia oferty BRJ International LLC, a 11 i 12 lutego 2012 r. przypadła na sobotę i niedzielę. Z powyższego zamawiający wywodził, że podjął czynności natychmiastowo, w możliwie najwcześniejszym terminie.

Zamawiający stwierdził, że przedstawienie umowy spółki przez wykonawcę BRJ International LLC nie było wymagane dla wykazania braku podstaw do wykluczenia tego wykonawcy gdyż osoby, które podpisały ofertę były umocowane do tej czynności w imieniu wykonawcy BRJ International LLC, a wynikało to z innych dokumentów załączonych do oferty, tj. oświadczenia na stronie 92 sekretarza stanu Delaware, że BRJ International LLC została utworzona zgodnie z prawem tego stanu na dzień 17 sierpnia 2011 r. Spółka posiada osobowość prawną i terminowo wypełnia zobowiązania. Na stronie 93 jest oświadczenie o założeniu BRJ International LLC z odnotowaniem faktu jej rejestracji i utworzeniem siedziby. Na stronie 128 oferty zawarto dokument, z którego wynika sposób reprezentacji spółki przez osoby uprawnione. Oferta została podpisana przez obydwie osoby uprawnione do reprezentacji spółki. Zamawiający stwierdził, że jego prawem i obowiązkiem jest badanie ofert złożonych w postępowaniu o czym wykonawca był informowany. Zamawiający uznawał odwołanie za przedwczesne, gdyż w dacie jego wniesienia był trakcie przeprowadzania czynności, a więc nie dopuścił się zaniechania. Zamawiający powołując się na stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w wyroku z 30 czerwca 2011 r. o sygn. akt II CSK 282/10, wyjaśniał, że pojęcie „niezwłocznie” nie oznacza natychmiast. Termin „niezwłocznie” oznacza termin realny mający na względzie okoliczności danego miejsca i czasu.

Zamawiający uwzględniając fakt, że prowadzi równolegle inne postępowania przy

11

zaangażowaniu tych samych osób, nie był w stanie natychmiastowo odnieść się do żądań odwołującego. Mimo, że zamawiającemu zależy na nabyciu brakujących części, aby śmigłowce były sprawne, to biorąc pod uwagę możliwości organizacyjne zamawiającego samo sporządzenie dokumentacji udostępnionej wykonawcom (tj. w formie skanów) przekazywanych elektronicznie wymagało zaangażowania czasowego. Zamawiający powołał się na przepis § 5 ust 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458), który mówi, że w celu zapewnienia sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert zamawiający w wyjątkowych wypadkach udostępnia oferty lub przesyła ich kopie w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż w dniu przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zatem prawo dopuszcza takie rozwiązanie, aby nawet oferty zostały udostępnione nie natychmiast po ich otwarciu, jak stanowi art. 96 ust. 3 Pzp, ale w późniejszym terminie, mimo tego zamawiający starał się to uczynić najwcześniej jak mógł.

Skoro przepis stanowi, że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia to w odniesieniu do dokumentów uzupełnianych nie ma momentu ich otwarcia. Zdaniem zamawiającego, z zakresu przedmiotowego dokumentów określonych w art. 96 ust 2 Pzp nie zostały wyłączone dokumenty składane w uzupełnieniu oferty, a zatem stanowią one załączniki do protokołu podlegające udostępnieniu jak stanowi przywoływany przepis - po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Interpretacje odwołującego, iż dokumenty uzupełniane w trybie art. 26 ust 3 Pzp nie mają takiego charakteru o jakim mówi przepis art. 96 ust 2 tej ustawy, zamawiający poczytał za nieuprawnione. Podkreślał, że przedstawiona umowa spółki w ofercie BRJ zawiera dane odnośnie środków finansowych. Odpis z KRS składany jest na okoliczność, że

podmiot istnieje i jest uprawniony do występowania w obrocie prawnym, posiada organy go reprezentujące i dokument z KRS określa sposób reprezentacji i wskazuje osoby uprawnione. Inne dokumenty w odniesieniu do wykonawców zagranicznych zostały określone w wyszczególnieniu dokumentów jakich może wymagać zamawiający wraz ze wskazaniem okoliczności, które mają potwierdzać, a umowa spółki nie była żądana.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, protokołu postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty wykonawcy BRJ International LLC, pism odwołującego o odtajnienie oferty BRJ International LLC i o udostępnienie dokumentów wraz z odpowiedziami zamawiającego, wezwań do wykonawców o uzupełnienie ich ofert razem z udzielonymi odpowiedziami, pisma o

12

udzielenie wyjaśnień i udzielonej odpowiedzi formy BRJ.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła co następuje.

Przedmiot zamówienia stanowi: „Dostawa części zamiennych do śmigłowców typu EC 135 P2+.” Zamówienie jest podzielone na 8 części. Wykonawca mógł złożyć ofertę na jedną lub więcej części zamówienia.

Według danych formularza ofertowego zał. nr 1 do SIWZ pkt 10 - wykonawca był zobowiązany oznaczyć strony w ofercie, które obejmuje tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ofercie BRJ International LLC jako zastrzeżone podano strony od 8 do 148 oferty, zgodnie ze spisem treści obejmujące:

- formularz cenowy część 1-8 zamówienia, str. 8-91,
- oświadczenia o założeniu spółki wraz z tłumaczeniami, str. 92-97,
- umowę spółki, str. 98-125 wraz z tłumaczeniami,
- dokumenty obrazujące sposób reprezentacji spółki wraz z tłumaczeniami, apostille, str. 126-131,
- zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu podatków, zaświadczenia i oświadczenia o niekaralności str. 132-147,
- dowód wpłaty wadium str. 148,

Wraz z adnotacją, że wskazane strony od 8 do 148 oferty zawierają informacje w ofercie oraz załączonych do niej dokumentach - stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w związku z poniższym nie mogą być one udostępniane, w szczególności innym uczestnikom postępowania.

W dniu 23 stycznia 2012 r. upłynął termin końcowy składania ofert i nastąpiło otwarcie ofert złożonych w postępowaniu przetargowym.

W dniu następnym, tj. 24 stycznia 2012 r. - odwołujący zwrócił się do zamawiającego o umożliwienie zapoznania się z ofertami przez przekazanie pełnych kopii wszystkich ofert.

W dniu 30 stycznia 2012 r. odwołujący wystosował ponaglenie o pilne udostępnienie wszystkich ofert.

Pismem z dnia 2 lutego 2012 r. zamawiający poinformował o przesłaniu zeskanowanych dokumentów drogą elektroniczną, jednocześnie powiadomił, że firma BRJ

13

International LLC zastrzegła część złożonych dokumentów, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co do których jest w trakcie badania skuteczności tego zastrzeżenia w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przypadku stwierdzenia, że zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający zapowiedział odtajnienie dokumentów i ich niezwłoczne przekazanie odwołującemu.

Zamawiający pismem z dnia 6 lutego 2012 r. poinformował wykonawców o poprawieniu omyłek w ofertach, gdzie zostały one stwierdzone, wezwał poszczególnych wykonawców do uzupełnienia wskazanych dokumentów oferty w terminie do 10 lutego 2012r., w tym, wezwał wykonawcę BRJ International LLC do wyjaśnień i wykazania, że zastrzeżone dokumenty zostały utajnione w sposób uprawniony, również w terminie do 10

lutego 2012 r.

W dniu 7 lutego 2012 r. odwołujący przesłał zamawiającemu pismo ponaglające udzielenie odpowiedzi w tej sprawie. Podkreślał, że zastrzeżenie dokonane przez konkurencyjną firmę nie jest skuteczne, albowiem treść zastrzeżonych dokumentów nie kwalifikuje się jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust 4 u.z.n.k., wypomniał że odmawianie zajęcia stanowiska, czy przewlekanie czynności sprawdzających stanowi zaniechanie zamawiającego. Odwołujący przytoczył dalsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tej kwestii i posłużył się argumentacją podaną następnie w treści uzasadnienia odwołania. W przypadku niespełnienia jego żądań do dnia 12 lutego 2012 r. zapowiedział wniesienie odwołania.

W dalszej kolejności, pismem z dnia 9 lutego 2012 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego m.in. o wskazanie, czy zamawiający dokonał czynności polegających na wezwaniu poszczególnych wykonawców do uzupełnienia brakujących dokumentów w złożonych ofertach w przypadku tych wykonawców, których oferty były niekompletne. W razie odpowiedzi pozytywnej, odwołujący wniósł o przekazanie pełnej informacji w tym zakresie. Odwołujący zapytywał, czy zamawiający uzyskał wyjaśnienia od wykonawcy BRJ w odniesieniu do powodów zastrzeżenia jego oferty. Żądał ponadto kopii korespondencji dotyczącej procedury uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - jeżeli taka miała miejsce.

W odpowiedzi na ww. pismo, zamawiający pismem z dnia 10 lutego 2012 r. poinformował odwołującego, że zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp, załączniki do protokołu udostępnia się dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania. W związku z powyższym nie może on udostępnić odwołującemu korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z wykonawcami. Zaprosił do swojej siedziby w dniu 13 lutego 2012 r. do zapoznania się z oryginałami ofert.

14

Pismem z dnia 10 lutego 2012 r. BRJ International LLC złożył wyjaśnienia dotyczące podstaw zastrzeżenia niejawności swojej oferty, gdzie podał, że utajnienie treści formularza asortymentowo-cenowego wiąże się z jego koncepcją biznesową i strategią cenową, natomiast inne dokumenty, w szczególności umowa spółki stanowi dokument wewnętrzny, do którego podmioty trzecie mają dostęp tylko za zgodą spółki, a więc mogą być skutecznie zastrzeżone. Wykonawca przytoczył definicję tajemnicy przedsiębiorstwa określony w art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Prosił o pozostawienie utajnionych dokumentów na str. 8-91 i 92 do 147.

Pismem z dnia 10 lutego 2012 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o podanie czy przesłane mu kopie dokumentów są kompletne. Wskazywał, że w przesłanych w dniu 2 lutego 2012 r. elektronicznie skanach dokumentów ofert wykonawców zagranicznych brak apostille. Żądał pełnych skanów wszystkich ofert.

Pismem datowanym 13 lutego 2012 r. doręczonym 14 lutego 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców, że odtajnił informacje zawarte w ofercie wykonawcy BRJ International LLC od strony 8 do 98 oraz od strony 126 do strony 148, stanowiące formularze cenowe oraz dokumenty rejestrowe spółki z wyłączeniem umowy spółki, gdyż uznał, że nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa, zatem ich zastrzeżenie było nieskuteczne.

Pismem z dnia 14 lutego 2012 r. odwołujący zwrócił się o przekazanie mu wszystkich ujawnionych dokumentów wykonawcy BRJ International LLC.

Jednym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena.

Zamówienie obejmuje 8 części. Odwołujący złożył ofertę na części od 1 do 7.

Wykonawca BRJ International LLC złożył ofertę na część od 1 do 8.

Oferta BRJ International LLC jest korzystniejsza od oferty odwołującego w zakresie części 1,2,5. W pozostałych częściach 3,4,6 i 7 korzystniejsza jest oferta odwołującego. Ponadto oferty złożyli wykonawcy: RUAG Schweiz AG, NS –Aviation – Firma Handlowa, konsorcjum PROATV Anna Zezyk, Aeromaritime (Mediterranean) Limited oraz Ankol Sp. z o.o.

Okolicznością bezsporną było, że zamawiający nie żądał przedstawienia umowy spółki w ofertach wykonawców, zarówno krajowych, jak i zagranicznych.

Izba zważyła co następuje.

Izba uznała, za wyjątkiem sytuacji, gdzie oferta odwołującego przedstawiała

najniższą cenę w odniesieniu do określonej części zamówienia, że odwołujący legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro złożył ofertę w postępowaniu, zatem w przypadku potwierdzenia się stawianych zamawiającemu zarzutów, odwołujący mógłby ponieść szkodę w wyniku uchybienia przez zamawiającego wskazanym przepisom ustawy Pzp - w zapewnieniu dostępu do ofert konkurentów i stwierdzenia podstaw do ich zasadnego wyeliminowania. Liczy się bowiem nawet potencjalna możliwość poniesienia szkody.

Jednym z dwóch zarzutów faktycznych odwołania było, że zaniechanie odtajnienia dokumentów oferty firmy BRJ International LLC narusza art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, zapewniający jawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wszystkich jego etapach.

Należało jednak zważyć, iż jawność ta doznaje ograniczeń z mocy samej ustawy, tj. art. 8 ust. 3 Pzp, mówiącego, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów 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 być one udostępniane.

Zgodnie z treścią art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z przywołanych przepisów wynika, że nie stanowi naruszenia zasady jawności zastrzeżenie w ofercie wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich informacji, które mogą być przedmiotem skutecznego wyłączenia jawności w oznaczonym zakresie. Wówczas nie można przypisywać zamawiającemu zarzutów naruszenia przepisów art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, przez fakt, iż zamawiający nie odtajnił dokumentów, które stanowiły zastrzeżoną tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, oraz w rzeczywistości miały taki charakter.

Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Również dokumenty podmiotowe w odniesieniu do wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy, co do zasady, podlegają ujawnieniu. Zakaz utajniania identyfikacji podmiotu składającego ofertę, jego statusu i adresu wynika wprost z treści art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Nie można również zastrzec tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do cen (nawet jednostkowych), za które wykonawca podejmuje się realizacji zamówienia. Zamawiający nie wymagał opisów technicznych, które mogłyby zawierać wynik prac

twórczych wykonawcy, chronionych prawem autorskim, czy też o zbliżonym charakterze, mogących być przedmiotem nieuprawnionego naśladownictwa, w szczególności

asortymentowo- przynoszącego korzyści,

kosztem wytwórcy. We wzorze formularza

cenowego zamawiający zidentyfikował zamawiane części podając ich nazwy i symbole, określił ilości. Jedyne co zobowiązany był uczynić wykonawca to wpisać ich ceny i podsumować wartość jako cenę netto oferty. Z tych względów stanowisko zamawiającego co do odtajnienia wymienionych dokumentów w ofercie wykonawcy BRJ International LLC należało uznać za prawidłowe. Również dokumenty rejestrowe podmiotu składającego ofertę nie mogły być przedmiotem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zasadnie zatem zostały przez zamawiającego ujawnione i udostępnione uczestnikom przetargu.

Odmierna sytuacja zachodzi w odniesieniu do umowy spółki wykonawcy BRJ International LLC. Okolicznością bezsporną pozostawało, że umowa spółki nie była dokumentem wymaganym. Również przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, ani rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) - w odniesieniu do przedsiębiorców zagranicznych w § 4 ust. 1 pkt 1) wśród wskazanych tam dokumentów, nie wymieniają umowy spółki. Zatem dokument taki nie był i nie mógł być wymagany, albowiem

katalog dokumentów podmiotowych wymienionych w powołanym wyżej rozporządzeniu, ma charakter zamknięty. Jako stanowiąca dokument nadprogramowy - umowa spółki wykonawcy BRJ International LLC nie może podlegać ocenie zamawiającego, bez względu na fakt, że została ona utajniona.

Skoro nawet wykonawca taki dokument załączył, opatrując go klauzulą tajności, to pozostaje to bez żadnego wpływu na ocenę ofert, a odwołujący nie ma interesu aby ubiegać się o ujawnienie treści przedmiotowej umowy. Postępowanie dowodowe wykazało, że inne dokumenty zawarte w ofercie wykonawcy BRJ International LLC odnoszące się do utworzenia tego podmiotu, jego statusu, organów i osób reprezentujących, których treść i forma nie budzi zastrzeżeń, wystarczająco poświadczają, iż jest to przedsiębiorca uprawniony do występowania w obrocie prawnym.

Odwołujący przyznał, że dokumenty oferty BRJ International LLC zostały mu udostępnione i za wyjątkiem ujawnienia umowy spółki wymienionego wykonawcy, innych zarzutów odwołania w tym zakresie nie podtrzymał.

Postanowienia art. 96 ust. 2 ustawy Pzp stanowią, że oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacje z zebrania, zawiadomienia, wnioski, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowią załączniki do protokołu. Mimo, że zgodnie z art. 96 ust. 3 Pzp protokół

17

wraz z załącznikami jest jawny, to przepis ten dozwala na udostępnianie załączników do protokołu dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty lub po unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Pewne odstępstwo w tym zakresie dopuszcza przywoływany przez zamawiającego przepis § 5 ust 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458), który mówi o tym, że w celu zapewnienia sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający w wyjątkowych wypadkach udostępnia oferty lub przesyła ich kopie w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż w dniu przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zatem prawo dopuszcza takie rozwiązanie, żeby nawet oferty zostały udostępnione nie natychmiast po ich otwarciu - jak stanowi art. 96 ust. 3 Pzp, ale w późniejszym terminie podyktowanym względami organizacyjnymi zamawiającego.

Należało zauważyć, że zamawiający nie tylko udostępnił wykonawcom wgląd do oryginałów ofert w swojej siedzibie, ale również je zeskanował i przesłał elektronicznie. Biorąc pod uwagę ilość złożonych ofert, czynności te zdaniem Izby, wymagały odpowiedniego czasu.

Izba podzieliła poglądy odwołującego, że dokonane uzupełnienia obligatoryjnych dokumentów oferty, ze względu na ich brak lub pierwotną wadliwość - w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, powinny być traktowane jako zawartość oferty, skoro muszą potwierdzać spełnienie wymagań zamawiającego nie później niż na dzień składania ofert. W przekonaniu Izby, nie wyłącza to ich jednak, spod działania przepisu art. 96 ust. 2 ustawy Pzp, że jako załączniki do protokołu, udostępniane są co zasady, po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. w terminie umożliwiającym złożenie odwołania na czynność zamawiającego obejmującą wybór określonej oferty, przy zaniechaniu odtajnienia załączonych dokumentów, czy też bez uwzględnienia wszelkich możliwych braków oraz niezgodności oferty z SIWZ.

Inne dokumenty, takie jak zapytania do wykonawców o udzielenie wyjaśnień, w tym żądanych w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp lub w trybie art. 87 ust. 1 tej ustawy, czy powiadomienia o sprostowaniu omyłek, w oparciu o przywołane wyżej przepisy art. 96 ust. 2 ustawy Pzp traktowane są również jako załączniki do protokołu, udostępniane po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, czego odwołujący nie kwestionował.

Okoliczność, że przepis stanowi, iż załączniki do protokołu podlegają udostępnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, nie zakazuje zdaniem Izby, i nie wyłącza możliwości ich wcześniejszego udostępnienia z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców. Uzależnione jest to jednak od możliwości organizacyjnych zamawiającego w tym zakresie i od jego oceny.

18

Najwyższego, że nawet gdyby przyjąć, iż protokół wraz oznaczonymi załącznikami (ofertami, dokumentami uzupełnionymi) winien być udostępniony niezwłocznie - to nie oznacza natychmiastowo, ale w takim terminie w jakim dokonanie tej czynności było obiektywnie możliwe w normalnym toku prac komisji przetargowej i kierownika zamawiającego, albowiem pojęcie „niezwłocznie” nie oznacza natychmiast. Określenie „niezwłocznie” oznacza termin realny mający na względzie okoliczności danego miejsca i czasu.

Należało zważyć, że z żądaniem ujawnienia korespondencji między zamawiającym a wykonawcami w odniesieniu do uzupełniania dokumentów ofert, odwołujący zwrócił się pismem z dnia 9 lutego 2012 r. Zamawiający był w tym czasie w trakcie przeprowadzania stosownych czynności, gdyż w wezwaniu z dnia 6 lutego 2012 r. wyznaczył czas na uzupełnienie dokumentów przez wykonawców oraz złożenie wyjaśnień przez firmę BRJ International LLC do 10 lutego 2012 r., zatem chociażby z tej przyczyny nie mógł spełnić żądań odwołującego.

Szczególnego podkreślenia wymagało, że art. 179 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust. 1 tej ustawy dozwala na wnoszenie środków ochrony prawnej od czynności zamawiającego lub zaniechania czynności nakazanych ustawą. Nie stanowi zatem podstawy do wniesienia odwołania sam fakt, że którykolwiek z wykonawców złożył ofertę z zastrzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa, czy uzupełnił na wezwanie dokumenty. Zamawiający w dacie złożenia ofert, czy uzupełnienia oświadczeń oraz innych wymaganych załączników do oferty, nie ma obowiązku natychmiastowego ich zbadania, w tym podjęcia decyzji co odtajnieniu określonych dokumentów. Z uwagi na zróżnicowany zakres danych, objętych wymienionymi dokumentami zawartymi w ofercie, zamawiający winien je analizować i ustalać, które z nich spełniają kryteria informacji tajnych - w oparciu o żądane i udzielone wyjaśnienia wykonawcy.

Z tych względów Izba nie podziela poglądów, że terminem początkowym wniesienia odwołania na zaniechanie odtajnienia oferty przez zamawiającego jest następny dzień po dacie jej otwarcia, (w tym przypadku 24 stycznia 2012 r.). Termin ten winien być liczony od daty podjęcia czynności przez zamawiającego wobec danej oferty, w tym ostatecznie przez dokonanie jej oceny, bez odtajnienia dokumentów. Podobnie w sytuacji, w której wykonawca zwraca się o odtajnienie oferty konkurenta, wówczas zamawiający bez zbędnej zwłoki winien przeprowadzić procedurę sprawdzającą i poinformować zainteresowanego o jej wyniku.

W niniejszej sprawie, zamawiający zareagował od razu na wniosek odwołującego o odtajnienie oferty wykonawcy BRJ International LLC oraz bezzwłocznie przeprowadził czynności weryfikacyjne skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, w tym wezwał wykonawcę BRJ International LLC do złożenia wyjaśnień. Stąd Izba uznała, że odwołanie nie tylko pozostawało bezzasadne, ale także na dzień jego wniesienia –

19

przedwcześnie. Bowiem na dzień 13 lutego 2012 r. zamawiający nie znajdował się w zwłoce z wykonaniem jakichkolwiek czynności, które mogły by stanowić podstawę do skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej. Zasadność zgłoszonych zarzutów oraz interes wykonawcy Izba ustala na dzień złożenia odwołania, uwzględniając przy wydaniu wyroku, stosownie do art. 191 ust. 2 ustawy Pzp - stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

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 orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego. Na poczet kosztów postępowania Izba zaliczyła uiszczony wpis stosownie do § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

20