Sygn. akt: KIO 2089/12

WYROK
z dnia 16 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Lubomira Matczuk-Mazuś
Marek Koleśnikow

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2012 r. przez **Odwołującego** – MEGMAR Logistics & Consulting Sp. z o.o., ul. Skłodowskiej 10, 99-300 Kutno, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Jednostka Wojskowa 4228, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków,

przy udziale **Wykonawcy** - Engineered Arresting Systems Corporation (ESCO), swoje do po stronie zgłaszającego przystąpienie postępowania odwoławczego Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Jednostce Wojskowej 4228, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków odtajnienie dokumentów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego wyroku oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Jednostka Wojskowa 4228, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków, i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – MEGMAR Logistics & Consulting Sp. z o.o., Ul. Skłodowskiej 10, 99-300 Kutno, tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Jednostka Wojskowa 4228, ul. Montelupich 3, 30-901 Kraków na rzecz **Odwołującego** – MEGMAR Logistics & Consulting Sp. z o.o., ul. Skłodowskiej 10, 99-300 Kutno kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

……

……..

Sygn. akt: KIO 2089/12

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa sieci

do ATU-2M oraz wychwytujących urządzeń awaryjnego hamowania samolotów technicznych środków materiałowych do urządzeń awaryjnego hamowania samolotów BAK-12." Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 lipca 2012 r. pod numerem 2012/S 136-226851.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie, w ramach zadania numer 1, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Engineered Arresting Systems Corporation /ESCO/ (dalej jako: „ESCO"), zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp":

1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 3 przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów/oświadczeń, złożonych przez ESCO w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów;
2) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 6 ust. 4 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. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817) przez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia ESCO, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia;
3) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 przez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia ESCO, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał, że brak jest podstaw do jego wykluczenia;
4) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 przez zaniechanie odrzucenia oferty ESCO, pomimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
5) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty ESCO, pomimo iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ);
1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o

udzielenie zamówienia w związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty, które nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz podlega odrzuceniu.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów, oświadczeń złożonych w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji wykluczenia z postępowania ESCO oraz odrzucenia jego oferty oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, iż brak jest przesłanek do uznania złożonych przez wykonawcę ESCO wyjaśnień w zakresie koncesji, zezwolenia lub licencji za dokument zawierający informacje o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Tym bardziej, że wykonawca ESCO wskazał w piśmie z dnia 17 września 2012 r., że z pisma z dnia 23 sierpnia 2012 r. wynika, że zgodnie z prawem właściwym dla siedziby spółki na wykonywanie przedmiotu zamówienia nie jest wymagana koncesja, zezwolenie lub licencja. Zatem, jak stwierdza Odwołujący, informacja ta jednoznacznie wskazuje, czego dotyczy dokument oraz jakie informacje zawiera. Zdaniem Odwołującego, dotyczy on informacji powszechnie dostępnych, do których każdy zainteresowany podmiot ma dostęp przez m.in. analizę właściwego dla danego państwa prawodawstwa czy też odpowiedniej literatury. Zastrzeżona informacja, w opinii Odwołującego, nie jest ponadto informacją o charakterze technicznym, technologicznym, organizacyjnym przedsiębiorstwa lub inną informacją posiadającą wartość gospodarczą.

Co do wykazu doświadczenia oraz załączonych do niego dokumentów w postaci faktur, potwierdzenia zlecenia przelewu, raportów operacji czy też protokołu odbioru Odwołujący stwierdza, że brak jest również podstaw do ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Po pierwsze dlatego, iż wykaz dostaw załączony do oferty ESCO wraz z

dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie jest dokumentem jawnym. Po drugie, z pisma z dnia 17 września 2012 r. wynika, iż wykonawca ESCO w większości wskazał te same dostawy - które zostały wskazane pierwotnie w ofercie - dokonane na rzecz tych samych podmiotów. Skoro zatem dokument ten pierwotnie był jawny, zdaniem Odwołującego, nie sposób na tym etapie przyznać mu przymiotu dokumentu zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Po drugie, jak wskazuje Odwołujący, faktem jest, że to wykonawca określa moment, od którego dane informacje będzie chronił jako tajemnicę przedsiębiorstwa, ale moment ten nie może już nastąpić po tym, jak informacje te podał do publicznej wiadomości. A zatem brak jest spełnienia przesłanki nieujawnienia do wiadomości publicznej oraz podjęcia w stosunku do niej niezbędnych działań w celu zachowania

poufności.

Co do informacji z banku, jak podaje Odwołujący - w rozdziale VI pkt 3 SIWZ Zamawiający wskazał, że wymaga, aby wykonawcy posiadali zabezpieczenie finansowe w wysokości nie mniejszej niż 661 5000,00 zł dla zadania nr 1. Tym samym już przez sam fakt uznania przez Zamawiającego, że wykonawca wykazał spełnienie tego warunku, staje się oczywiste, iż na taką kwotę środki finansowe lub zdolność kredytową ESCO posiada, w ocenie Odwołującego, trudno więc to uznać za informację, będącą tajemnicą dla innych podmiotów. Nadto Odwołujący podnosi, iż wykonawca ESCO w piśmie z dnia 17 września 2012 r. wskazał, iż stan rachunku na dzień 23 sierpnia 2012 r. wynosi 2.000.000 dolarów. Stąd brak jest zaistnienia przesłanki, która uzasadniałaby uprawnienie ESCO do objęcia tego dokumentu tajemnicą przedsiębiorstwa. Skoro zatem wykonawca ten ujawnił informację o wysokości posiadanych środków, uznać należy, iż brak jest zaistnienia przesłanki nieujawnienia do wiadomości publicznej oraz podjęcia w stosunku do niej niezbędnych działań w celu zachowania poufności. Nawet gdyby przyjąć stanowisko, że informacje w nim zawarte dotyczą sytuacji finansowej ESCO, to zastrzeżone informacje *de facto* również nie dają miarodajnych informacji o tej sytuacji. Odwołujący wyjaśnia, iż informacja z banku odnosi się do posiadanych na danym rachunku środków finansowych, przy czym ich wysokość w poprzednim lub kolejnym dniu mogła już być zupełnie inna. Poza tym nie muszą być to wszystkie środki finansowe posiadane przez dany podmiot, gdyż częstą praktyką jest, że przedsiębiorcy posiadają dwa i więcej rachunków bankowych. Ze względu na powyższe, przedstawione dokumenty nie mają samodzielnej wartości gospodarczej i nie sposób uznać, że przez ich udostępnienie wykonawca miałby ponieść jakąś konkretną szkodę. Zdaniem Odwołującego, gdyby tak miało być, wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, obejmowaliby te dane ścisłą tajemnicą, a tak się nie dzieje.

Zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa oświadczenia czy też zaświadczeń potwierdzających niekaralność podmiotu oraz członków zarządu, w ocenie Odwołującego, również nie znajduje podstaw prawnych. Odwołujący podkreśla, iż określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa jedynie, gdy łącznie zaistnieją trzy następujące przesłanki: (1) informacja taka ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, (2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, (3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazuje, iż nie została wypełniona pierwsza z przesłanek. Oczywistym zatem jest, że informacje zawarte w tych dokumentach nie spełniają przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wyjaśnia, iż działanie polegające na odmowie udostępnienia tych dokumentów nie pozwala Odwołującemu zweryfikować prawidłowości złożonych

dokumentów, a tym samym skutecznie korzystać ze środków ochrony prawnej. Zamawiający w braku jakiejkolwiek argumentacji ze strony wykonawcy ESCO nie mógł zaś bezkrytycznie zakładać, iż dokumenty i oświadczenia zawierają informacje stanowiące tajemnicę.

W przypadku nie uwzględnienia wniosku Odwołującego w tym zakresie Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z powyższych dokumentów oraz o zbadanie ich prawidłowości.

W rozdziale VI pkt 2 SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców, aby wykazali m.in., że należycie wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania

ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną dostawę, której przedmiotem była dla zadania nr 1 dostawa sieci przechwytującej na kwotę 661 500,00 zł.

W celu potwierdzenia posiadanego doświadczenia w zadaniu nr 1 wykonawca ESCO wykazał dostawę wykonaną na rzecz Sojitz Aerospace America Corporation dla SP Japonii. Zaś na potwierdzenie, że dostawy zostały wykonane należycie wykonawca załączył fakturę nr 8009152 oraz potwierdzenie zlecenia przelewu. Zdaniem Odwołującego, faktura nie jest dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie usługi. Odwołujący wskazuje, że faktura nr 8011464 załączona do oferty, która to miała potwierdzić należyte wykonanie dostawy na rzecz Sojitz Aerospace America Corporation, również nie potwierdzała należytego jej wykonania, a jedynie stwierdzała, iż towar objęty fakturą został wysłany i że spełnia wszelkie wymogi certyfikacji ISO. Odwołujący ma uzasadnione podstawy, aby twierdzić, iż przedłożona na skutek uzupełnienia faktura jest podobna w treści do faktury załączonej do oferty (w praktyce bowiem jest tak, iż przedsiębiorcy stosują te same wzory). A tym samym nie potwierdza, że dostawa dla Sojitz Aerospace America Corporation została wykonana należycie. Również takim dokumentem nie jest polecenie zlecenia przelewu.

Odwołujący podnosi, że faktura w rzeczywistości potwierdza jedynie, iż ESCO ją wystawił, ale nie dowodzi w żadnej mierze należytego wykonania dostawy. Fakt jej wystawienia oraz zlecenia przelewu nie oznacza automatycznie, że samo podpisanie czy opłacenie dokumentu faktury dowodzi należytego wykonania zobowiązania umownego, bowiem z samego dokumentu faktury nie wynika chociażby, że zamówienie zostało wykonane w terminie, a na wykonawcę nie nałożono żadnych kar umownych czy potrąceń.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, należy uznać, że ESCO nie przedstawił właściwych dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostawy, a zatem nie spełnił warunku w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, w związku z czym wykluczenie ESCO z przedmiotowego postępowania jest w pełni zasadne. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie może skorzystać z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem już raz to uczynił. Odwołujący zwraca uwagę, że gdyby przyjąć, iż wykaz dostaw znajduje się w treści pisma ESCO z dnia 17 września 2012 r. (a brak wykazu w formie

odrębnego załącznika) to brak w tym wykazie danych dotyczących okresu realizacji dostawy. A zatem jest to kolejna przesłanka do wykluczenia wykonawcy ESCO z postępowania.

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż zgodnie z § 6 ust. 4 powoływanego rozporządzenia, dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. W ofercie ESCO znajduje się szereg dokumentów złożonych w języku obcym (angielskim, włoskim) wraz z tłumaczeniem przysięgłym. Odwołujący zwraca jednak uwagę, iż na stronie 16 oferty tego wykonawcy znajduje się wykaz dostaw sporządzony w języku obcym, który składa się z 7 kolumn, przy czym w pierwszej kolumnie wpisane są liczby porządkowe. Z kolei na stronie 17 załączone jest tłumaczenie przysięgłe dokumentu, jednakże nie jest to tłumaczenie dokumentu ze strony 16, bowiem w kolumnie pierwszej tłumaczenia pojawiły się dodatkowe stwierdzenia - poz. 3 - „zadanie 1 661 500,00 zł", poz. 4 - „Zadanie 2 73 400,00 zł", poz. 5 - „Zadanie 3 206 800,00 zł". Tłumaczenie na język polski zawiera zatem elementy nie zamieszczone w ogóle w oryginale dokumentu. Wobec rozbieżności obu dokumentów zasadne jest twierdzenie, iż Wykonawca nie przedłożył tłumaczenia dokumentu znajdującego się na stronie 16 oferty ESCO. W związku z tym, iż wykaz dostaw uzupełniony na wezwanie Zamawiającego nie został Odwołującemu udostępniony, istnieje duże prawdopodobieństwo, zdaniem Odwołującego, że dokument ten również nie został przetłumaczony zgodnie z jego oryginalną wersją. Mając na uwadze powyższe również w tych okolicznościach zasadne jest wykluczenie ESCO z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W rozdziale VIII lit. B1 SIWZ Zamawiający wymagał, aby w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wykonawca przedstawił aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Wskazując jednocześnie (lit. B2), że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczpospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w rozdz. VIII lit. B1 wymagane jest złożenie zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty

dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8 ustawy Pzp.
Zamawiający wskazał również, że jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w rozdziale VIII lit. B2 pkt 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przez notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Pismem z dnia 6 czerwca 2012 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ESCO do

wyjaśnienia treści oferty, w tym o „wskazanie kto i na jakich zasadach jest uprawniony do reprezentowania wykonawcy - tj. spółki Engineered Arresting Systems Corporation /ESCO/." Dalej Zamawiający w treści przedmiotowego pisma wskazał, iż „stosownym dokumentem w tym zakresie byłby np. odpis z odpowiedniego rejestru wskazujący na uprawnienie pana T. L…… W…….. Jr do tego rodzaju czynności przetłumaczony na język polski". W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie ESCO przedłożył: pismo z dnia 1 grudnia 2012 roku jedynego udziałowca i pełniącego funkcję jedynego Przewodniczącego Zarządu Engineered Arresting Systems Corporation (ESCO) O..... Z……. Z tłumaczenia tego oświadczenia wynika, zdaniem Odwołującego, iż w zarządzie Korporacji znajdują się następujące osoby: O..... Z……. – Przewodniczący, S……. H…….. - Prezes i CEO /Główny Dyrektor Wykonawczy, T. L…….. W……. - Wiceprezes ds. Marketingu i Działalności Międzynarodowej, N……. M. G…… - Wiceprezes i CFO (Główny Dyrektor Finansowy), P……. M……. - Wiceprezes Wykonawczy J…… - J..... J…….. - Skarbnik D…… E…… – Sekretarz.

W wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów (pismem z dnia 6 czerwca 2012 r.) aktualnej informacji z KRK, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, ESCO, co wynika z pisma przewodniego z dnia 17 września 2012 r. (załączniki zostały utajnione), przedłożyło zaświadczenie o niekaralności - Raport - dla T……. L……. W……., jr i A..... D……. G……. Brakuje natomiast zaświadczeń dla pozostałych urzędujących członków zarządu. Odwołujący wskazuje, że art. 24 ust. 1 pkt 4- 8 ustawy Pzp wyraźnie odnosi się do wszystkich wspólników (w przypadku spółki cywilne), wszystkich partnerów lub członków zarządu (w przypadku spółki partnerskie), wszystkich komplementariuszy (w przypadku spółki komandytowej), czy wszystkich urzędujących członków zarządu (w przypadku osób prawnych). W związku z tym, iż wykonawca ESCO nie przedstawił na skutek wezwania do uzupełnienia wymaganych dokumentów, tym samym nie potwierdził, zdaniem Odwołującego, że brak jest podstaw do jego wykluczenia. Zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, iż w piśmie z dnia 17 września 2012 r. wykonawca ESCO wspomniał, iż przedkłada również pismo z dnia 23 sierpnia 2012 r., stanowiące oświadczenie o niekaralności podmiotu oraz członków jego zarządu. Skoro zatem w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, wydaje się dokumenty, o których mowa w rozdziale VIII lit. B2 pkt 1 SIWZ, brak jest podstaw do uznania za prawidłowy dokument oświadczenie złożone przed notariuszem.

Wobec zaniechania odtajnienia tych dokumentów przez Zamawiającego oraz braku możliwości zweryfikowania ich prawidłowości Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu

z powyższych dokumentów oraz o zbadanie ich prawidłowości.

Odwołujący podnosi, iż stosownie do treści art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Z kolei art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Jednym z zarzutów odwołania jest zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania wobec okoliczności wskazanych w odwołaniu, co winno prowadzić do uznania oferty ESCO za odrzuconą. Zaniechanie odrzucenia oferty ESCO stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W rozdziale XIV pkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał, że druk „OFERTA" wraz ze

stanowiącymi jego integralną część załącznikami, powinien zostać wypełniony przez wykonawcę ściśle wg warunków i postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bez dokonywania w nich zmian przez wykonawcę. Z kolei w rozdziale IV (dotyczącym zadania nr 1) Zamawiający wymagał, aby wykonawca udzielił na przedmiot zamówienia gwarancji nie mniejszej niż: dla sieci przechwytujących - 10 (dziesięć) lat gwarancji liczonej od zamontowania sieci na urządzeniu. Oznacza to, iż wykonawca nie był w żaden sposób uprawniony do dokonywania jakichkolwiek poprawek w treści załącznika nr 1 do SIWZ czy każdego innego dokumentu, którego treść została odgórnie określona przez Zamawiającego. Miejsca, w których wykonawca mógł uzupełnić formularz oferty zostały "wykropkowane", zaś wszelkie inne zapisy, w tym pkt 4, określający okres gwarancji, zostały określone "na sztywno".

We wzorze stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ - Oferta, wykonawca zobowiązany był w pkt 4 do złożenia oświadczenia o treści:

„Oświadczamy, że udzielimy następujących gwarancji na dostarczone przedmioty umowy, potwierdzające prawidłowe, bezawaryjne działanie:

- dla sieci przechwytujących - ..... gwarancji liczonej od zamontowania sieci na urządzeniu;
- dla całego asortymentu określonego w zadaniu nr 2 - Techniczne środki materiałowe do urządzeń awaryjnego hamowania samolotów typu BAK-12/P-1V miesięcy
- dla całego asortymentu określonego w zadaniu nr 3 - Techniczne środki materiałowe do urządzeń awaryjnego hamowania samolotów typu BAK-12 miesięcy

Minimalne wymagania gwarancyjne określone przez zamawiającego wynoszą:

- dla sieci przechwytujących - 10 (dziesięć) lat gwarancji liczonej od zamontowania sieci na urządzeniu;
- dla całego asortymentu taśm wchodzącego w skład zadania nr 2 i 3 minimum 24 miesiące."

ESCO na stronie 3 oferty zawarł w pkt 4 oświadczenie o następującej treści:

„Oświadczamy, że udzielimy następujących gwarancji na dostarczone przedmioty umowy, potwierdzające prawidłowe, bezawaryjne działanie:

- dla sieci przechwytujących - 10 lat gwarancji liczonej od zamontowania sieci na urządzeniu;
- dla całego asortymentu określonego w zadaniu nr 2 - Techniczne środki materiałowe do urządzeń awaryjnego hamowania samolotów typu BAK-12/P-IV 24 (dwadzieścia cztery) miesięcy
- dla całego asortymentu określonego w zadaniu nr 3 - Techniczne środki materiałowe do urządzeń awaryjnego hamowania samolotów typu BAK-12 24 (dwadzieścia cztery) miesięcy

Gwarancja podlega warunkom gwarancji udzielonej przez ESCO

Minimalne wymagania gwarancyjne określone przez zamawiającego wynoszą:

- dla sieci przechwytujących - 10 (dziesięć) lat gwarancji liczonej od zamontowania sieci na urządzeniu;
- dla całego asortymentu taśm wchodzącego w skład zadania nr 2 i 3 minimum 24 miesiące."

Powyższe wskazuje, zdaniem Odwołującego, na niedopuszczalną w świetle zapisów SIWZ zmianę treści zobowiązania wykonawcy w stosunku do wymogów określonych przez Zamawiającego. Dodanie zastrzeżenia o treści „Gwarancja podlega warunkom gwarancji udzielonej przez ESCO" po pierwsze, spowodowało niedopuszczalną na gruncie SIWZ zmianę treści załącznika, co stanowi o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a po drugie zmiana dokonana przez ESCO dotyczyła istotnych postanowień oferty, tj. okresu udzielonej gwarancji. Zastrzeżenie wprowadzone w treści formularza spowodowało, iż 10-letnia gwarancja, udzielona przez ESCO, została obwarowana niedopuszczalnym, na gruncie SIWZ, zastrzeżeniem.

Odwołujący wskazuje, iż obowiązkiem Zamawiającego - jak wskazuje się w orzecznictwie - jest dokonanie oceny złożonych ofert w oparciu o wymagania i zasady podane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przeciwnym wypadku prowadziłoby to do nierównego traktowanie wykonawców i w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - w tych okolicznościach faktycznych - stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

W ocenie Odwołującego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, zachodzi sytuacja, w której Zamawiający nie dokonał właściwej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz wobec którego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. Takie działanie narusza zasady uczciwej konkurencji stanowiąc tym samym rażącą obrazę art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający w rozdziale VI SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu", w pkt. 2 określił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania działalności lub czynności, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia - w szczególności posiadają koncesję, zezwolenie lub licencję w zakresie objętym zamówieniem.

Jednocześnie w rozdziale VIII SIWZ „Oświadczenia i dokumenty jakie wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty", lit. A pkt 2 zamawiający postanowił, aby w zakresie potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania działalności lub czynności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia wykonawca załączył do oferty koncesję, zezwolenie lub licencję.

Zamawiający uznał, że dokumenty załączone do oferty złożonej przez wykonawcę ESCO, tj. koncesja udzielona P. I…….. M…… nie potwierdza spełniania warunku określonego przez Zamawiającego, gdyż Pani I…… M……. występuje w niniejszym postępowaniu tylko i wyłącznie jako pełnomocnik wykonawcy. Zaś dokumenty wymagane przez Zamawiającego w postępowaniu mają potwierdzać spełnianie warunków określonych przez Zamawiającego przez wykonawcę nie zaś przez jego pełnomocnika. Wobec powyższego Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienie dokumentu, który będzie potwierdzał, że ową koncesję, zezwolenie lub licencję posiada wykonawca.

W odpowiedzi Przystępujący przedłożył oświadczenie umocowanego przedstawiciela, iż w świetle prawa amerykańskiego dla prowadzenia przedmiotowej działalności gospodarczej nie jest wymagana koncesja, zezwolenie czy licencja.

Zamawiający w rozdziale VI SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu" w pkt. 2 określił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał doświadczenie w realizacji dostaw odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, w szczególności, aby wykazał należyte wykonanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy -w tym okresie, co najmniej jednej dostawy, której przedmiotem była: dla zadania 1. - dostawa sieci przechwytujących (na kwotę nie niższą niż 661.500,00 zł).

Jednocześnie w rozdziale VIII SIWZ „Oświadczenia i dokumenty jakie wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty", lit. A pkt 3 Zamawiający wymagał aby, w celu potwierdzenia spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawca załączył do oferty wykaz wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym

okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że dostawy wymienione w wykazie zostały wykonane należycie.

Przystępujący wraz z ofertą przedłożył wymagany wykaz dostaw wraz z fakturami i poleceniami przelewu, który następnie zmodyfikował w wyniku wezwania Zamawiającego.

Zamawiający w rozdziale VI SIWZ Warunki udziału w postępowaniu, pkt. 3 określił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej realizację zamówienia, przez co zamawiający rozumie posiadanie zabezpieczenia finansowego w wysokości nie mniejszej niż dla zadania 1 - 661.500,00 zł, dla zadania 2 - 73.400,00 zł, dla zadania 3 - 206.800,00 zł. W przypadku składania ofert na więcej niż jedno zadanie kwota posiadanego zabezpieczenia finansowego nie mogła być mniejsza niż suma kwot odpowiadających poszczególnym zadaniom, w zakresie których realizację zamówienia wykonawca oferuje (np. jeżeli wykonawca zaoferuje realizacje zamówienia w zakresie zadania nr 1, 2 oraz 3

wówczas musi wykazać posiadanie zabezpieczenia finansowego o wartości nie mniejszej niż 941.700,00 złotych).

Jednocześnie w rozdziale VIII SIWZ „Oświadczenia i dokumenty jakie wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty", lit. A pkt 6. Zamawiający wymagał, aby w celu potwierdzenia spełniania warunku, dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, wykonawca załączył do oferty informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Dokumenty załączone do oferty złożonej przez wykonawcę ESCO, tj. dokument wystawiony przez bank prowadzący rachunek bankowy wykonawcy zwierał jedynie informację, że w okresie ostatnich 12 miesięcy dokonywane były operacje finansowe, nie potwierdzał natomiast, iż wykonawca posiada zabezpieczenie finansowe (środki własne lub zdolność kredytową) w wymaganej przez zamawiającego wysokości.

Na wezwanie Zamawiającego, przy piśmie z dnia 17.09.2012 r. Przystępujący przedstawił brakujący dokument.

Zamawiający w rozdziale VIII pkt. B1 ppkt 5 żądał, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, załączenia przez wykonawcę aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający wskazał jednocześnie, że zgodnie z zapisami SIWZ (rozdział VIII pkt B2 ppkt 2), jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczpospolitej Polskiej, zamiast powyższego dokumentu składa zaświadczenie

właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przez notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Zamawiający wskazał również, że w związku z powyższymi zapisami SIWZ, w przypadku oferty wykonawcy ESCO, prawidłowym dokumentem byłoby zaświadczenie właściwego organu, a w przypadku gdy takowe zaświadczenia nie są wystawiane, oświadczenie złożone przed notariuszem, opatrzone klauzulą apostille oraz wyjaśnienie, że owo oświadczenie zostało przedłożone wobec niewystawienia zaświadczeń przez stosowne organy.

Zamawiający wskazał, iż dokumenty załączone do oferty złożonej przez wykonawcę ESCO, tj. deklaracja o niekaralności nie poświadcza wymogów określonych przez Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający pouczył, iż złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny przez potwierdzać spełnianie wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (dotyczy dokumentów: informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp).

Nadto Zamawiający wskazał, że w wypadku, gdy wykonawca w ww. terminie nie dostarczy żądanych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający wykluczy wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, z pismem z dnia 17.09.2012 r. Przystępujący przedłożył następujące dokumenty:

1. „Pismo ESCO z dnia 23 sierpnia 2012 roku stwierdzające, iż zgodnie z prawem właściwym dla siedziby Spółki na wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest wymagana koncesja, zezwolenie lub licencja. (…)
2. Wykaz dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi, że wymienione dostawy zostały wykonane należycie. Dla zadania 1: dostawa sieci przechwytujących - faktura 8009152 na kwotę $347.875,00 USD – wystawiona dla Sojitz Aerospace

America Corporation – dostawa sieci przechwytujących dla SP Japonii (…)
- potwierdzenie zlecenia przelewu – Bank Wells Fargo (…)

13

---

3. Informację z Banku Wells Fargo z dnia 23 sierpnia 2012 potwierdzające stan rachunku na ten dzień w kwocie 2 000 000,00 dolarów. (…)
4. Pismo ESCO Certyfikat Sekretarza Korporacji – z dnia 23 sierpnia 2012 roku oświadczenie o niekaralności podmiotu oraz członków jego zarządu. (…)
5. Zaświadczenie o niekaralności – Raport – T…… L…… W……., Jr – Wiceprezes ESCO (…)
6. Zaświadczenie o niekaralności – Raport – A…….. D…… G……. – Dyrektor Generalny ESCO (…).

Jednocześnie Przystępujący zastrzegł, że informacje zawarte w ww. dokumentach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wobec zastrzeżenia przez Przystępującego tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający skierował w dniu 19.09.2012 r. do Przystępującego pismo o następującej treści: „W celu weryfikacji poprawności zastrzeżenia dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, jako dokumenty zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wzywa Państwa do wyjaśnienia czy podtrzymują Państwo, iż złożone dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W przypadku podtrzymania iż dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Zamawiający prosi o podanie jaka jest podstawa prawna i uzasadnienie faktyczne zastrzeżenia dokumentów złożonych **w** odpowiedzi na wezwanie zamawiającego i uznania ich treści jako tajemnicę przedsiębiorstwa oraz podania jakie działania podjęte zostały w celu zachowania poufności treści zawartej w powyższych dokumentach.

Zamawiający informuje, iż zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne. Wobec powyższego to na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że informacje lub dane zawarte w dokumentach stanowią rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa. W przypadku stwierdzenia, iż zastrzeżenie tajności jest bezpodstawne zamawiający ma obowiązek odtajnić dokumenty i udostępnić jako informacje jawne.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 20.09.2012 r.) Przystępujący wyjaśnił, iż „wszystkie zastrzeżone informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej. Nadto są informacjami technicznymi, technologicznymi, organizacyjnymi przedsiębiorstwa. Jako takie posiadają wymierną wartość gospodarczą. Jednocześnie nadmieniam, iż podjęliśmy wszelkie niezbędne działania w celu zachowania zastrzeżonych informacji w poufności. Ponadto, polityką firmy jest zachowanie poufności postanowień zawartych w umowach i kontraktach ze swoimi Klientami, jak również prywatnych danych dotyczących kierownictwa firmy.”

14

Pismem z dnia 25.09.2012 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o odtajnienie informacji zastrzeżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi (pismo z dnia 26.09.2012 r.) Zamawiający wyjaśnił, że „podtrzymuje stanowisko wykonawcy, iż złożone dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”, w związku z czym odmawia ich udostępnienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje:

Jedną z głównych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Zasada ta jednakże doznaje pewnych ograniczeń, które wynikają z dalszych przepisów. W świetle art. 8 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może bowiem ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jednocześnie każdy z wykonawców może uczynić zastrzeżenie, iż wskazane informacje składające się na ofertę, w rozumieniu *sensu largo,* nie mogą być udostępniane, jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Z przytoczonych przepisów należy odkodować

normę prawną, zgodnie z którą jakkolwiek jawność postępowania jest cechą, której ustawodawca przypisał istotne znaczenie, to nie wiedzie ona bezwzględnego prymatu. Norma prawna wynikająca ze wskazanych przepisów kreuje zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy uprawnienie do ograniczenia dostępu do informacji, związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym zamawiający może przedmiotowe ograniczenie wprowadzić w stosunku do wszystkich informacji, które z tym postępowaniem mają związek, zaś wykonawca, co oczywiste, uprawnienia te ma węższe, bowiem dotyczyć mogą tylko informacji od niego pochodzących. Inna jest też przesłanka, która może stanowić podstawę skutecznego zastrzeżenia informacji. W przypadku zamawiającego są to okoliczności wskazane w ustawie, zaś wykonawca może powoływać się wyłącznie na tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże, skoro zastrzeżenie uczynione przez wykonawcę powinno mieć swoje źródło w przepisach prawa, a konkretnie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to odnosząc to do uprawnienia, a jednocześnie obowiązku zamawiającego do ograniczenia dostępu do informacji jedynie z przyczyn wskazanych w ustawie, stwierdzić należy, iż z powyższego wynika kolejny obowiązek dla zamawiającego, a mianowicie konieczność zbadania, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, w świetle przepisu art. 11 ust. 4 powołanej ustawy, w istocie tak należy zakwalifikować.

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa, zgodnie z definicją zawartą w powołanym przepisie, rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje o charakterze technicznym, organizacyjnym, lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Oznacza to, że określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeśli zaistnieją łącznie trzy następujące przesłanki: 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej, 3) podjęto do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Jednocześnie w doktrynie przyjmuje się, że pojęcie wartości gospodarczej należy interpretować liberalnie. Podkreśla się, że w zakresie przedmiotowego pojęcia mieści się każde naruszenie cudzej poufnej informacji, która wpływa na wartość przedsiębiorstwa w obrocie gospodarczym, lub której naruszenie stanowi wymierną szkodę dla danego przedsiębiorcy.

Na przedsiębiorcy spoczywa zaś ciężar podjęcia odpowiednich działań organizacyjnych i porządkowych w celu utrzymania danej wiadomości w tajemnicy. Zdaniem Sądu Najwyższego, informacja nieujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca (konkurent) może się o niej dowiedzieć drogą zwykłą i dozwoloną (wyrok SN z 3.10.2000 r., sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001, Nr 4, s. 1). Zaś, nie ulega wątpliwości, że zakresem tajemnicy nie mogą być objęte informacje powszechnie znane lub takie, o których treści każdy nimi zainteresowany może się legalnie dowiedzieć (wyrok SN z 5.9.2001 r., sygn. akt I CKN 1159/00, OSNC 2002, Nr 5, s. 67 i nast.).

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż jakkolwiek Zamawiający podjął działania w celu wyjaśnienia powodów, dla których informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczony charakter posiadają, to z odpowiedzi Zamawiającego na wniosek Odwołującego w przedmiocie odtajnienia przedmiotowych informacji trudno powziąć informację, co legło u podstaw decyzji Zamawiającego. Powołanie się na stanowisko Przystępującego nie daje podstaw do stwierdzenia, iż Zamawiający dokonał weryfikacji zastrzeżonych dokumentów w aspekcie tajemnicy przedsiębiorstwa. Niemniej jednak nie można tego wykluczyć, a lakoniczne stanowisko Zamawiającego zaprezentowane we wskazanym piśmie nie stanowi przekroczenia żadnego obowiązku, bowiem nie został on przez ustawodawcę w jakikolwiek sposób Zatem, ocena o skonkretyzowany. prawidłowości decyzji Zamawiającego zaniechaniu odtajnienia określonych dokumentów nastąpić musi z uwzględnieniem stanowiska Zamawiającego, przedstawionego na rozprawie i w odpowiedzi na odwołanie.

Przechodząc do oceny pisma ESCO z dnia 23.08.2012 r. stwierdzić należy, iż w ocenie Izby, nie zawiera ono informacji, które należałoby kwalifikować jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienie, czy prowadzenie w innym kraju określonej działalności wymaga licencji, zezwolenia lub koncesji nie stanowi informacji poufnej, a tym bardziej nie

sposób zaliczyć tego rodzaju wiadomości do informacji organizacyjnych czy też mających

wartość gospodarczą. Zauważyć należy, iż dla stwierdzenia, jakie uprawnienia wymagane są do prowadzenia działalności gospodarczej w konkretnym segmencie wystarczające jest sięgnięcie do aktów prawnych, regulujących określoną problematykę. Nie sposób więc uznać, że udzielenie przez Przystępującego informacji, że działalność w zakresie projektowania i produkcji awaryjnego hamowania samolotów nie wymaga jakichkolwiek zezwoleń stanowi informację poufną. Wyjaśnienia te dotyczą bowiem treści powszechnie obowiązującego prawa i jako takim przymiotu poufności przypisać nie można. Fakt, iż w przedmiotowym piśmie znajdują się również informacje dotyczące przedsiębiorstwa, na co wskazywał Zamawiający, nie daje podstaw do ich zastrzeżenia z uwagi na rodzaj tych informacji i ujawnienie ich do wiadomości publicznej. Informacje dotyczące siedziby spółki, jej władz, rodzaju i podstawy prawna prowadzonej działalności, jakkolwiek ściśle związane są z przedsiębiorstwem, to już chociażby ze względu na ich ujawnienie w treści oferty, a w szczególności przy piśmie 17.09.2012 r., dotyczącym zasad reprezentacji Przystępującego, utraciły poufny charakter.

Jeśli idzie o wykaz dostaw, to co do zasady można przyjąć, iż ze względu na rodzaj informacji w nim zawartych posiada wartość gospodarczą. Niemniej jednak nie można pominąć, iż w niniejszej sprawie, sam Przystępujący odebrał mu przymiot poufności. Zwrócić bowiem należy uwagę, że informacje zawarte w wykazie dostaw, pierwotnie załączonym do oferty, są w dużej części tożsame z tymi, które przedstawiono w uzupełnionym wykazie dostaw. Nadto, w piśmie przewodnim z dnia 17.09.2012 r. wskazano niemalże wszystkie informacje (poza okresem realizacji), które zawiera utajniony wykaz dostaw. Skoro więc treść przedmiotowego wykazu została ujawniona w piśmie samego Przystępującego to brak podstaw do utajnienia samego dokumentu wykazu dostaw. Tym bardziej, że informacje co do terminu realizacji przedsięwzięć, w których znany jest zleceniodawca, przedmiot zamówienia i jego wartość, zdaniem Izby, same w sobie nie stanowią wartości gospodarczej przedsiębiorstwa.

Izba nie podziela jednak stanowiska Odwołującego, iż dokumenty złożone w celu potwierdzenia należytego wykonania zamówienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest prawdą, iż dokumenty te pierwotnie miały charakter jawny. Fakt, iż istotne elementy określonej transakcji zawartej z Sojitz Aerospace Corporation Przystępujący ujawnił w ofercie przy okazji przedstawienia inwestycji referencyjnej dla zadania numer 3, nie oznacza jednak, że po pierwsze, nie może mieć poufnego charakteru inna transakcja z tym samym kontrahentem, po drugie, Izba przyznaje rację Zamawiającemu, iż informacje zawarte w fakturze i zleceniu przelewu jako całość stanowią wartość gospodarczą. Numer zamówienia, przedmiot transakcji, ceny jednostkowe produktów mają określone znaczenie dla przedsiębiorcy, a ich ujawnienie mogłoby wyrządzić mu szkodę. Natomiast, okoliczność, iż na podstawie innej faktury i polecenia przelewu, dotyczących transakcji między tymi samymi

podmiotami, Odwołujący może się domyślać, jakie były chociażby ceny jednostkowe produktów, stanowiących przedmiot analizowanej transakcji nie niweczy poufności tych informacji. Możliwość wnioskowania z jednych faktów o innych nie stanowi o dostępie do danej informacji.

Izba nie uznała również za uzasadnione objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa informacji banku o posiadanych przez Przystępującego środkach finansowych i rodzaju świadczonych usług na rzecz Przystępującego. Jakkolwiek co do zasady mieści się w zakresie rodzajów informacji kwalifikowanych jako tajemnica przedsiębiorstwa, to jednakże sam Przystępujący odebrał jej przymiot poufności. Po pierwsze bowiem, w piśmie przewodnim z dnia 17.09.2012 r. wskazał stan rachunku bankowego na dzień 23.08.2012 r., a więc na dzień wystawienia informacji przez bank. Po drugie, przedmiotowa informacja zawiera analogiczną treść (poza ujawnionym saldem rachunku) jak informacja dołączona do oferty, której poufności nie zastrzeżono. Skoro więc wszystkie informacje zawarte w piśmie banku Wells Fargo zostały ujawnione, to brak podstaw do objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Co do pisma z dnia 23.08.2012 r., sporządzonego przez sekretarza Przystępującego w przedmiocie niekaralności wykonawcy oraz członków jego kierownictwa Izba stwierdziła, iż

mają one na tyle ogólny charakter, że nie stanowią wartości gospodarczej w takim znaczeniu, że ich ujawnienie groziłoby wykonawcy jakimkolwiek uszczerbkiem, wręcz przeciwnie, wiedza w tym przedmiocie o przedsiębiorstwie stanowi jego wartość dodaną. Stąd też brak podstaw utajnienia przedmiotowych informacji.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż informacje dotyczące m.in. miejsca zamieszkania i numeru ubezpieczenia, a więc dane osobowe kierownictwa Przystępującego winny być objęte ochroną jako, że stanowią wartość gospodarczą, w podanym wyżej znaczeniu, a ponadto stanowią dane poufne. Natomiast informacje odnośnie podmiotu, który sporządził raport o niekaralności, rodzajów sprawdzonych rejestrów karnych i daty wystawienia przedmiotowych raportów nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, bowiem nie zawierają wiadomości odnoszących się *stricte* do przedsiębiorcy i z tych powodów nie sposób przypisać im wartości gospodarczej, dlatego też w tym zakresie podlegają odtajnieniu.

Jednocześnie Izba nie przychyliła się do wniosku Odwołującego o zbadanie prawidłowości dokumentów, których utajnienie usankcjonowała mając na względzie fakt, iż Izba orzeka w granicach zarzutów (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp). Rolą Izby nie jest ocena poprawności oferty w szerokim znaczeniu a czynności dokonanych przez zamawiającego w tym zakresie. Konieczne jest więc sprecyzowanie zarzutu, z podaniem okoliczności prawnych i faktycznych (w ogólności).

Reasumując, stwierdzić należy, iż rolą zamawiającego jest ocena działań wykonawców w przedmiocie zastrzegania poufności informacji ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa. Zazwyczaj rozstrzygające znaczenie dla weryfikacji czynności wykonawców w tym aspekcie będą miały wyjaśnienia wykonawców, jednakże jak pokazuje niniejsza sprawa, istotne znaczenie mogą mieć również działania wykonawców podjęte w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zwłaszcza w przypadku uzupełniania dokumentów. Niemniej jednak nie ulega wątpliwości, iż ocena dokonywana przez zamawiającego winna być przeprowadzona w odniesieniu do każdego dokumentu z osobna, przy rozważeniu charakteru informacji zawartych w danym dokumencie oraz przy uwzględnieniu okoliczności prawnych i faktycznych.

W tym miejscu wyjaśnić należy, iż przepis art. 180 ust. 1 ustawy Pzp nie może być podstawą do wnioskowania, iż zaniechanie czynności odtajnienia dokumentów przez zamawiającego nie podlega kwestionowaniu. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż wbrew twierdzeniom Zamawiającego, ustawodawca wskazał, iż podstawą odwołania może być fakt zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności, do której był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. Brak natomiast ograniczenia, że chodzi o bierność zamawiającego jedynie do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej, bowiem ustawodawca w odniesieniu do zaniechania czynności nie wskazuje, iż musi mieć ono miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe stanowisko uzasadnia również okoliczność, iż załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba nie podziela również stanowiska Zamawiającego, że zaniechanie odtajnienia przez zamawiającego dokumentów, które w istocie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, stoi na przeszkodzie uwzględnieniu odwołania, gdyż powyższe nie miało wpływu na wynik postępowania. W orzecznictwie przesądzono, że wadliwość czynności zamawiającego w postaci utajnienia dokumentów może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania, bowiem stwierdzenie powyższego otwiera wykonawcom drogę do weryfikacji dotychczas utajnionych dokumentów, a przez to może doprowadzić do zmiany wyniku postępowania.

Stwierdzenie przez Izbę zaniechania odtajnienia wskazanych wyżej informacji przesądza o trafności zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp i stanowi podstawę do uwzględnienia odwołania, w świetle przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Z mocy przepisu § 1 ust. 1 pkt 3 powoływanego rozporządzenia, w celu wykazania,

że usługi zostały wykonane należycie wykonawca winien przedłożyć dokument. Jednocześnie ustawodawca nie określił katalogu dokumentów, służących potwierdzeniu wskazanych okoliczności. W związku z powyższym rozważenia wymaga, czy faktura VAT i polecenie przelewu kwoty, wynikającej z faktury, potwierdza fakt należytego wykonania przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, oba te dokumenty łącznie mogą służyć wykazaniu, że przedmiot zamówienia został wykonany prawidłowo. Faktura VAT wyraża bowiem zobowiązanie i roszczenie w ujęciu księgowym w odniesieniu do konkretnego zamówienia, zaś polecenie przelewu i w konsekwencji zapłata za określone zamówienie daje podstawy do przyjęcia, że zobowiązanie zostało wykonane należycie.

Wydaje się, że stanowisko to jest przesądzone w orzecznictwie (wyrok KIO z dn. 30.12.201 r., sygn. akt 2710/10, wyrok SO w Gdańsku z dn. 05.12.2008 r., sygn. akt XII Ga 391/08). Natomiast wskazywany przez Odwołującego wyrok KIO, mający jakoby potwierdzać słuszność stanowiska prezentowanego przez Odwołującego w tym przedmiocie, zapadł w odmiennym stanie faktycznym. Izba w tym składzie podziela również pogląd, iż faktura VAT nie jest wystarczającym dokumentem, na podstawie którego możliwe byłoby stwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Sytuacja zmienia się diametralnie w przypadku, gdy wykonawca w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w przedmiocie doświadczenia, składa fakturę VAT wraz z poleceniem zapłaty.

Przedstawienie obu tych dokumentów przez Przystępującego pozwala przyjąć, iż referencyjny przedmiot zamówienia został wykonany w sposób prawidłowy. Jednocześnie za nieuprawnione należy uznać oczekiwanie, iż wykonawca musi dysponować dokumentem, z którego wprost przedmiotowa okoliczność winna wynikać. Powyższe nie znajduje uzasadnienia w treści powołanego przepisu rozporządzenia, przy uwzględnieniu różnych reżimów prawnych, w jakich wykonawcy realizują zamówienie i braku podstaw do żądania od zamawiającego oświadczeń, zawierających określoną treść. Z tych względów zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

Zgodnie z definicją słownikową „tłumaczenie” oznacza przekład wypowiedzi lub tekstu z jednego języka na inny. Biorąc powyższe pod uwagę, nie sposób stwierdzić, iż wykaz dostaw dołączony do oferty (str. 17) nie stanowił przekładu dokumentu - wykazu dostaw (str. 16) z j. angielskiego na j. polski. Dokument w j. polskim odzwierciedla bowiem treść dokumentu w j. angielskim. Fakt, że w dokumencie przetłumaczonym dodano pewną treść, korespondującą zresztą z numerami porządkowymi (odpowiadającymi numerom zadań) w dokumencie obcym, w ocenie Izby, nie stoi na przeszkodzie stwierdzeniu, iż mamy do czynienia z tłumaczeniem dokumentu a nie z odrębnym dokumentem. Nadto, wyjaśnienia

złożone na rozprawie przez tłumacza przysięgłego pozwalają na przyjęcie, iż powyższy zabieg mieści się w zakresie dozwolonych przypisów, dokonywanych przez tłumacza.

Jednocześnie wskazać należy, iż przedmiotowa kwestia nie ma może mieć wpływu na niniejsze rozstrzygnięcie, bowiem kwestionowany wykaz, wobec przedstawienia w wyniku uzupełnienia, innego wykazu dostaw, nie stanowi podstawy do oceny wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Zaś w odniesieniu do uzupełnionego wykazu wskazana okoliczność w ogóle nie znalazła potwierdzenia. Zatem, zarzut naruszenia przepisów 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z § 6 ust. 4 powołanego rozporządzenia nie znalazł potwierdzenia.

W ocenie Izby, na obecnym etapie postępowania nie sposób stwierdzić, iż ziściły się przesłanki do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Jakkolwiek w uzupełnieniu Przystępujący przedstawił oświadczenie z dnia 23.08.2012 r. umocowanego przedstawiciela, to jednakże wymaga ustalenia, czy powołany dokument jest dokumentem właściwym do wykazania przedmiotowej okoliczności. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż możliwość posłużenia się przez wykonawcę przedmiotowym oświadczeniem aktualizuje się dopiero w sytuacji, jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie wydaje się zaświadczeń o niekaralności (§ 4 ust. 3 w zw. z ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów).

Rodzaj dostępnych rejestrów karnych, ujawnionych w przedstawionych przez Przystępującego raportach o niekaralności, nasuwa wątpliwości, czy oświadczenie o niekaralności jest dokumentem prawidłowym w świetle przytoczonych przepisów. Przedmiotowa kwestia wymaga więc wyjaśnienia, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W powyższych okoliczności przez iż świetle stwierdzenie Zamawiającego, Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu należy uznać za przedwczesne i z tych powodów nakazano unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na marginesie zauważyć należy, iż sam Zamawiający wydaje się dostrzegać powyższy problem, bowiem zwrócił na to uwagę w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. Z nieustalonych zaś przyczyn, w toku postępowania odwoławczego, zmienia swoje stanowisko.

Dodatkowo wyjaśnić należy, iż obowiązek wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp aktualizuje się dopiero po przedstawieniu dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, stąd też uprzednie wezwanie do wyjaśnień jako nie mające oparcia w stanie faktycznym nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy.

21

W ocenie Izby, brak podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż ofertę wykonawcy wykluczonego z mocy prawa uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp). Natomiast podjęcie czynności w postaci odrzucenia oferty wymagane jest w sytuacji, gdy oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu lub niezaproszonego do składania ofert (art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp). Ustawodawca dokonał więc wyraźnego rozróżnienia pomiędzy czynnością odrzucenia oferty a wystąpieniem tego skutku z mocy prawa. Powyższe pozwala na konstatację, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znajdzie zastosowanie jedynie w postępowaniach wieloetapowych, co oznacza, że zakresy norm prawnych wynikających ze wskazanych przepisów nie krzyżują się, a w związku z powyższym przepisy te nie mogą pozostawać w zbiegu.

Nadto, wobec braku podstaw do stwierdzenia, iż Przystępujący podlega wykluczeniu z niniejszego postępowania, nie znajduje uzasadnienia twierdzenie Odwołującego, iż ofertę Przystępującego należy uznać za odrzuconą.

W ocenie Izby, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić jedynie w sytuacji, w której treść oferty stoi w sprzeczności z wymogami zamawiającego, ale co istotne, nie chodzi o wymogi formalne a merytoryczne.

Zdaniem Izby, sformułowany przez Odwołującego zarzut zasadza się na formalnych uchybieniach w treści oferty, nie odnosi się zaś obowiązków wykonawcy w świetle wymagań Zamawiającego. W tym miejscu konieczne wydaje się wyjaśnienie, że warunki oraz zakres odpowiedzialności gwaranta z tytułu gwarancji jakości stanowią instytucję odrębną względem terminu gwarancji, który ma to znaczenie, że odpowiedzialność z gwarancji powstanie, jeśli wada ujawni się w terminie gwarancji.

Zamawiający oczekiwał zadeklarowania udzielenia gwarancji na określony termin i Przystępujący wymagania Zamawiającego w tym zakresie spełnił. Wskazanie zaś, że gwarancja będzie udzielona na warunkach określonych przez ESCO nie stoi w sprzeczności z postanowieniami SIWZ, na co sam Odwołujący nie wskazuje. Co więcej, zdaniem Izby, Zamawiający stanowiąc, w załączniku nr 5A do SIWZ, o konieczności dostarczenia dokumentu gwarancji, godził się na zaproponowanie warunków gwarancji przez wykonawcę.

Stwierdzone przez Izbę naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp pozwalają na stwierdzenie, iż Zamawiający naruszył w niniejszym postępowaniu zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

22

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: ……

……..

……..