

WYROK

z dnia 16 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę M. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ABM M. A. z siedzibą w Pile, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Pile, przy udziale wykonawcy TDC Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - M. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ABM M. A. z siedzibą w Pile i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Pile, prowadzi w trybie przetargu

nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zakup ekranu LED”, numer sprawy 1/PN/2018. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 marca 2018 r. pod numerem 537349-N-2018.

W dniu 30 kwietnia 2018 r. wykonawca M. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ABM M. A. z siedzibą w Pile, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy

wybranego, pomimo że w ofercie świadomie przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania, polegające na złożeniu dokumentu wymienionego w Rozdziale VI w części A ust. 2 pkt 4) SIWZ, co do którego istnieje uzasadnione podejrzenie, że zawiera on informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy.

2. art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego z uwagi na jej niezgodność z przepisami ustawy Pzp, tj. art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa co do informacji, które nie spełniają przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa.

3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i niezachowanie uczciwej konkurencji podczas czynności badania i oceny ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pokrzywdzeniem odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Ponownego badania i oceny ofert.

3. Wykluczenia TDC POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

4. Dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

5. Zasądzenia kosztów postępowania na rzecz odwołującego, w tym kosztów

związanych z dojazdem odwołującego na rozprawę.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z

korespondencji elektronicznej odwołującego z producentem Yes Tech Optoelectronic Industrial Park (Chiny) potwierdzającej, że wskazany producent nie udzielił wybranemu wykonawcy autoryzacji oraz o przeprowadzanie dowodu z oferty wybranego wykonawcy w części zastrzeżonej tajemnicą przedsiębiorstwa i przeprowadzenie dowodu z dokumentu - oświadczenia producenta o autoryzacji na okoliczność świadomego złożenia przez TDC POLSKA sp. z o.o. informacji wprowadzających w błąd zamawiającego odnośnie spełnienia przez wybranego wykonawcę wymogu posiadania autoryzacji tego producenta.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Uzasadnienie zarzutu 1

Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Redakcja

tego przepisu nie pozostawia wątpliwości, co do tego, iż w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie informacje wprowadzające w błąd zamawiającego mające wpływ na wynik postępowania, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia. W doktrynie słusznie przyjmuje się, że podanie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w ofercie nie można uznać za „błąd”

podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednolita i zachowująca aktualność w nowym stanie prawnym w tym zakresie linia orzecznicza Krajowej Izby

Odwoławczej nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż możliwość uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w tym trybie w przypadku złożenia nieprawdziwych informacji jest wyłączona. W konsekwencji Zamawiający ocenia wyłącznie pierwotnie złożone wraz z ofertą dokumenty (wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2016 r., KIO 1/16 oraz wyroki w sprawach KIO 526/15, KIO 177/15, KIO 1370/15).

W ocenie Odwołującego wybrany wykonawca świadomie wprowadził w błąd zamawiającego przedkładając wraz z ofertą dokument potwierdzający, że posiada autoryzację producenta. Zgodnie z rozdziałem VI część A ust. 2 pkt 4 SIWZ zamawiający oczekiwał od wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego załączenia tego dokumentu do oferty. W ocenie odwołującego dokument ten

stanowi element treści oferty, albowiem odnosi się do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie przesądził jego charakteru w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednak abstrahując od kwalifikacji prawnej tego dokumentu, uznać należy, że jego brak oznaczałby utratę możliwości ubiegania się wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z dołączonej do odwołania korespondencji elektronicznej pomiędzy Odwołującym, a producentem Yes Tech Optoelectronic Industrial Park (Chiny) wynika, że producent ten nie potwierdził autoryzacji dla wybranego wykonawcy, a według najlepszej wiedzy odwołującego wykonawca TDC Polska SP. z o.o. mógł uzyskać przedmiotową autoryzację wyłącznie od wskazanego producenta. Istnieje wobec tego uzasadnione podejrzenie, że wybrany wykonawca przedstawił oświadczenie, które nie jest zgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, co uzasadnia jego wykluczenie z przedmiotowego postępowania. Na dowód powyższego Odwołujący załączył do odwołania korespondencję elektroniczną Odwołującego z producentem Yes Tech Optoelectronic industrial Park (Chiny) potwierdzającą, że wskazany producent nie udzielił wybranemu wykonawcy autoryzacji wraz z tłumaczeniem na język polski. Odwołujący wskazał, że oświadczenie producenta o autoryzacji miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż stanowiło podstawę uznania treści oferty TDC Polska sp. z o.o. za zgodną z treścią SIWZ i wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej. Działanie wybranego wykonawcy było umyślne, gdyż zdawał sobie on sprawę, że nie posiada autoryzacji producenta, a mimo to przedstawił dokument wskazujący, że taką autoryzację posiada. Gdyby takiego oświadczenia nie złożył jego oferta byłaby niezgodna z SIWZ i nie mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Ponieważ działanie wybranego wykonawcy było świadome (umyślne), to wnioskując z większego na mniejsze [argumentom a maiori ad minus) stanowiło podstawę do jego wykluczenia w oparciu o dyspozycję przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp, skoro przepis ten wymaga mniejszego stopnia winy wykonawcy w postaci lekkomyślności lub niedbalstwa. Zaistniała sytuacja powoduje jednocześnie konieczność weryfikacji uprawdopodobnionych podejrzeń odwołującego przez Krajową Izbę Odwoławczą, ponieważ odwołujący wobec bezpodstawnego ograniczenia dostępu do pełnej oferty wybranego wykonawcy, nie może ocenić jej prawidłowości. Stąd też, zasadny i konieczny jest wniosek o przeprowadzenie dowodu z oferty wybranego wykonawcy w części zastrzeżonej tajemnicą przedsiębiorstwa i przeprowadzenie dowodu z dokumentu - oświadczenia producenta o autoryzacji i skonfrontowanie jego treści z treścią korespondencji elektronicznej prowadzonej przez odwołującego z producentem Yes Tech Optoelectronic Industrial Park (Chiny) w celu potwierdzenia zasadności zarzutu odwołującego. Wobec bezpodstawnego utajnienia przez zamawiającego części oferty wybranego wykonawcy odwołujący nie dysponuje innymi (poza wskazanymi wyżej) środkami dowodowymi umożliwiającymi wykazanie zasadności zgłoszonego zarzutu.

Uzasadnienie zarzutu 2.

Podstawę zarzutu stanowi art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Wskazana w tym przepisie niezgodność oferty z ustawą odnosi się zarówno do Prawa zamówień publicznych (zob. wyrok KIO z 3.04.2009 sygn. KIO/UZP 367/09, LEX nr 498640), jak i przepisów wykonawczych wydanych na podstawie tej ustawy oraz przepisów aktów prawnych, do których się ona odwołuje, np. Prawa budowlanego, Kodeksu cywilnego (zob. wyrok SO w

Warszawie z 3.09.2004 r., V Ca 1738/04, niepubl.). Za niezgodne z ustawą uznaje się w pierwszej kolejności oferty naruszające zasady udzielania zamówień publicznych zawarte w art. 7 - 9 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego oferta wybranego wykonawcy winna być odrzucona, gdyż narusza ona przepisy ustawy Pzp z uwagi na zastrzeżenie w niej tajemnicy przedsiębiorstwa co do informacji, które nie spełniają przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa. Niezgodność oferty wybranego wykonawcy dotyczy przepisu art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej zwanej „u.z.n.k.”). Zgodnie z

art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a ograniczenie przez zamawiającego dostępu do informacji związanych z postępowaniem może być dokonane wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2). Ustawa wskazuje jednocześnie, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, o ile wykonawca, nie później niż w terminie składania oferty, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3).

W celu wykonania obowiązku wynikającego z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, tj. zweryfikowania, czy ograniczenie dostępu do informacji znajduje uzasadnienie i oparcie w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, obowiązkiem zamawiającego jest w szczególności zbadanie, czy informacje objęte przez wykonawcę zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 u.z.n.k.. Jeśli w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy (np. art. 96 ust. 3) lub odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (por. Uchwała SN z dnia 21.10.2005 r., sygn. akt III CZP 74/05).

Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp uznając, że wybrany wykonawca wykazał, iż zastrzeżony przez niego dokument - oświadczenie producenta o autoryzacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca TDC POLSKA sp. z o.o. w dokumencie zatytułowanym „zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa” zastrzegł informacje na stronach 22- 40 oferty oraz na płycie CD. Ujawnienie dotyczyło w szczególności dokumentu wymaganego przez zamawiającego w Rozdziale VI w części A ust. 2 pkt 4) StWZ potwierdzającego, że firma serwisująca/montująca Ekran LED oraz oprogramowanie posiada autoryzację producenta. Zamawiający nie przeprowadził, nawet w podstawowym zakresie badania, czy istnieją przesłanki do uznania, iż informacje zawarte w tym dokumencie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy. W piśmie z dnia 24.04.2018 r. stanowiącym odpowiedź na pismo odwołującego z dnia 23.04.2018 r. zamawiający w punkcie 3 ograniczył się wyłącznie do barda» ogólnego stwierdzenia, że oświadczenie producenta o autoryzacji (str. 37 oferty TDC Polska sp. z o.o.) zostało zastrzeżone przez TDC jako poufne, dlatego nie może zostać udostępnione innym podmiotom uczestniczącym w niniejszym zamówieniu publicznym. Ponadto, zamawiający nie odpowiedział na kolejne pismo odwołującego w tej sprawie, które zostało do niego skierowane w dniu 25.04.2018 r.

Niezależnie od tego wskazać należy, że na gruncie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ciężar dowodu, że dana zastrzeżona Informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Sformułowanie użyte przez ustawodawcę, w którym akcentuje się obowiązek „wykazania” oznacza coś więcej aniżeli wyjaśnienie (uzasadnienie) przyczyn co do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. A już z pewnością za wykazanie nie może być uznane ogólne uzasadnienie, sprowadzając się de facto do przytoczenia jedynie elementów definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, wynikającej z przepisu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tak: wyrok KIO z 26.04.2017, KIO 703/17).

Wybrany wykonawca zobowiązany był zatem wykazać łączne wystąpienie następujących przesłanek definicji legalnej tajemnicy przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 4 u.z.n.k., a mianowicie to, że:

- 1) informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny lub inny posiadający wartość gospodarczą,
- 2) informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Argumenty przytoczone w wyjaśnieniach TDC POLSKA sp. z o.o. nie dają podstaw do uznania, że tajemnica przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentu - oświadczenia producenta o autoryzacji została skutecznie zastrzeżona.

W ocenie odwołującego za tajemnicę przedsiębiorstwa nie może być uznane samo oświadczenie producenta o autoryzacji. Dokument ten nie zawiera informacji, które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa producenta czy dystrybutora produktów, w szczególności informacji technicznych, technologicznych czy organizacyjnych, a jego treść sprowadza się wyłącznie do potwierdzenia przez wykonawców, że oferowane przez nich dostawy spełniają wymogi określone przez zamawiającego, w tym wypadku wymóg posiadania autoryzacji producenta (rozdział VI część A - ust 2 pkt 4) SIWZ.).

Ponadto wybrany wykonawca nie uzasadnił ani nie przedstawił żadnych dowodów, że

wskazany dokument posiada dla niego wartość gospodarczą. Przytoczenie przez wykonawcę w treści pisma „zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa” dyspozycji przepisu art. 11 ust 4 u.z.n.k. oraz powołanie się na wyrok KIO z dnia 7.01.2016 r. sygn. akt KIO 2743/15 jest niewystarczające dla przyjęcia, że informacje zawarte w dokumencie - oświadczeniu producenta o autoryzacji posiadają dla niego wartość gospodarczą. Nawet w treści wskazanego orzeczenia, KIO wskazuje, że wartość gospodarcza informacji musi mieć

wymiar obiektywny, a zatem samo przekonanie przedsiębiorcy o wartości posiadanych przez niego informacji rozumiane w ten sposób, że „bez wątplenia pozwalają mu zachować konkurencyjność cen, towarów i usług” jest zbyt ogólne i niewystarczające dla uznania, że wykonawca wykazał spełnienie tej przesłanki.

W końcu wybrany wykonawca nie sprostął ciężarowi wykazania, że podjął niezbędne działania celem zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Wskazał jedynie, że kwestię poufności zastrzeżonego dokumentu reguluje odpowiedni aneks do umowy poufności, lecz z treści pisma „zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa” nie wynika, aby wybrany wykonawca przedstawił zamawiającemu umowę poufności wraz z aneksami. Marginalnie nadmienić należy, że zastrzeżenie tajemnicy w wybranej ofercie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów ofertowych, nie stanowi

podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (por. wyrok KIO o sygn. akt 331/12, wyrok KIO o sygn. akt KIO 100/12).

Reasumując stwierdzić należy, że oferta wybranego wykonawcy narusza zasadę jawności postępowania określoną w art. 8 ust 1 ustawy Pzp i art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z

art. 11 ust. 4 u.z.n.k. wobec braku wykazania przez wybranego wykonawcę, że przedłożone przez niego wraz z ofertą oświadczenie producenta o autoryzacji zawiera informacje

stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zaniechania zweryfikowania przez zamawiającego skuteczności zastrzeżenia tej tajemnicy. W tym stanie rzeczy oferta wybranego wykonawcy winna być, w ocenie Odwołującego, odrzucona jako niezgodna z

przepisami ustawy.

Uzasadnienie zarzutu 3.

Obowiązkiem zamawiającego w toku badania ofert było ustalenie, czy wykonawca TDC POLSKA sp. z o.o. skutecznie zastrzegł informacje stanowiące w jego ocenie tajemnicę przedsiębiorstwa. Treść korespondencji pomiędzy zamawiającym, a wybranym wykonawcą wskazuje, że zamawiający w ogóle nie zbadał podstawy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i nieprawidłowo ocenił skuteczność jej zastrzeżenia w odniesieniu do dokumentu stanowiącego element oferty tego wykonawcy, tj. oświadczenia producenta o

autoryzacji. Ograniczył więc odwołującego w jego prawie do kontroli prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności uniemożliwił odwołującemu możliwość weryfikacji całej oferty wybranego wykonawcy, a tym samym ocenę czyjej treści jest zgodna z SIWZ, przez co pośrednio uniemożliwił mu również skorzystanie w pełni ze środków ochrony prawnej. Nie może być tak, że zamawiający toleruje sytuację, w której spośród dwóch złożonych w postępowaniu ofert, jedna jest dostępna w pełnym zakresie, a druga jest zastrzeżona przez tajemnicę, pomimo braku wykazania przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu przesłanek jej skutecznego zastrzeżenia.

W świetle tych okoliczności wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił z pokrzywdzeniem Odwołującego, ponieważ podczas badania i oceny ofert zamawiający dopuścił się naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu (art. 7 ust, 1 Pzp).

W tym stanie rzeczy, odwołanie, zdaniem Odwołującego, zasługuje na uwzględnienie.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2018 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie domagając się jego oddalenia w całości. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania Zamawiający wskazał, co następuje.

Zarzut 1

Zamawiający wskazał, że nie było podstaw do wykluczenia wykonawcy TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Zamawiający nie stwierdził, że Wykonawca przedstawił w swojej ofercie informacje, które mogły wprowadzić w błąd Zamawiającego, a mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Chodzi tu o dokument potwierdzający, że firma serwisująca/montująca Ekran LED oraz oprogramowanie posiada autoryzację producenta, do złożenia którego zobligowani byli wykonawcy zgodnie z zapisami Rozdziału VI w części A pkt 2 pkt 4) SIWZ. Wykonawca przedstawił w tym względzie oryginał oświadczenia wystawionego przez SCEO Deutschland GmbH z siedzibą w Berlinie, poświadczającego, że TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu jest wyłącznym dostawcą i dystrybutorem rozwiązań marki SCEO i posiada autoryzację na sprzedaż, instalację oraz serwisowanie wszelkich produktów marki SCEO (urządzeń oraz oprogramowania) na terenie całej Europy (str 37 oferty). Zamawiający nie widzi podstaw do zaistnienia uzasadnionego podejrzenia, że dokument o którym mowa wyżej zawiera informacje niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy.

Odwołujący utrzymuje na podstawie korespondencji elektronicznej prowadzonej z przedstawicielem firmy Yes Tech Optoelectronic Industrial Park (Chiny), iż producent ten nie potwierdził autoryzacji dla wykonawcy TDC Polska Sp. z o.o. Zaznaczyć tu należy, iż Odwołujący nie posiadał wiedzy, jaki ekran LED zaoferował Wykonawca jak też kto jest producentem zaoferowanego ekranu LED.

Zarzut 2

Zamawiający nie zgadza się z powyższym zarzutem i stoi na stanowisku, iż brak było podstaw prawnych do odrzucenia oferty Wykonawcy TDC Polska Sp. z o.o. Prawdą jest, iż

Wykonawca TDC Polska Sp. z o.o. zastrzegł niektóre elementy swojej oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa, m.in. zastrzeżenie dotyczyło oświadczenia Firmy SCEO Deutschland GmbH z siedzibą w Berlinie, jednakże po przeanalizowaniu treści ww. dokumentu, Zamawiający podjął decyzję o jego odtajnieniu, gdyż zdaniem Zamawiającego dokument ten nie zawiera informacji o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tej. Dz. U. z 2018 r. poz. 419).

Zamawiający wyjaśnił, że pismem z dnia 24.04.2018 r. poinformował Wykonawcę TDC Polska Sp. z o.o. o swojej decyzji tj. odtajnienia ww. dokumentu.

Zamawiający na wniosek Odwołującego udostępnił Odwołującemu jego kserokopię, którą przekazał pismem z dnia 27 kwietnia 2018 r.

Zarzut 3.

Zamawiający wyjaśnił, że do wszystkich wykonawców stosował tę samą miarę, od wszystkich wymagał takich samych dokumentów. Wszystkie dokumenty wnikliwie analizował. Wszystkie czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania wykonywane były przez osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Przedmiotowe postępowanie prowadzone było w trybie zapewniającym najwyższą z możliwych zasad konkurencyjności tj. przetargu nieograniczonego.

Zamawiający w Rozdziale VI pkt 3 SIWZ poinformował potencjalnych wykonawców, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest z zastosowaniem art. 24aa ustawy Pzp, a więc Zamawiający zastrzegł sobie możliwość dokonania w pierwszej kolejności oceny ofert, a następnie zbadania, czy wykonawca którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ponadto Zamawiający wyjaśnił, że W niniejszym postępowaniu najwyżej oceniona kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ (cena 60 96; okres gwarancji 20%; termin realizacji zamówienia 20%) została oferta Firmy TDC Polska SP, z o.o., która w rankingu ofert znalazła się na I miejscu uzyskując 99,77 pkt

Oferta Odwołującego uplasowała się na II miejscu uzyskując 87,00 pkt.

Zgodnie z art. 24aa ustawy PZP Zamawiający po dokonaniu oceny złożonych ofert, przystąpił do badania oferty ocenionej jako najkorzystniejsza, czy nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ocenie i badaniu podlegały również dokumenty zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca,

zdaniem Zamawiającego w sposób niebudzący wątpliwości wykazał załączając do oferty stosowne wyjaśnienie, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający zakwestionował jedynie dokument potwierdzający, że firma TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu posiada autoryzację producenta, gdyż uznał, że dokument ten nie zawiera informacji o których mowa w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 419) i podjął decyzję o jego odtajnieniu. Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać za bezpodstawne zarzuty naruszenia przez Zamawiającego wymienionych na wstępie przepisów ustawy w stosunku do TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Nie naruszono art. 7 ust. 1 gdyż całe postępowanie było i jest prowadzone z zapewnieniem zasad konkurencyjności i równego traktowania wykonawców, Oferta Odwołującego była mniej korzystna od oferty TDC Polska Sp. z o.o. . Pomimo faktu, że cena jej była niższa od wybranej o 2 460,00 zł to pozostałe warunki zaoferowane przez Odwołującego takie jak: termin realizacji zamówienia i okres gwarancji były na minimalnym poziomie.

W świetle wypełnienia przez Zamawiającego wszystkich obowiązków wynikających z przepisów prawa, w szczególności w aspekcie rzetelnego sprawdzenia czy nie naruszono art. 24 ust. 1 pkt 17), art. 89 ust. 1 pkt 1) Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i była to oferta firmy TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, czyli uczynił to zgodnie z dyspozycją przepisu art. 91 ust. 1, czym przepisów nie naruszył.

Pismem z dnia 10 maja 2018 r. Odwołujący w związku z otrzymaniem od Zamawiającego po wniesieniu odwołania, pisma datowanego na 27.04.2018 r. i oświadczenia SCEO Deutschland GmbH, złożył stanowisko na piśmie. Odwołujący wskazał, że Zamawiający poinformował odwołującego o odtajnieniu części oferty wybranego wykonawcy po wyborze oferty najkorzystniejszej i po wniesieniu odwołania. W ocenie odwołującego czynność zamawiającego polegająca na odtajnieniu części oferty TDC Polska sp. z o.o. jest spóźniona i nieskuteczna, albowiem powinna zostać dokonana najpóźniej do wyboru oferty najkorzystniejszej. W tej dacie zamawiający ostatecznie przekazuje wykonawcom informacje co do dokonanej przez siebie oceny skuteczności poczynionych zastrzeżeń. Stanowisko odwołującego w tej kwestii znajduje potwierdzenie w orzecnictwie KIO (tak: m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.05.2013 r., KIO 938/13).

Dokonując czynności odtajnienia po wyborze oferty najkorzystniejszej i po wniesieniu odwołania zamawiający uniemożliwił odwołującemu zapoznanie się z informacjami zastrzeżonymi w ofercie TDC Polska sp. z o.o., weryfikację prawidłowości oceny przez zamawiającego tej oferty i formułowanie merytorycznych zarzutów co do zgodności oferty wybranego wykonawcy z SIWZ. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jest zasadny.

Zawarte w piśmie z dnia 27.04.2018 r. twierdzenie zamawiającego jakoby w dniu 24.04.2018 r. podjął on decyzję o odtajnieniu dokumentu uznanego za wybranego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa (oświadczenie SCEO Deutschland GmbH) jest

nieprawdziwe i świadczy o ewidentnym manipulowaniu przez zamawiającego rzeczywistym przebiegiem postępowania. Odwołujący w dniu 25.04.2018 r. otrzymał pismo zamawiającego

datowane na 24.04.2018 r. stanowiące odpowiedź na pismo odwołującego z dnia 23.04.2018 r., w którym zamawiający w sposób jednoznaczny przesądził o tym, że nie odtajni wskazanego wcześniej dokumentu powołując się na jego poufny charakter.

Gdyby Odwołujący wiedział o odtajnieniu oferty wybranego wykonawcy we wskazanym zakresie najpóźniej w chwili wyboru oferty najkorzystniejszej, to nie złożyłby odwołania z zarzutami sformułowanymi pod numerami 2 i 3. Znamienne przy tym jest, że w piśmie z dnia 27.04.2018 r. zamawiający poinformował Odwołującego, że decyzję o odtajnieniu dokumentu podjął rzekomo w dniu 24.04.2018 r., lecz nie dołączył do swojego pisma decyzji, na którą się powołał, co tylko utwierdza Odwołującego w przekonaniu, że wskazane pismo zostało wytworzone już po wyborze oferty najkorzystniejszej i nie może być uwzględnione na etapie postępowania odwoławczego.

Niezależnie od tego, że czynność Zamawiającego polegająca na częściowym odtajnieniu oferty wybranego wykonawcy była spóźniona podnieść należy, że nie można tej

czynności utożsamiać z uwzględnieniem zarzutu odwołującego, o którym mowa poniżej z tego względu, że zarzut odwołującego nie odnosił się do nakazania zamawiającemu czynności odtajnienia oferty wybranego wykonawcy, co byłoby zresztą niedopuszczalne z uwagi na ograniczony zakres zarzutów przysługujących odwołującemu w przypadku przetargu poniżej progu unijnego. Jeśli więc zamawiający po wniesieniu odwołania przez Odwołującego chciał zweryfikować swoje stanowisko w zakresie utrzymania tajności zastrzeżonego przez wybranego wykonawcę dokumentu, to powinien on uwzględnić zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 3

ustawy Pzp i odrzucić ofertę tego wykonawcy. Pogląd ten obecny jest w doktrynie i judykaturze. Za sprzeczną z ustawą należy uznać także ofertę, w której wykonawca zastrzegł udostępnianie zawartych w niej informacji niezgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a więc zastrzegł udostępnianie informacji, które nie mogą być uznane za tajemnice przedsiębiorstwa. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 ma charakter obligatoryjny, a więc zaistnienie okoliczności przewidzianej w tym przepisie musi skutkować odrzuceniem oferty (por: J. Pieróg Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2017, wyd. 14). Nadto Sąd Okręgowy w Łodzi, w uzasadnieniu orzeczenia z 20.10.2005 r., III Ca 919/04 (niepubl.), wyraził pogląd, że zamawiający jest związany dokonany przez wykonawcę zastrzeżeniem, co do wyłączenia jawności części informacji zawartych w ofercie, żaden bowiem przepis ustawy nie upoważnia go do dowolnego odnoszenia się do takiego zastrzeżenia. Skoro taka oferta jest spreczna z art. 11 ust. 4 u.z.n.k, podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 (podobnie wyroki ZA w sprawach UZP/ZO/O-72/05; UZP/ZO/O-122/05; wyrok ZA z 21.3.2005 r., UZP/ZO/O-473/05).

Co zaś tyczy się oświadczenia SCEO Deutschland GmbH, podnieść należy, że informacje zawarte w tym dokumencie są niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. Podmiot działający pod firmą SCEO Deutschland GmbH z siedzibą w Berlinie nie jest producentem ekranów LED (telebimów), a niemieckim oddziałem wykonawcy TDC POLSKA sp. z o.o., co wynika wprost z informacji zamieszczonych na stronie internetowej. Gdyby wskazany podmiot był producentem, to wybrany wykonawca w okresie poprzedzającym wszczęcie postępowania przetargowego nie podejmowałby działań prowadzących do zakupu ekranu LED bezpośrednio w YesTech Optoelectronic Industrial Park (złożone zamówienie i wpłata zaliczki) oraz nie wystąpiłby do tego producenta z prośbą o wystawienie zaświadczenia, które było konieczne do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne (oświadczenia o autoryzacji). W uzyskaniu tego oświadczenia z pewnością pomocna okazała się okoliczność, że prezes zarządu TDC POLSKA sp. z o.o. — J. N. jest jednocześnie prezesem zarządu SCEO Deutschland GmbH i udziałowcem firmy SCEO Deutschland GmbH w 50% i mógł z łatwością takie oświadczenie wystawić.

W dniu 7 maja 2018 r. wykonawca TDC Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego do udziału w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę TDC Polska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej: Przystępujący), przystąpienia do udziału w przedmiotowym postępowaniu w charakterze uczestnika postępowania, gdyż w ocenie składu orzekającego zostały wypełnione wszystkie przesłanki o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Jak wynika z treści dokumentacji postępowania, zgodnie z postanowieniem zawartym

w rozdziale VI.A.2.4) SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli dołączyć do oferty dokument potwierdzający, że firma serwisująca/montująca Ekran LED oraz oprogramowanie posiada autoryzację producenta.

Z treści złożonej oferty wynika, że Przystępujący zaoferował ekran SCEO Deutschland GmbH o oznaczeniu SCEO LED SCREEN PH5.9R-0418. Wykonawca ten załączył do oferty oświadczenie SCEO Deutschland GmbH z siedzibą w Berlinie, zgodnie z którym TDC Polska Sp. z o.o. jest wyłącznym dostawcą i dystrybutorem rozwiązań marki SCEO i posiada autoryzację na sprzedaż, instalację oraz serwisowanie wszelkich produktów marki SCEO (urządzeń oraz oprogramowania) na terenie całej Europy. Dokument ten został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Ponadto na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła również, że Odwołujący zwracał się do Zamawiającego z prośbą o udostępnienie protokołu postępowania wraz z najkorzystniejszą ofertą (pismo z dnia 18.04.2018 r.). W odpowiedzi Zamawiający pismem z dnia 23.04.2018 r. udostępnił Odwołującemu skan oferty Przystępującego z wyłączeniem stron objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, skan wezwania ww. wykonawcy do dostarczenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, skan dokumentów dostarczonych na wezwanie oraz skan protokołu postępowania.

Pismem z dnia 23.04.2018 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego m.in. z prośbą o udostępnienie dokumentu znajdującego się na str. 37 oferty Przystępującego. Pismem z dnia 24.04.2018 r. Zamawiający poinformował Przystępującego o podjęciu decyzji w przedmiocie odtajnienia części oferty tego wykonawcy zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odtajnienie dotyczyło oświadczenia SCEO Deutschland GmbH o posiadaniu przez wykonawcę autoryzacji producenta. Informacja ta została przekazana Odwołującemu pismem z dnia 27.04.2018 r. jednocześnie wraz ze skanem odtajnionego dokumentu.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie podlega oddaleniu z następujących powodów.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu wskazać należy, że jest on bezzasadny. Cała argumentacja Odwołującego opierała się na założeniu, że Przystępujący zaoferował Zamawiającemu ekran LED firmy Yes Tech Optoelectronic Industrial Park (Chiny). Jednak z treści oferty Przystępującego wynika, że przedmiotem oferty jest ekran firmy SCEO Deutschland GmbH. Stąd też cała argumentacja i dowody zawarte w odwołaniu w zakresie zarzutu pierwszego uznać należy za chybione, ponieważ nie odnoszą się one do treści oferty Przystępującego.

Informacja na temat oświadczenia w przedmiocie autoryzacji producenta, a w konsekwencji informacja na temat tego, jakiej firmy ekran LED jest oferowany przez Przystępującego (zastrzeżone pierwotnie przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa) zostały udostępnione Odwołującemu dopiero w dniu 30 kwietnia 2018 r. tj. ostatniego dnia, w którym upływał termin na wniesienie odwołania, po jego wniesieniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Natomiast w piśmie z dnia 10 maja 2018 r. oraz podczas rozprawy Odwołujący argumentował, że nie ma znaczenia, iż Przystępujący zaoferował rozwiązania firmy Yes Tech Optoelectronic Industrial Park, lecz rozwiązanie firmy SCEO Deutschland GmbH, ponieważ firma SCEO Deutschland GmbH nie jest producentem ekranów LED. Na potwierdzenie powyższego twierdzenia Odwołujący argumentował, że firma ta jest oddziałem Przystępującego, nie posiada ona fabryki, prezesem zarządu Odwołującego oraz SCEO Deutschland GmbH jest ta sama osoba oraz że informacje zawarte w rejestrze handlowym z którego wynika m.in., że przedmiotem działalności tej firmy jest wytwarzanie ścian LED. Tym samym, w ocenie Odwołującego, oświadczenie złożone przez tą firmę i załączone do oferty Przystępującego nie jest oświadczeniem producenta.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w odniesieniu do rozpoznawanego zarzutu podczas rozprawy i w piśmie z dnia 10 maja 2018 r. w zakresie w jakim wykracza ono ponadto to, co zostało zawarte w treści odwołania, wskazać należy, że zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zakres rozstrzygnięcia, wyznacza więc treść odwołania. Stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań) odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne

uzasadniające wniesienie odwołania. Zatem treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również (a nawet przede wszystkim) okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. O treści zarzutu decyduje zatem przytoczona podstawa prawna oraz wskazane przez odwołującego okoliczności faktyczne.

Podkreślenia wymaga również, że orzecznictwo sądów powszechnych, jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie składu orzekającego przedstawiona zarówno w piśmie procesowym Odwołującego z dnia 10 maja 2018 r. oraz podtrzymana na rozprawie argumentacja wraz z dowodami, w zakresie jakim wykracza ponad treść odwołania, stanowi niedopuszczalne rozszerzenie na etapie rozprawy zarzutów zawartych w odwołaniu o nowe podstawy faktyczne, co powoduje de facto podniesienie nowych zarzutów, gdyż nie prowadzi do dowodzenia czegoś, co już zostało wskazane w odwołaniu, lecz do wskazania okoliczności faktycznych, które w odwołaniu nie zostały podane. Uznanie prezentowanej, nowej w stosunku do treści odwołania, argumentacji prowadziłoby de facto do swoistego przywrócenia Odwołującemu terminu na przedstawienie dodatkowych, nowych zarzutów, co jest niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów, gdyż termin na wniesienie odwołania nie podlega przywróceniu.

Reasumując: w treści odwołania Odwołujący argumentował, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd, ponieważ złożył autoryzację producenta, tj. firmy Yes Tech. Odwołujący twierdził, że producent ten nie potwierdził autoryzacji dla wybranego wykonawcy, a według najlepszej wiedzy Odwołującego, Przystępujący mógł uzyskać przedmiotową autoryzację wyłącznie od wskazanego producenta. Natomiast w piśmie z dnia 10 maja 2018 r. oraz podczas rozprawy Odwołujący wskazał, że nawet jeśli Przystępujący nie zaoferował rozwiązania firmy Yes Tech to nie ma to większego znaczenia, ponieważ firma SCEO nie jest producentem ekranów LED. Następnie Odwołujący przedstawił argumentację i dowody na okoliczność, że SCEO nie jest producentem ekranów LED. W ocenie Izby takie stanowisko należy odczytać jako podniesienie nowego zarzutu po terminie na wniesienie odwołania co jest niedopuszczalne, ze względów wskazanych powyżej.

Odnosząc się natomiast do pozostałych podniesionych zarzutów Izba również uznała, że są one bezzasadne.

W pierwszej kolejności waśnić należy, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jeżeli wykonawca nie wykonał ciężących na nim obowiązków zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy to brak uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie zwalnia Zamawiającego z obowiązku zachowania poufności wskazanych w ofercie informacji. Aktualne brzmienie przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie pozostawia również wątpliwości, że inicjatywa w powyższym zakresie należy wyłącznie do wykonawcy, który w odpowiednim momencie postępowania winien bez wezwania udowodnić Zamawiającemu zasadność poczynionego zastrzeżenia. Brak takich wyjaśnień lub złożenie wyjaśnień ogólnikowych - równoznaczne wyłącznie z formalnym dopełnieniem tego obowiązku, musi być traktowane jako rezygnacja z przewidzianej przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp ochrony, co aktualizuje po stronie Zamawiającego obowiązek ujawnienia nieskutecznie zastrzeżonych tajemnic przedsiębiorstwa informacji. Innymi słowy konsekwencją nieskutecznego objęcia przez wykonawcę tajemnicą przedsiębiorstwa wybranych treści oferty jest ich ujawnienie przez Zamawiającego, a nie odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, czego domaga się w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący.

Przystępujący objął tajemnicą przedsiębiorstwa informacje znajdujące się na stronach 22 - 40 złożonej oferty, jednakże z treści odwołania wnioskować należy, że Odwołujący nie zgadza się z objęciem tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentu o nazwie „autoryzacja producenta”. Jest bezsporne w przedmiotowej sprawie, że Zamawiający ujawnił objętą przez Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa treść oferty w zakresie oświadczenia firmy SCEO Deutschland GmbH z siedzibą w Berlinie, tj. dokumentu dotyczącego autoryzacji producenta.

Zamawiający wyjaśnił, że pismem z dnia 24 kwietnia 2018 r. poinformował Przystępującego o swojej decyzji tj. odtajnienia ww. dokumentu. Odwołującego natomiast poinformował o powyższym wraz z przekazaniem kopii ww. dokumentu, pismem z dnia 27 kwietnia 2018 r. Podczas rozprawy Odwołujący wykazał, że otrzymał ww. informację wraz z kopią dokumentu w dniu 30 kwietnia 2018 r., tj. ostatniego dnia terminu na wniesienie odwołania, po jego wniesieniu (odwołanie zostało wniesione ok. godz. 10.00 natomiast powyższa informacja została przekazana Odwołującemu ok. godz. 13.00). W piśmie z dnia 10 maja 2018 r. Odwołujący wskazał wprost, że gdyby wiedział o odtajnieniu oferty Przystępującego we wskazanym zakresie najpóźniej w chwili wyboru oferty najkorzystniejszej, to nie złożyłby odwołania z zarzutami sformułowanymi pod numerami 2 i 3.

Ponadto zwrócić uwagę należy, że choć żaden z przepisów ustawy Pzp nie wskazuje w jakim terminie Zamawiający ma przeprowadzić czynność badania skuteczności objęcia wybranej części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa, za zasadne i celowe uznać należy, że ostatecznym terminem, w którym wykonawcy powinni poznać wynik tej czynności jest wybór oferty najkorzystniejszej, a już z pewnością powinni oni poznać wynik tej oceny przed upływem terminu na wniesienie odwołania na tę czynność. Są bowiem sytuacje, w których odtajnienie przez Zamawiającego zastrzeżonej przez wykonawców treści ofert może mieć wpływ na ten wybór, a z pewnością może mieć wpływ na kształt ewentualnego odwołania i podniesionych w nim zarzutów. Analizując więc czynności podjęte przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w zakresie odtajnienia części treści oferty Przystępującego, Izba dostrzega, że odtajnienie dokumentu w zakresie autoryzacji producenta w stosunku do Odwołującego nastąpiło po terminie wyboru oferty najkorzystniejszej, a już z pewnością informacja ta dotarła do Odwołującego później niż do Przystępującego i w tym zakresie można by doszukiwać się naruszenia art. 7 ustawy Pzp. Jednak nie tego dotyczył sformułowany w odwołaniu zarzut. Zarzut odwołania dotyczył braku zbadania przez Zamawiającego, czy Przystępujący skutecznie zastrzegł informacje stanowiące w jego ocenie tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednak wobec odtajnienia przedmiotowych informacji przez Zamawiającego oraz mając na uwadze, że niezasadne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, uznać należy przedmiotowy zarzut za bezzasadny.

Dodatkowo wskazać należy, że w ocenie Izby, choć informacja o odtajnieniu przedmiotowego dokumentu wraz z udostępnieniem jego treści wpłynęła do Odwołującego ostatniego dnia, w którym upływał termin na odwołanie, miał on jeszcze czas na ewentualną modyfikację zarzutów odwołania lub przedstawienie nowych zarzutów, z zachowaniem terminu na wniesienie odwołania.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów 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 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: