

Sygn. akt: KIO 2411/12

**WYROK**  
z dnia 20 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie, Tabelaofert.pl Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowy Instytut Dziedzictwa w Warszawie**

przy udziale wykonawców:

- 1) **WGS84 Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**,
- 2) **Konsorcjum: Eurosystem S.A. z siedzibą w Chorzowie, Terramap Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**,

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, ujawnienie dokumentów zastrzeżonych przez WGS84 Polska Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, wezwanie Konsorcjum: Eurosystem S.A., Terramap Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w § 6 pkt I.1.2 SIWZ oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.**
2. **Kosztami postępowania obciąża Narodowy Instytut Dziedzictwa w Warszawie i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum: Geomar S.A., Tabelaofert.pl Sp. z o.o.** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Narodowego Instytutu Dziedzictwa w Warszawie** na rzecz **Konsorcjum: Geomar S.A., Tabelaofert.pl Sp. z o.o.** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowy Instytut Dziedzictwa w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wykonanie usługi digitalizacji rejestru zabytków w zakresie skanowania dokumentacji rejestrowej i utworzenia bazy danych obiektów przestrzennych wraz z dostosowaniem do struktur danych dotyczących zabytków nieruchomych i archeologicznych dla Narodowego Instytutu Dziedzictwa.*

W dniu 2 listopada 2012 r. Konsorcjum: Geomar S.A., Tabelaofert.pl Sp. z o.o. wniosło odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawców - WGS84 Polska Sp. z o.o. oraz Konsorcjum: Eurosystem S.A. i Terramap Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum Eurosystem) - a tym samym niezastosowanie się do obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, oraz udzielenia zamówienia wyłącznie Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców - WGS84 Polska Sp. z o.o. oraz Konsorcjum: Eurosystem S.A. i Terramap Sp. z o.o.,
3. art. 8 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP poprzez nieuprawnione ograniczenie dostępu do informacji związanych z przedmiotowym postępowaniem polegające na uznaniu zastrzeżonych w ofercie Spółki WGS84 Polska informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa,
4. Art. 87 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez bezprawne umożliwienie zmiany treści oferty w wyniku dokonanych przez Wykonawców - WGS84 Polska Sp. z o.o. oraz Konsorcjum: Eurosystem S.A. wyjaśnień.

W odniesieniu do wykonawcy WGS84 Polska Sp. z o.o. Odwołujący podniósł, że złożona przez tego wykonawcę oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z powodu braku wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy. Powyższy wymóg został sformułowany w § 10 pkt 13 SIWZ oraz w załączniku nr 3 do SIWZ pn. *Wzór formularza oferty / formularza cenowego*, którego wypełnienia Zamawiający wymagał zgodnie z brzmieniem art. 36 ust. 4 ustawy Pzp. Przepis ten nakłada na Zamawiającego obowiązek żądania złożenia przez

wykonawcę oświadczenia dotyczącego wskazania części zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy.

Odwołujący podniósł, że na wykonawcy spoczywa obowiązek przygotowania oferty w sposób odpowiadający treści SIWZ, a wszelkie błędy w jej przygotowaniu, które są nieusuwalne na mocy przepisów ustawy, powinny być interpretowane na jego niekorzyść. Skoro więc WGS84 Polska Sp. z o.o. zamierza posłużyć się przy wykonywaniu zamówienia podwykonawcą, a jednocześnie nie wskazuje w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcy, należy tę ofertę odrzucić jako niezgodną z treścią SIWZ. Odwołujący podniósł, że powyższy wymóg wynikał z postanowień SIWZ i nie może być traktowany na etapie badania i oceny ofert jako wymóg nieistotny.

Zdaniem Odwołującego, dowodem na to, że podanie informacji o zamiarze powierzenia części zamówienia podwykonawcy miało charakter istotnego warunku zamówienia, jest jej wpływ na sposób wykonania zamówienia. Zgodnie bowiem z zasadą swobody umów oraz zasadą przejrzystości stosunków prawnych, Zamawiający ma prawo żądać wykonania zamówienia zgodnie z treścią złożonej oferty, która - zgodnie z postanowieniami SIWZ - stanowi załącznik do umowy. W przedmiotowym postępowaniu treść złożonego oświadczenia w zakresie określenia części zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone podwykonawcy może mieć więc wpływ na samą realizację zamówienia. Gdyby bowiem wykonawca zmienił sposób wykonania zamówienia po wyborze oferty na inny niż wynika z treści oferty, byłoby to niezgodne z art. 140 ustawy Pzp, zaś w kontekście art. 144 ustawy Pzp zakazane są zmiany umowy w tym zakresie. Ponadto brak precyzyjnej informacji w tym zakresie może skutkować nieudzieleniem zezwolenia podwykonawcy na przebywanie na terenie Zamawiającego, co w konsekwencji prowadzi do niemożności wykonania zamówienia przez Wykonawcę.

W ocenie Odwołującego, nie mogą być uwzględnione złożone przez wykonawcę wyjaśnienia o zamiarze powierzenia podwykonawcy prac obejmujących cały przedmiot zamówienia, gdyż art. 87 ust. 1 ustawy Pzp uniemożliwia prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany jej treści. Wzięcie więc pod uwagę tych wyjaśnień stanowiło niedopuszczalną zmianę w treści oferty, która w terminie ich składania nie zawierała wymaganych informacji. Ponadto, zdaniem Odwołującego, w treści oferty WGS84 Polska Sp. z o.o. nie występuje wewnętrzna sprzeczność, brak więc było podstaw do zastosowania przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający bezpodstawnie odmówił mu do następujących załączników do oferty wykonawcy WGS84 Polska Sp. z o.o.:

- wykazu zrealizowanych usług, wraz z referencjami potwierdzającymi należyte wykonanie wskazanych usług (załącznik nr 5 do SIWZ),
- wykazu osób, które będą brały udział w realizacji zadania (załącznik nr 6 do SIWZ),
- wykazu narzędzi i urządzeń technicznych (załącznik nr 7 do SIWZ),
- zobowiązania innych podmiotów do użyczenia zasobów wiedzy i doświadczenia na okres realizacji zamówienia,
- treści części wezwań i uzupełnień dokonanych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, wskazane dokumenty nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, ze względu na niespełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a Zamawiający miał obowiązek ustalenia, czy w danej sprawie wykonawca miał prawo zabronić ujawniania poszczególnych informacji. Zdaniem Odwołującego utajnienie wskazanych powyższej dokumentów miało na celu wyłącznie odebranie innym wykonawcom prawa do weryfikacji poprawności wykazania przez WGS84 Polska Sp. z o.o. spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł, że do zaliczenia powyższych dokumentów w poczet informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa nie wystarczy oświadczenie wykonawcy o podjęciu niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności, ale należy również bezspornie wykazać, że nie były one wcześniej ujawnione do wiadomości publicznej oraz że stanowią informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub stanowią inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Zdaniem Odwołującego powyższe warunki nie zostały spełnione, o czy świadczy fakt, że zadania wymagane na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia są realizowane głównie w reżimie zamówień publicznych. Również informacje zamieszczone w wykazie narzędzi i urządzeń technicznych, w wykazie osób oraz w zobowiązaniu do udostępnienia nie mogą spełniać przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje zamieszczone w zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów nie mają - zdaniem Odwołującego - znaczenia gospodarczego, a zostały zastrzeżone jedynie w celu utrudnienia weryfikacji ich prawidłowości.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w piśmie z 31 października 2012 r. stanowiącym odpowiedź na wniosek Odwołującego o udzielenie informacji o przebiegu dokonywanych przez niego czynności stwierdził, że przekazuje jedynie część wezwań i uzupełnień dokonanych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż wyłączył z nich niektóre elementy dokumentacji. Powyższe narusza - zdaniem Odwołującego - przepis art. 8 ust. 2 ustawy Pzp, który jednoznacznie przesądza o możliwości ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych

w ustawie, a przypadki te nie obejmują treści wezwania do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń oraz odpowiedzi na takie wezwanie. Wręcz przeciwnie, treść wezwania i odpowiedzi stanowią załącznik do protokołu w rozumieniu art. 96 ust. 2 ustawy Pzp i są jawne bez żadnych ograniczeń.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., sygn. akt. III CZP 74/ Zamawiający zobligowany był badać skuteczność dokonanego przez Wykonawcę zastrzeżenia. W niniejszej sprawie Zamawiający bezkrytycznie przyjął dokonane zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nie dokonując jego rzetelnej oceny.

Odwołujący wskazał, że nawet przyjmując, iż wykaz zrealizowanych przez WGS84 Polska Sp. z o.o. zamówień zawiera rzeczywiście wyłącznie zamówienia zrealizowane na rzecz podmiotów niezobligowanych do stosowania ustawy Pzp, to i tak wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z uwagi na niemożliwość spełnienia warunku wymienionego w § 6.1.1 i 2 SIWZ. Usługi polegające na opracowaniu rejestru lub ewidencji zabytków zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003r. o Ochronie Zabytków i Opiece nad Zabytkami (Dz.U. z 2003, Nr 162, poz. 1568 z późn. zm.) przy wykorzystaniu decyzji o wpisie do rejestru zabytków lub kart ewidencyjnych zabytków mogą być bowiem wykonane wyłącznie na rzecz takich podmiotów jak Generalny Konserwator Zabytków, Wojewódzki Konserwator Zabytków lub Wójt, Burmistrz czy Prezydent miasta, a więc zamawiających w rozumieniu art. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do oferty Konsorcjum Eurosystem Odwołujący podniósł, że podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z powodu braku wskazania w ofercie części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy. Odwołujący podtrzymał w tym zakresie argumentację przedstawioną w odniesieniu do oferty WGS84 Polska Sp. z o.o.

Ponadto ww. wykonawca nie wykazał - zdaniem Odwołującego - spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 6.1.1 i 2 SIWZ, *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust 1 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych tj. (...) m.in. posiadają doświadczenie w zakresie wykonania baz danych z danych źródłowych tzn. wykazą należyte zrealizowanie, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywanie w okresie ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert: (...) co najmniej jednej usługi polegającej na opracowaniu rejestru lub ewidencji zabytków zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003r. o Ochronie Zabytków i Opiece nad Zabytkami (Dz.U. z 2003, Nr 162, poz. 1568 z późn. zm.) przy wykorzystaniu decyzji o wpisie do rejestru zabytków lub*

*kart ewidencyjnych zabytków - w formie baz danych o łącznej wartości nie mniejszej niż 50 000 zł. Art. 8 ww. ustawy stanowi, że rejestr zabytków, dla zabytków znajdujących się na terenie województwa, prowadzi wojewódzki konserwator zabytków. Natomiast art. 22 wyczerpująco opisuje rodzaje ewidencji zabytków prowadzone zgodnie z ustawą i stanowi, że *Generalny Konserwator Zabytków prowadzi krajową ewidencję zabytków w formie zbioru kart ewidencyjnych zabytków znajdujących się w wojewódzkich ewidencjach zabytków. (...) Wojewódzki konserwator zabytków prowadzi wojewódzką ewidencję zabytków w formie kart ewidencyjnych zabytków znajdujących się na terenie województwa. (...) Wójt (burmistrz, prezydent miasta) prowadzi gminną ewidencję zabytków w formie zbioru kart adresowych zabytków nieruchomości z terenu gminy.* Powyższe oznacza więc, że jedynymi podmiotami uprawnionymi do prowadzenia rejestru i ewidencji zabytków zgodnie z rzezoną ustawą są podmioty publiczne, tj. administracja konserwatorska i samorządowa. W związku z tym zadania wykazane przez Eurosystem (Wykonanie ewidencji i bazy danych dla wybranych budynków i obiektów zabytkowych likwidowanych kopalń węgla kamiennego w rejonie Rudy Śląskiej i miasta/gminy Bytom, wykonane na zlecenie Przedsiębiorstwa Miernictwa Górniczego Sp. z o.o., które jest spółką prawa handlowego, a nie podmiotem administracji), nie może potwierdzać żądanego przez Zamawiającego warunku. Powyższe oznacza konieczność wykluczenia Konsorcjum Eurosystem z przedmiotowego postępowania.*

Ponadto Odwołujący podniósł, że Zamawiający winien również wykluczyć ww. Konsorcjum z uwagi na niewykazanie pozostałych warunków udziału w postępowaniu. W ofercie Konsorcjum znajdują się bowiem dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczące Spółki Terramap, złożone w formie kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Spółkę Eurosystem. Powyższe narusza § 6.2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) oraz wymóg określony w § 4.10 SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie WGS84 Polska Sp. z o.o. oraz powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

W zakresie nieujawnienia dokumentów zastrzeżonych przez Przystępującego WGS84 Polska Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa następujące dokumenty:

- wykaz usług zrealizowanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie,
- wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie dysponowania tymi osobami (załączony do oferty oraz uzupełniony na wezwanie Zamawiającego),
- wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami,
- zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia,
- treść wyjaśnień dotyczących zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W dniu 9 października 2012 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o udostępnienie ofert złożonych w postępowaniu. Na piśmie z 9 października 2012 r. wskazującym osobę upoważnioną do wglądu do dokumentacji i wykonania jej kopii znajduje się adnotacja pracownika Zamawiającego o treści: *Udostępniłem dokumentację 10.10.2012 r. godz. 11.30.* W dniu 18 października 2012 r. do Zamawiającego wpłynął wniosek Odwołującego o udostępnienie zastrzeżonych przez Przystępującego dokumentów. W związku ze złożonym wnioskiem Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień uzasadniających wyłączenie jawności części dokumentów załączonych do oferty.



W wyjaśnieniach z dnia 22 października 2012 r. Przystępujący wskazał, że zastrzeżone dokumenty posiadają doniosłą wartość gospodarczą, nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, mają charakter niejawnny i podjęto w stosunku do nich niezbędne działania w celu zachowania poufności. Przystępujący przedstawił wywody mające uzasadniać utajnienie części oferty, a treść złożonych wyjaśnień zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby bezpodstawne są twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego, że zarzut dotyczący nieujawnienia powyższych dokumentów został podniesiony po upływie terminu przewidzianego na wniesienie odwołania, gdyż termin ten biegł od dnia udostępnienia Odwołującemu dokumentacji przetargowej. Odwołujący w dniu 10 października 2012 r. powziął jedynie informację, że w ofercie Przystępującego znajdują się dokumenty oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie miał jednak wiedzy, czy Zamawiający dokonał weryfikacji prawidłowości zastrzeżenia (do czego był zobowiązany), czy też zamierza dopiero takiego badania dokonać. Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego, w dniu udostępnienia wykonawcy dokumentacji przetargowej weryfikacja ta nie była jeszcze dokonana. Zamawiający badał zasadność wyłączenia jawności w terminie późniejszym, dopiero po złożeniu przez Odwołującego wniosku o umożliwienie wglądu do wszystkich dokumentów ofertowych, a decyzję o wyniku tej weryfikacji zakomunikował Zamawiającemu wraz z przekazaniem informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. w dniu 24 października 2012 r. Zatem od tego dnia rozpoczął się bieg terminu na wniesienie wobec zaniechania ujawnienia przedmiotowych dokumentów. Wobec powyższego zarzut dotyczący tego zaniechania podlegał merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Izba uznała zarzut nieujawnienia dokumentów załączonych do oferty Przystępującego za zasadny.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że zastrzeżenie określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest objęte swobodnym uznaniem wykonawcy i musi znajdować oparcie w przepisach ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), która w art. 11 ust. 4 stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Na gruncie powyższego przepisu Sąd Najwyższy w wyroku z 3 października 2000 r. (I CKN 304/00) stanął na stanowisku, że za tajemnicę przedsiębiorstwa może być uznana określona informacja, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki: ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, nie została ujawniona do wiadomości publicznej oraz podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu

zachowania poufności. Z kolei w wyroku z 5 września 2001 r. (I CKN 1159/00) Sąd Najwyższy stwierdził, że na podstawie art. 11 ust. 4 nie można objąć tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze.

Dla skuteczności wyłączenia jawności informacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego konieczne jest zatem wykazanie zasadności takiego zastrzeżenia. Obowiązek wykazania, że informacje, na których ujawnienie wykonawca nie wyraził zgody, spełniają wszystkie ustawowe przesłanki, obciąża wykonawcę, zarówno względem Zamawiającego (który co do zasady zobligowany jest ujawnić wszelkie dokumenty złożone w postępowaniu), jak i w postępowaniu przed Izbą. Trudno bowiem oczekiwać od wykonawcy kwestionującego zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (w niniejszej sprawie – Odwołującego) udowodnienia, że dokumenty, których treści nie zna, w istocie takiej tajemnicy nie stanowią. Zdaniem Izby, Przystępujący nie wykazał zasadności zastrzeżenia ani w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, ani w toku rozprawy.

W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał, że zastrzeżone informacje nie zostały podane do wiadomości publicznej oraz że podjęto niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Po pierwsze, nie można podzielić stanowiska Przystępującego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa uzasadnione jest niejawnym charakterem współpracy z podmiotami, które udostępniły mu zasoby niezbędne do realizacji zamówienia (wiedzę i doświadczenie, potencjał kadrowy i techniczny). W ofercie Przystępującego znajdują się bowiem - niezastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa - oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów, które udostępniły wykonawcy zasoby. Fakt współpracy Przystępującego z tymi podmiotami nie ma więc charakteru poufnego, każdy może powziąć o nim informację analizując jawną część oferty.

Po drugie, wykaz usług obejmuje wyłącznie usługi wykonane na rzecz podmiotów publicznych (państwowych i samorządowych), które to podmioty wystawiły również utajnione przez Przystępującego referencje. Należy więc zakładać, że wykonanie tych usług zostało zlecone w trybie przewidzianym ustawą Pzp i fakt ten jest jawny z mocy tej ustawy, ewentualnie informacje o objętych wykazem kontraktach można powziąć na podstawie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz. U. Nr 112, poz.1198 z późn. zm.). Na marginesie jedynie Izba dodaje, że nawet w przypadku zadań wykonanych na rzecz podmiotów prywatnych, należy wykazać zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a sam fakt niepublicznego charakteru odbiorców usług nie uzasadnia automatycznie zasadności wyłączenia jawności informacji o tych usługach.

Ponadto, wykonawca nie wykazał, jakie działania podjął w celu zapewnienia poufności wszystkich zastrzeżonych informacji. W toku rozprawy Przystępujący powoływał się na zawarcie z podmiotami udostępniającymi zasoby umów zobowiązujących go do nieujawniania faktu współpracy z tymi podmiotami, jak również nieujawniania informacji dotyczących udostępnionego przez nie potencjału. Jednakże wykonawca ograniczył się tylko do oświadczenia o zawarciu takich umów, nie okazując ich (okazał jedynie umowy, które nakładały na podwykonawców obowiązek zachowania poufności informacji uzyskanych podczas realizacji przyszłego kontraktu). Przystępujący nie wykazał również, czy i w jaki sposób przedmiotowe informacje, do których nieujawniania miał zostać zobowiązany przez podmioty trzecie, są chronione przez te podmioty.

Powyższe jest wystarczające do stwierdzenia, że brak było podstaw do zastrzeżenia informacji, niezależnie od oceny ich wartości gospodarczej. Niemniej należy stwierdzić, że wartość ta również nie została w sposób niewątpliwy wykazana. Sam fakt, że oferta zawiera informacje o działalności wykonawcy i jego kontrahentów nie może być bowiem uznany za informację o wartości gospodarczej, zasługującą na ustawową ochronę, która powinna być stosowana wyjątkowo, jako odstępstwo od zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, w tym jawności oferty.

O ile w przypadku dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca nie wykazał dostatecznie ich wartości gospodarczej, to w przypadku wyjaśnień złożonych w dniu 22 października 2012 r. zdecydowanie należy stwierdzić, że nawet teoretycznie nie mogą one posiadać żadnej wartości gospodarczej. Obejmują one jedynie ogólne stwierdzenia oraz wywody prawne (w tym orzecznictwo sądów i Krajowej Izby Odwoławczej), nie zawierają natomiast jakichkolwiek konkretnych informacji mogących mieć wartość gospodarczą.

Podkreślić należy, że przedsiębiorcy decydujący się działać na rynku zamówień publicznych powinni mieć świadomość konsekwencji, jakie wiążą się z poddaniem się procedurom określonym przepisami o zamówieniach publicznych. Jawność takich postępowań pociąga za sobą konieczność ujawnienia pewnych informacji o swojej działalności. Fakt, że mogą to być informacje, których wykonawca ze względu na określoną politykę gospodarczą wolałby nie upubliczniać, nie daje jeszcze podstaw do twierdzenia, że każda z takich informacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym Izba uznała, że brak jest okoliczności uzasadniających zastrzeżenie dokumentów złożonych wraz z ofertą (oraz następnie na wezwanie Zamawiającego) jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zaniechanie przez Zamawiającego ujawnienia tych informacji stanowiło naruszenie art. 8 ust. 2 ustawy Pzp.

Potwierdził się również podniesiony w odwołaniu zarzut dotyczący niewykazania przez Konsorcjum Eurosystem spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z § 6 SIWZ (*Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków wraz z wykazem oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu*) pkt I.1.2, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają doświadczenie w zakresie wykonania baz danych z danych źródłowych, tzn. wykazą należyte zrealizowanie a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywanie w okresie ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert m.in.: *co najmniej jednej usługi polegającej na opracowaniu rejestru lub ewidencji zabytków zgodnie z ustawą z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U. z 2003, Nr 162, poz. 1568 z późn. zm.) przy wykorzystaniu decyzji o wpisie do rejestru zabytków lub kart ewidencyjnych zabytków - w formie baz danych o łącznej wartości nie mniejszej niż 50 000 zł.*

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Przystępujący przedstawił usługę pn. *Wykonanie ewidencji i bazy danych dla wybranych budynków i obiektów zabytkowych likwidowanych kopalń węgla kamiennego w rejonie Rudy Śląskiej i miasta/gminy Bytom*, zrealizowaną na rzecz Przedsiębiorstwa Miernictwa Górniczego Sp. z o.o. Do wykazu załączono dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi, wystawiony przez odbiorcę usługi.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że - wbrew twierdzeniom Przystępującego - przedmiotowy zarzut odwołania nie dotyczył wystawienia referencji przez niewłaściwy podmiot, ale charakteru i zakresu usługi wykazanej na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc wskazaną w wykazie usługę do warunku opisanego przez Zamawiającego należy stwierdzić, że nie jest to usługa wykonania rejestru lub ewidencji zabytków, o których mowa w ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami.

Zgodnie z przywołaną ustawą, rejestr zabytków, dla zabytków znajdujących się na terenie województwa prowadzi wojewódzki konserwator zabytków (art. 8), a do rejestru wpisuje się zabytek nieruchomy na podstawie decyzji wydanej przez wojewódzkiego konserwatora zabytków z urzędu bądź na wniosek właściciela zabytku nieruchomego lub użytkownika wieczystego gruntu, na którym znajduje się zabytek nieruchomy (art. 9 ust. 1). Z kolei ewidencja zabytków, zgodnie z art. 22 tej ustawy, jest prowadzona przez

Generalnego Konserwatora Zabytków - krajowa ewidencja zabytków, wojewódzkiego konserwatora zabytków - wojewódzka ewidencja zabytków oraz wójta (burmistrza, prezydenta miasta) - gminna ewidencja zabytków.

W ocenie Izby, z opisu usługi ujętej w wykazie nie wynika, aby obejmowała ona wykonanie rejestru lub ewidencji, o której mowa w ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami. Co więcej, Przystępujący podczas rozprawy nie potrafił wyjaśnić, na czym polegało wykonanie przedmiotowej usługi *zgodnie z ustawą o rejestrze zabytków, przy wykorzystaniu decyzji o wpisie do rejestru zabytków lub kart ewidencyjnych zabytków*, twierdząc jedynie, że fakt wystawienia referencji przez Przedsiębiorstwo Miernictwa Górniczego nie świadczy o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu (co - jak wskazano powyżej - nie było istotą sporu). Natomiast twierdzenia Zamawiającego podczas rozprawy, według których na potwierdzenie spełniania warunku w postępowaniu należało się wykazać wykonaniem rejestru lub ewidencji jedynie z zastosowaniem standardów określonych w ustawie o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (nie zaś ich wykonaniem na podstawie tej ustawy), są - zdaniem Izby - próbą niedopuszczalnej reinterpretacji opisu warunku, sprzecznej z jego literalnym brzmieniem.

W związku z tym, że Przystępujący nie był wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie spornego warunku udziału w postępowaniu, Izba uznała żądanie wykluczenia Przystępującego z postępowania za przedwczesne, nakazując Zamawiającemu wezwanie do uzupełnienia dokumentów.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący niezgodności ofert Przystępujących z treścią SIWZ w zakresie wskazania części zamówienia, których wykonanie będzie powierzone podwykonawcom oraz zarzut dokonania niedopuszczalnej zmiany ofert w tym zakresie.

Izba ustaliła, że we wzorze formularza oferty Zamawiający zamieścił tabelę, w której należało wpisać zakres prac, które zostaną powierzone podwykonawcom. Przystępujący WGS84 Polska Sp. z o.o. zamieścił w tabeli oświadczenie o treści: *wybrane prace z zakresu określonego w § 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia*. Konsorcjum Eurosystem oświadczyło: *część zakresu prac zostanie powierzona podwykonawcom*. W dniu 18 października 2012 r. Zamawiający wezwał Przystępujących do złożenia wyjaśnień w zakresie podwykonawstwa, tj. o wskazanie, jakie prace będą wykonywane przy udziale podwykonawcy.

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca WGS84 Polska Sp. z o.o. poinformował, że zamierza powierzyć podwykonawcom prace obejmujące swoim zakresem cały przedmiot zamówienia. Natomiast Konsorcjum Eurosystem oświadczyło: *Nie zmieniając treści oferty a jedynie doprecyzowując intencję Wykonawcy wskazuję, że Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom: a) część prac związanych z utworzeniem bazy danych obiektów przestrzennych wraz z dostosowaniem do struktur danych dla zabytków nieruchomych na dla obszaru całej Polski, b) część prac związanych z utworzeniem bazy danych obiektów przestrzennych wraz z dostosowaniem do struktur danych dla zabytków archeologicznych dla obszaru całej Polski.*

W ocenie Izby, zamieszczone w ofertach Przystępujących oświadczenia dotyczące podwykonawstwa nie były precyzyjne. Wynikało to z faktu, że ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, nie dało się wyodrębnić samodzielnej części zamówienia i wskazać jej w ofercie. Zamówienie obejmuje wykonanie dużej liczby powtarzalnych czynności, które wykonawcy będą realizować równoległe z podwykonawcami. Mimo że wykonawcy powinni opisać w formularzu ofertowym w dokładniejszy sposób, jakie prace zamierzają zlecić podwykonawcom, to braku takiej precyzji nie można uznać za wadę oferty powodującą jej niezgodność z treścią SIWZ i uzasadniającą jej odrzucenie. Zdaniem Izby, nie było żadnych przeszkód, aby niejasność w tym zakresie usunąć w trybie wyjaśnień. Doprecyzowanie w wyjaśnieniach części zamówienia, którą Przystępujący zamierzają powierzyć podwykonawcom nie doprowadzi do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, lecz wyeliminuje wątpliwości dotyczące planowanego podwykonawstwa i będzie stanowiło dopełnienie obowiązku poinformowania Zamawiającego o jego zakresie. Natomiast odrzucenie ofert byłoby przejawem niczym nieuzasadnionego formalizmu.

Nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut dotyczący niewykazania przez Konsorcjum Eurosystem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na załączenie do oferty dokumentów dotyczących Spółki Terramap (członka Konsorcjum), które zostały poświadczone za zgodność z oryginałem przez Spółkę Eurosystem (lidera Konsorcjum).

Izba ustaliła, że do oferty Przystępującego zostało załączone pełnomocnictwo udzielone przez spółkę Terramap spółce Eurosystem, do reprezentowania uczestnika Konsorcjum wobec Zamawiającego. Zgodnie z treścią pełnomocnictwa, obejmuje ono m.in. upoważnienie do składania wszelkich oświadczeń i wyjaśnień jakie okażą się konieczne w związku z podejmowanymi przez pełnomocnika czynnościami celem uzyskania zamówienia publicznych, w tym złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu

ograniczonym, oferty, złożenia środków ochrony prawnej oraz innych czynności wymienionych w pełnomocnictwie. Do oferty załączono również, udzielone na podstawie pełnomocnictwa opisanego powyżej (obejmującego upoważnienie do udzielania dalszych pełnomocnictw) pełnomocnictwo dla pani M..... B....., do reprezentowania spółki Eurosystem wobec Zamawiającego. Zakres pełnomocnictwa obejmuje m.in. upoważnienie do składania wszelkich oświadczeń i wyjaśnień jakie okażą się konieczne w związku z podejmowanymi przez pełnomocnika czynnościami celem uzyskania zamówienia publicznych, w tym złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, oferty, złożenia środków ochrony prawnej oraz innych czynności wymienionych w pełnomocnictwie.

Przystępujący złożył na rozprawie oświadczenie spółki Terramap, że pełnomocnicy są umocowani do poświadczania za zgodność z oryginałem wszelkich dokumentów, zarówno dotyczących każdego z członków Konsorcjum osobno, jak i całego Konsorcjum. Niezależnie od tego oświadczenia należy stwierdzić, że dokumenty poświadczane były za zgodność z oryginałem przez umocowane osoby. Czynność ta jest bowiem oświadczeniem składanym w związku z udziałem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jest więc objęta zakresem pełnomocnictwa dla lidera Konsorcjum oraz udzielonego na jego podstawie pełnomocnictwa indywidualnego.

Podkreślić należy, że udzielenie pełnomocnictwa jest oświadczeniem woli, do którego stosuje się reguły wykładni określone w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego. Zatem powinno być tłumaczone tak, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Skoro mocodawca upoważnił pełnomocników do dokonywania wszelkich czynności koniecznych do podjęcia w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to należy uznać, że lider Konsorcjum i jego pełnomocnik byli upoważnieni również do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczące członka konsorcjum, a koniecznych do złożenia w postępowaniu, mimo niewymienienia tej czynności wprost w treści pełnomocnictwa.

W związku ze stwierdzeniem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które to naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – zostało uwzględnione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....