

Sygn. akt: KIO 1685/15

POSTANOWIENIE
z dnia 14 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 14 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 06 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę: **SPINEL Sp. z o.o., ul. Podwale 75, 50-449 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk – Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe, ul. Noskowskiego 12/14, 61-704 Poznań,**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. dokonać zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **SPINEL Sp. z o.o., ul. Podwale 75, 50-449 Wrocław** uiszczonej 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 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Instytut Chemii Bioorganicznej Polskiej Akademii Nauk Poznańskie Centrum Superkomputerowo-Sieciowe w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Sukcesywna dostawa do wskazanych lokalizacji elementów rozproszonego geograficznie komputerowego systemu usługowego wraz z instalacją, konfiguracją oraz instruktażem.”

Wykonawca: Spinel Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, tj.:

- art. 8 wobec zaniechania ujawnienia treści ofert firm Itprojekt Sp. z o.o. oraz Polcom Sp. z o.o. w

- formularzy cenowych wraz z oferowanymi modelami,
- informacji technicznych tj. specyfikacji producentów ogólniedostępnych
- informacji których tajność nie została udowodniona dowodami złożonymi w ofercie,
- informacji których nie wykazano, że tajemnice stanowią tajemnice przedsiębiorstwa i równocześnie są przez nie chronione.

- art. 7 wobec nierównego traktowania oferentów poprzez akceptowanie czynów nieuczciwej konkurencji wobec braku odtajnienia informacji, które zgodnie z ustawą i licznymi orzeczeniami KIO tajnymi nie są. Powoduje to nierówny dostęp do ofert pozostałych oferentów i brak możliwości pełnej weryfikacji zgodności ofert z SIWZ.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu odtajnienia ofert w zakresie informacji nie stanowiącej tajemnicy przedsiębiorstwa:

1. Oferta firmy Polcom Sp. z o.o.

- formularza cenowego,
- specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu,
- referencji
- gwarancji udzielanej na urządzenia

2. Oferta ITprojekt Sp. z o.o.

- formularza cenowego
- specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu
- gwarancji udzielanej na urządzenia

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 27 lipca 2015 r. zostały złożone oferty. Oprócz odwołującego ofertę złożyły firmy Itprojekt Sp. z o.o. i Polcom Sp z o.o. W dniu 30.07.2015 udostępniono Odwołującemu możliwość zapoznania się z ofertami pozostałych wykonawców. W toku czynności udostępnienia ofert okazało się, że istotna część informacji

została przez firmy Itprojekt Sp. z o.o. i Polcom Sp. z o.o. zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa, a Zamawiający ją podtrzymał. Odmową udostępnienia objęto zastrzeżone przez:

1. Itprojekt Sp z o.o.:

- formularz cenowy,
- nazwy oferowanego sprzętu,
- specyfikacje techniczne oferowanego sprzętu,

2. Polcom Sp. z o.o.:

- referencje,
- formularz cenowy,
- nazwy oferowanego sprzętu,
- specyfikacje techniczne oferowanego sprzętu

Zdaniem Odwołującego, zastrzeżenie to nie posiada podstaw prawnych ani merytorycznych. Zostało dokonane wyłącznie w celu utrudnienia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu. Odmowa udostępniania narusza zasadę jawności postępowania opisaną w art. 8 Pzp, co prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz ograniczenia prawa Odwołującego do kontroli postępowania w drodze stosowania środków ochrony prawnej.

Odnosnie zastrzeżenia Formularza cenowego stwierdza się, że jego treścią są wyłącznie składniki cenotwórcze oraz podstawowe nazwy modeli oferowanego sprzętu. Jego zastrzeżenie i w konsekwencji odmowa udostępnienia uniemożliwia Odwołującemu sprawdzenie czy dokonano wyceny poszczególnych pozycji a także, czy wycena została wykonana zgodnie z SIWZ. Wobec wymaganych warunków SIWZ określenia ceny poszczególnych części oferty w stosunku do całkowitej ceny oferty poszczególne ceny za pozycje miały wpływ na całkowitą wartość oferty. Formularz oferty stanowi część oferty, która zawiera cenę za realizację przedmiotu zamówienia, a więc takie informacje, które nie mogą być zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa na mocy art. 8 ust. 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp, w tym m.in, informacji dotyczących ceny. Utajnienie formularza cenowego nie jest możliwe, gdyż po zakończeniu postępowania będzie on stanowił podstawę do zamawiania urządzeń przez podmioty wyszczególnione w SIWZ i w załączniku 4 do umowy. Będą jawne zarówno ceny, jak i modele urządzeń, gdyż wynika to z ogólnego charakteru umowy opisanego w paragrafie 3 umowy. Zgodnie z orzeczeniem KIO 1384/14 nie mogą być zastrzeżone informacje, które później będą jawne. Dowodem na to jest złożona referencja firmy Itprojekt Sp. z o.o. z podaniem nazw dostarczanych urządzeń do Zamawiającego z poprzedniego postępowania z marca tego roku.

Art. 139 ust. 3 Pzp stanowi, że umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne

i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej, co stanowi uzupełnienie zasady wyrażonej w art. 8 Pzp, a obowiązek ich ujawnienia ciąży na wszystkich zamawiających, a więc także na Zamawiającym w niniejszym postępowaniu. Dane zawarte w Formularzu i w całej ofercie w tym postępowaniu nie mogą być skutecznie zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa także z tego powodu, że zgodnie z wzorem do umowy (par. 7 pkt. 6) kopia oferty wykonawcy jest załącznikiem 1 do umowy stanowiącym integralną część przyszłej umowy.

Wykonawca składając ofertę w tym postępowaniu po zapoznaniu się z SIWZ powinien liczyć się z koniecznością jawności całej oferty.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa urządzeń lub ich elementów i wymaga jedynie wyboru producenta czy modelu, oferowanego sprzętu spełniającej proste wymagania Zamawiającego. Nazwy i numery katalogowe urządzeń oraz nazwy producentów tych urządzeń nie mają same przez się waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Są to bowiem urządzenia powszechnie dostępne na rynku o znanych cechach, których karty katalogowe są udostępniane na stronach internetowych ich producentów lub producentów podzespołów (KIO 91/15) Odnośnie pozostałych informacji zawartych w ww. ofertach należy stwierdzić, że po nowelizacji ustawy w zakresie art. 8 Pzp, na wykonawcach spoczywa obowiązek wykazania, że dana informacja może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wystawczy oświadczenie czy informacja wykonawcy o autorskim rozwiązaniu czy specjalnej konfiguracji budowanej na potrzeby Zamawiającego. W przypadku referencji adnotacja wydającego referencję o poufności powinna widnieć na dokumencie. W przypadku informacji technicznych powinna być załączona umowa z producentem o poufności. Firma Polcom Sp. z o.o. nie poinformowała nawet o sposobie jej chronienia, co automatycznie na podstawie aktualnego brzmienia ustawy Pzp i braku możliwości uzupełniania takich dokumentów skutkuje obligatoryjnym odtajnieniem takich informacji (KIO 279/15).

Utajniona przez wykonawców została również gwarancja udzielona na urządzenia, gdyż stwierdzenie o zgodności z wymaganiami SIWZ nie jest równoznaczne z podaniem takiej informacji co jest wymagane zgodnie z art. 86 ust. 4 Pzp.

Zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania w dniu 5 sierpnia 2015 r., wraz z wezwaniem wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W ustawowym terminie, wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp, żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w dniu 12 sierpnia 2015 r. faksem, a w dniu 13 sierpnia 2015 r. pisemnie złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty zawarte w odwołaniu. Zamawiający wyjaśnił, że wykonawcy

Polcom Sp. z o.o. i ITprojekt Sp. z o.o. przestali w dniu 7 sierpnia 2015 r. pisma, w których wyrazili zgodę na odtajnienie wszystkich oświadczeń i dokumentów, które zastrzegli w swoich ofertach, jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z powyższym, Zamawiający w dniu 7 sierpnia 2015 r. poinformował wykonawców o odtajnieniu wszystkich oświadczeń i dokumentów, które wykonawcy zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa w swoich ofertach.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp, uwzględniając okoliczność, iż do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie nie zgłosił przystąpienia po stronie zamawiającego żaden wykonawca, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: