Sygn. akt KIO/UZP 1403/07

~~WYROK~~/POSTANOWIENIE*
z dnia 11 grudnia 2007r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ordysińska Marzena Teresa**

Członkowie: **Packo Anna**
Rakowska Małgorzata

Protokolant: **Pazura Magdalena**

po rozpoznaniu na posiedzeniu / ~~rozprawie~~* w dniu / ~~w dniach~~*.11.12.2007r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej Sp. z o.o., Centrum Informatyki ZETO S.A., Koszalin, ul. 4 Marca 38** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Związek Miast i Gmin Dorzecza Parsęty, Karlino, ul. Szymanowskiego 17** protestu / protestów* z dnia 31.10.2007r.

przy udziale ----- zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego ----- po stronie odwołującego się oraz **Konsorcjum: Winuel S.A., ABG Spin S.A., Sygnity S.A.; Wrocław, ul. Strzegomskiej 56a** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej Sp. z o.o., Centrum Informatyki ZETO S.A., Koszalin, ul. 4 Marca 38**
i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3156 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej Sp. z o.o., Centrum Informatyki ZETO S.A., Koszalin, ul. 4 Marca 38**

2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej Sp. z o.o., Centrum Informatyki ZETO S.A., Koszalin, ul. 4 Marca 38** na rzecz **Związku Miast i Gmin Dorzecza Parsęty, Karlino, ul. Szymanowskiego 17** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu reprezentacji

3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie:. xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

4) dokonać zwrotu kwoty 16844 zł 0 gr (słownie: szesnaście tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Zakład Elektronicznej Techniki Obliczeniowej Sp. z o.o., Centrum Informatyki ZETO S.A., Koszalin, ul. 4 Marca 38**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie zostało wszczęte 8.03.2007r., kiedy zostało zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu na stronie internetowej Zamawiającego, natomiast dnia 10.03.2007r. ogłoszenie ukazało się w Dz. U. U.E.
Zamawiający odrzucił protest wniesiony przez Odwołującego w dniu 31.10.2007r. na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych jako wniesionego po terminie, zgodnie z następującym uzasadnieniem podanym przez Zamawiającego: „Protestujący już w dniu 8.10.2007r. [tj. w dniu otwarcia ofert] mógł żądać uznania za bezskuteczne utajnienia

ofert przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego: COMARCH S.A., Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A. (reprezentowanych przez pełnomocnika, którym jest COMARCH S.A.), a następnie oprotestować treść oferty odtajnionej przez zamawiającego. Już w dniu 8.10.2007r. Protestujący stwierdził albo co najmniej mógł stwierdzić, że oferty pozostałych uczestników postępowania są utajnione w sposób bezprawny w przekonaniu Protestującego. Mógł to uczynić poprzez skierowanie do zamawiającego stosownego żądania albo protestu w terminie 7 dni od dnia, w którym według niego bezprawnie wykonawcy zastrzegli określone informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa - tj. od dnia otwarcia ofert. Termin na wniesienie środka ochrony prawnej upłynął na tę czynność więc w dniu 15.10.2007r."

Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o odtajnienie zastrzeżonej części oferty występujących wspólnie ComArch S.A. i Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A. 18.10.2007r. Decyzję o uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenia części informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający przekazał Odwołującemu 25.10.2007r. Odwołujący zapoznał się z ofertami 26.10.2007r. Dnia 31.10.2007r. Odwołujący wniósł do Zamawiającego protest, w którym oprotestował czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu odrzucenia oferty występujących wspólnie ComArch S.A. i Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A. i „wyborze oferty mniej korzystnej" niż oferta Odwołującego się (o czym Odwołujący został poinformowany dnia 19.10.2007r.).

W związku z tym, iż Zamawiający ujawnił część oferty ComArch S.A. i Centralny Ośrodek Informatyki Górnictwa S.A., w stosunku do której Odwołujący wnosił zastrzeżenia dotyczące jej zgodności z treścią SIWZ dopiero 25.10.2007r., a Odwołujący mógł się z nią zapoznać dopiero 26.10.2007r. w tym przypadku należy uznać, iż *okoliczność, że wiadomość została powzięta lub można ją było powziąć,* o której mówi art. 180 ust. 2 Pzp, nastąpiła dopiero 26.10.2007r., tj. w dniu, w którym Odwołujący miał możliwość zapoznania się z zastrzeżoną do tej pory częścią oferty. Argument Zamawiającego, iż Odwołujący powinien złożyć protest w terminie 7 dni od dnia otwarcia ofert nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy, ponieważ zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp protest wnosi się wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania oraz w przypadku zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy. Protest na utajnienie części oferty byłby protestem wobec czynności wykonawcy, ponieważ to on zastrzegł część oferty jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Natomiast protest na zaniechanie przez Zamawiającego uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za bezskuteczne już w chwili otwarcia ofert byłby przedwczesny, ponieważ w tym momencie nie nastąpiło jeszcze zaniechanie Zamawiającego. Zamawiający ma obowiązek zbadać zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Lecz, aby to ujawnienie lub odmowa ujawnienia zastrzeżonych informacji nie naruszało interesów żadnej ze stron, Zamawiający

jest zobowiązany dochować należytej staranności podczas analizy zastrzeżonych informacji. Oczywiste jest więc, iż Zamawiający nie jest w stanie dokonać tej analizy już w chwili otwarcia ofert.

Wobec powyższego, w niniejszym przypadku nie zachodzi okoliczność wymieniona w art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Natomiast zachodzi okoliczność określona w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. Odwołujący nie przekazał pełnej kopii odwołania Zamawiającemu, do czego był zobowiązany zgodnie z art. 184 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dyspozycja tego przepisu mówi o całym odwołaniu, którego minimalna treść została określona w § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 maja 2006r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań.

Zgodnie z treścią dokumentu pn. „Odwołanie" sporządzonego przez Odwołującego powinien on zawierać 12 załączników, z których, zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego, Zamawiający otrzymał jedynie dwa., tj. potwierdzenie wniesienie opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz potwierdzenie dyspozycji przelewu wpisu od odwołania. W związku z niestawiennictwem się Odwołującego nie przedstawił on dowodu przeciwnego, wobec czego skład orzekający Izby uznał dowód Zamawiającego.

Jakkolwiek Zamawiający był w posiadaniu większości dokumentów wymienionych jako załączniki w ww. odwołaniu, ma on prawo poznania pełnej treści odwołania m.in. w celu zweryfikowania poprawności i prawdziwości treści dokumentów przekazanych Prezesowi UZP, a następnie Krajowej Izbie Odwoławczej.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów reprezentacji pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **.....**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

_____

* *niepotrzebne skreślić*