

WOJEWÓDZTWO
LUBELSKIEUNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO

Projekt współfinansowany ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego
w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2007-2013.

Łęczna, dn. 22.10.2012r.

Znak sprawy: ZP.272.4.8.2012

FUO Sp. z o.o.**Plac Trzech Krzyży 16, 00-499 Warszawa**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie, dostawę, montaż i uruchomienie sieci telekomunikacyjnej w technologii Wi-Max wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną i systemem telefonii IP na terenie powiatu łączyńskiego, powiatu włodawskiego i powiatu świdnickiego w ramach realizacji projektu pn. "Wirtualne Powiaty. Budowa Społeczeństwa Informacyjnego na Lubelszczyźnie. Etap III"

Wyjaśnienia dotyczące treści złożonej oferty.

Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. nr 113 poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą, w toku badania i oceny ofert żąda od Wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy oferty składane w postępowaniu o zamówienie publiczne są jawne i podlegają udostępnieniu od chwili ich otwarcia, z wyjątkiem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli Wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzeżł, że nie mogą one być udostępniane.

Przez tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity - Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co, do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, tzn. zastrzeżł składając ofertę, iż nie mogą być one udostępnione innym uczestnikom postępowania.

Wykonawca w złożonej ofercie zastrzeżł informacje znajdujące się na stronach od str. 68 do str. 103 w tym m.in. wymagane na potwierdzenie:

- a) warunku posiadania wiedzy i doświadczenia – wykaz wykonanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi, że zostały wykonane należycie;

- b) warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – wykaz osób oraz zobowiązania innych podmiotów, do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędne zasoby celem korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Tym samym Wykonawca zastrzeżł załączniki do oferty stanowiące dokumenty żądane celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i w ocenie Zamawiającego takie zastrzeżenie jest sprzeczne z ustawą i zbyt daleko idące.

Informacje zastrzeżone przez Wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa ograniczają dostęp do ewentualnej weryfikacji spełnienia warunków postępowania, przeczą zasadzie jawności postępowania i utrudniają uczciwą konkurencję. Zastrzeżenie wykazu dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi dotyczy dokumentów mających potwierdzić spełnianie opisanego w SIWZ warunku, podobnie jak zastrzeżenie wykazu osób. Zastrzeżenie to stoi w sprzeczności z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, który wyraża jedną z naczelných zasad postępowania.

Odtajnienie informacji zawartych w przedmiotowych dokumentach i oświadczeniach pozwoli na zadośćuczynienie zasadzie jawności postępowania w istotnej części wpływającej na udzielenie zamówienia. Odtajnienie informacji kluczowych, dla wykazania spełniania warunków postępowania, pozwoli na jednoznaczną możliwość weryfikacji, potwierdzenia spełniania warunków, nie tylko przez Zamawiającego, lecz także przez każdego zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

Zastrzeżenie określonych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest objęte swobodnym uznaniem Wykonawcy, nie dysponuje on dowolnością w oznaczaniu klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa” składanych w ofertach dokumentów. Dla skuteczności wyłączenia jawności informacji w postępowaniu konieczne jest wykazanie zasadności takiego zastrzeżenia z sygn. akt (KIO/UZP 1072/11, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 07.06.2011) wskazanie zarówno podstaw prawnych jak i faktycznych.

W celu pełnej realizacji zasady jawności postępowania Zamawiający jest zobligowany do ujawnienia tych treści zawartych w zastrzeżonych wykazach i oświadczeniach, które potwierdzają spełnianie lub brak spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a jednocześnie samodzielnie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. To samo dotyczy referencji poświadczających należyte wykonanie wcześniejszych umów (tak KIO w wyroku z 6 grudnia 2010, sygn. akt KIO 2493/10, 2494/10, 2496/10) i dalej KIO stwierdziła, że Zamawiający powinien odtajnić informację, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Można to uczynić fragmentarycznie, zakreślając (w taki sposób, by nie ujawniać danych wrażliwych) zakres i wartość kontraktów, jednak zakres nie może być utajniony w części odpowiadającej postawionemu przez Zamawiającego warunkowi.

Próba chronienia przed ujawnieniem określonych elementów oferty nie może utrudniać czy wręcz uniemożliwiać konkurencji weryfikacji ofert. Zastrzeżone dokumenty i informacje w nich zawarte mają potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę postawionych warunków udziału w postępowaniu, co bezpośrednio ma wpływ na wynik postępowania a co nie może być objęte zakresem tajemnicy przedsiębiorstwa. (Uchwała SN z 21.10.2005 r – sygn. akt. III CZP 74/05).

Według Krajowej Izby Odwoławczej, (wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2012 r., Sygn. akt KIO 59/12) określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy przesłanki:

- 1) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa a także posiadaną wartość gospodarczą;
 - 2) nie została ujawniona do wiadomości publicznej;
- ...działania w celu zachowania poufności.

Zamawiający analizując prawidłowość zastrzeżenia pewnych informacji z oferty dokonuje analizy nie tylko dokumentu, jako całości, lecz jego poszczególnych zwrotów. Badając zasadność utajnienia części oferty, po rozważeniu sytuacji i analizie zaistniałego przypadku stwierdza, iż zastrzeżone informacje nie posiadają dla Wykonawcy wartości gospodarczej na tyle dużej, by prawo do poufności przeważało nad zasadą jawności postępowania.

Informacje podawane przez Wykonawcę Zamawiającemu mają często szerszy zakres niż te, które ujawnia on prywatnym kontrahentom, jednakże konsekwencją przystąpienia do udziału w postępowaniu o zamówienia publiczne jest konieczność respektowania zasady jawności postępowania. Wykonawca składając ofertę godzi się, że jego konkurenci wejdą w posiadanie informacji, których wolałby nie upubliczniać, mimo to, iż da się je zakwalifikować, jako tajemnicę przedsiębiorstwa (KIO 1072/11).

Wykonawca nie może zastrzegać określonych danych w sposób dowolny, zastrzeżenie ma charakter wyjątkowy, jako wyjątek od zasady jawności postępowania, Wykonawca winien wykazać się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony (KIO/UZP 338/09).

W ocenie Zamawiającego zakres zastrzeżonych informacji, we wskazanym powyżej zakresie nie pozwala uznać tych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Z całą pewnością tajemnicy przedsiębiorstwa nie mogą stanowić informacje zawarte w wykazie dostaw, a dotyczące umów zawartych z podmiotami publicznymi z uwagi na fakt, iż z mocy przepisu prawa takie umowy są jawne i na podmiocie publicznym ciąży obowiązek udostępnienia ich w drodze tzw. dostępu do informacji publicznej.

Zakres zastrzeżonych informacji nie może być przeszkodą w weryfikacji oferty przez innych Wykonawców postępowania pod kątem prawidłowości dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co ma bezpośredni wpływ na udzielenie zamówienia oraz na skuteczne ewentualne wniesienie środków odwoławczych przez mających interes prawny w uzyskaniu zamówienia Wykonawców.

Zapewnienie jawności dokumentacji daje stronom możliwość weryfikacji czy zasady oceniania ofert były jednakowe dla wszystkich uczestników postępowania. W przypadku zastrzeżenia informacji, wobec których brak przesłanek do zastrzeżenia Zamawiający ma obowiązek odtajnienia dokumentów (uchwała SN z 21 października 2005 r. – sygn. akt. III CZP 74/05).

Zamawiający zatem wzywa do wyjaśnienia, czy w świetle powyższego, zastrzeżona część informacji zawartych w złożonej ofercie na stronach od str. 68 do str. 103 stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

W przypadku podtrzymania zawartego w treści złożonej oferty oświadczenia o zastrzeżeniu jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych na str. 68 - 103 złożonej oferty żądane wyjaśnienie należy złożyć wraz z uzasadnieniem faktycznym i prawnym w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień wskazywać będzie na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Wykonawca winien w sposób pełny i precyzyjny odnieść się do każdego zastrzeżonego dokumentu lub jego utajnionej części. Izba podkreśla, że zasada jawności jest podstawową zasadą zamówień publicznych i wyjątki od niej powinny być interpretowane w sposób ścisły i być odpowiednio uzasadnione (wyrok KIO z 26 stycznia 2012 – KIO 100/12).

Skutkiem stwierdzenia przez Zamawiającego, że Wykonawca utajnił w ofercie informacje, które nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, jest uchylene zakazu ujawniania tych informacji (tak SN w wyroku z dn. 21 października 2005 r. cyt. też wyżej).

Zastrzeżenie informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. ustawy skutkować będzie odtajnieniem oferty, na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, i ujawnieniem treści oferty, którą w nieuprawniony sposób utajniono.

Wykonawca zobowiązany jest do złożenia do Zamawiającego wyjaśnień, do dnia 26 października 2012r. do godziny 10:00 na adres: Starostwo Powiatowe w Łęcznej, al. Jana Pawła II 95A, 21-010 Łęczna, Pokój nr 111 (kancelaria ogólna)

Zamawiający informuje, iż Wykonawca dochowa terminu założenia wyjaśnień poprzez przesłanie ich przed upływem określonego wyżej terminu, faksem na nr 81 752 64 64, pod warunkiem niezwłocznego wysłania ich do Zamawiającego w formie pisemnej.

Otrzymują:
Wykonawca;
a/a.

.....
POWIAT ŁĘCZYŃSKI

21-010 Łęczna, Al. Jana Pawła II 95A
NIP 5050017732 Reg. 431019425

.....
Przewodniczący
Urzędu Powiatu Łęczyńskiego

Adam Niewiński

WICESTAROSTA
mgr Kazimierz Sadka

FUO Sp. z o.o.
Plac Trzech Krzyży 18
00-499 WARSZAWA
NIP 701-02-69-641 REG. 142702947
KRS 0000373687

OTRZYMAŁEM

Gościel Adam