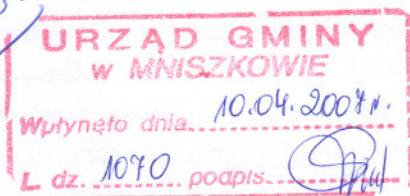


**ELKON** s.c.  
Z. Wójcik, J. Pacześ  
Moszczenica, ul. Piotrkowska 21B  
tel. 044 / 616 79 45, 044 / 619 79 46  
fax 044 / 616 96 07 NIP 771-000-20-06

Moszczenica, dnia 10 kwietnia 2007 r.

**WÓJT GMINY  
MNISZKÓW**



## PROTEST

Działając na podstawie art. 180 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 z późn. zm.) niniejszym wnosimy protest dotyczący przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w formie przetargu nieograniczonego na konserwację i naprawę oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Mniszków. Zarzucając Zamawiającemu rażące naruszenie przepisów art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych żądamy uwzględnienia protestu, unieważnienia czynności odrzucenia oferty „ELKON” s.c., ponownego dokonania oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przyjętym w SIWZ kryterium (cena), tj. oferty „ELKON” sc.

## UZASADNIENIE

Protest zasadzamy na następujących podstawach:

Zamawiający, powołując się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, odrzucił ofertę „ELKON” s.c. przyjmując, iż oferta Spółki jest niezgodna z ustawą. Z treści uzasadnienia informacji o odrzuceniu oferty wynika, iż owej niezgodności oferty z ustawą Zamawiający upatruje w fakcie zastrzeżenia przez Spółkę jawności „wykazu wykonywanych robót – ich wartości”. Zdaniem Zamawiającego, zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych w ofercie składanej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być zastrzeżone jako niejawne tylko informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, rzeczywiście ustanowioną w trybie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tajemnicą przedsiębiorstwa firmy nie mogą być dane zawarte w wykazie usług wykonywanych w ciągu ostatnich lat, tym bardziej, iż informacje takie wynikają z referencji załączonych do oferty, a których to referencji Zamawiający może żądać od Wykonawców. Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający przywołał wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 kwietnia 2002 r. sygn. akt V KKN 223/2000 (PiP z 2003 r. nr 11 poz. 113, wyrok SN z 5 września 2001 r. sygn. akt I CKN 159/00 (OSNC z 2002 r. Nr 5, poz. 67) jak również wyrok ZA z 1 lipca 2002 r. sygn. akt UZP/ZO/0-706/02.

Stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego jest w chwili obecnej błędne. Istotnie Spółka zastrzegła w ofercie jawność danych zawartych w wykazie usług wykonywanych w ciągu ostatnich 3 lat, uznając je za dane stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Na gruncie aktualnego orzecznictwa sądowego jak i orzecznictwa zespołu arbitrów UZP utrwalili się poglądy, iż w przypadku uznania przez Zamawiającego w toku oceny ofert, że zastrzeżone przez wykonawcę dane nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, można jedynie mówić o bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia. Nie ulega przy tym wątpliwości, iż nie ma podstaw do wyłączenia z zakresu objętego treścią oferty tych informacji, potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które w wyniku badania przeprowadzonego przez Zamawiającego zostały uznane za objęte bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania. Nie ulega także wątpliwości, iż zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jeśli więc przejawem spełnienia wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia było udostępnienie przez oferenta informacji lub dokumentów, których może żądać Zamawiający stosownie do regulacji zawartej m.in. w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605), to informacje te są elementem oferty w związku z treścią art. 82 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, bez względu na to, czy zostały objęte skutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania.

Zważyć należy, iż na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie tylko takiej oferty, która jest niezgodna z ustawą. Sama okoliczność zamieszczenia w ofercie informacji wynikających z wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które zostały negatywnie zweryfikowane przez Zamawiającego jako niestanowiące tajemnicy jego przedsiębiorstwa, nie może jeszcze automatycznie przesądzać kwalifikacji takiej oferty jako niezgodnej z ustawą. W ocenie bowiem Spółki zamieszczone przez nią informacje, w wykonaniu wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a będące też treścią oferty na podstawie art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowiły tajemnicę jego przedsiębiorstwa, z uwzględnieniem stanu wiedzy i świadomości oferenta i z pewnością nie mogły świadczyć o niezgodności oferty z ustawą. Późniejsza, nawet negatywna, weryfikacja przez Zamawiającego charakteru tych informacji, jako niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, nie pozwala na traktowanie całej oferty jako niezgodnej z ustawą. Takiej kwalifikacji oferty nie może przesądzać subiektywny stan wiedzy i świadomości oferenta odnośnie do charakteru zastrzeżonych w niej informacji, a jedynie obiektywne okoliczności świadczące o niezgodności oferty z ustawą. Wymagałoby to jednak wskazania okoliczności przesądzających taką niezgodność.

Wynik negatywnej weryfikacji przez Zamawiającego charakteru informacji objętych przez oferenta zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania nie przesądza o niezgodności oferty z ustawą, a dowodzi jedynie bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia, co

wylacza obowiązek zamawiającego odrzucenia takiej oferty. W konsekwencji oferta taka będzie przedmiotem oceny w postępowaniu o udzielenie zamówienia, z tym że zamawiający zobowiązany będzie ujawnić także te informacje, które oferent objął swoim bezskutecznym zastrzeżeniem zakazu ich udostępniania. Takie też stanowisko prezentuje Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 r. sygn. akt III CZP 74/05 (OSNC 2006 z. 7-8, poz. 122), Zespół Arbitrów UZP w wyroku z dnia 12 stycznia 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-13/06 (Lex nr 183089). Takież samo stanowisko reprezentowane jest w literaturze (por. A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski „Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych” – wyd. Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2006, str. 160 -162).

Uznanie zatem w przedstawionych okolicznościach faktycznych i prawnych oferty „Elkon” s.c. za niezgodną z ustawą i jej odrzucenie rażąco narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skutkuje także znaczącym zróżnicowaniem pozycji poszczególnych oferentów i świadczy o braku równego traktowania wykonawców w toku postępowania, co stanowi naruszenie zasad udzielania zamówień (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Biorąc powyższe pod uwagę protest nasz jest uzasadniony, dlatego też wnosimy jak na wstępie.

Z. Wójcik J. Pacześ

S.C. >> ELKON <<  
Zdzisław Wójcik  
tel. 509-624-972

>> ELKON <<  
Jerzy Pacześ  
tel. 0-44-169-607