

Sygn. akt: KIO 4/12

WYROK
z dnia 18 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **VST Engineering spol. S.r.o. w Pardubicach, Republika Czeska i Energomontaż Chorzów sp. z o. o. w Chorzowie** w postępowaniu prowadzonym przez **EDF Polska CUW sp. z o.o. w Krakowie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w tym odtajnienie informacji znajdujących się na stronach 82-94 wniosku złożonego przez wykonawcę **Tessa Wolff i Synowie sp.j. w Krakowie,**

2. kosztami postępowania obciąża EDF Polska CUW sp. z o.o. w Krakowie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **VST Engineering spol. S.r.o. w Pardubicach, Republika Czeska i Energomontaż Chorzów sp. z o.o. w Chorzowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od EDF Polska CUW sp. z o.o. w Krakowie na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia VST Engineering spol. S.r.o. w Pardubicach, Republika Czeska i Energomontaż Chorzów sp. z o. o. w Chorzowie** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

EDF Polska CUW sp. z o.o. w Krakowie, zwany dalej „zamawiającym”, jako pełnomocnik Elektrociepłowni Kraków S.A. w Krakowie, Zespołu Elektrociepłowni Wrocławskich Kogeneracja S.A. we Wrocławiu, Elektrociepłowni Wybrzeże S.A. w Gdańsku, Elektrowni Rybnik S.A. w Rybniku prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem są modernizacje związane z zarządzaniem ryzykami biomasowymi - zabudowa systemu zabezpieczenia młynów w spółkach grupy EDF Polska.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE w dniu 19 października 2011 r. nr 2011/S 201-327672.

Pismem z dnia 23 grudnia 2011 r., przesłanym w tym samym dniu za pośrednictwem poczty elektronicznej, zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia VST Engineering spol. S.r.o. w Pardubicach, Republika Czeska i Energomontaż Chorzów sp. z o.o. w Chorzowie zwanych dalej „odwołującym” o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym o wykluczeniu ich z udziału w postępowaniu a także o zakwalifikowaniu do dalszego etapu postępowania wykonawców Uniserv S.A. w Katowicach oraz Tessa Wolff i Synowie sp.j. w Krakowie.

Wobec ww. czynności zamawiającego odwołujący wniósł w dniu 2 stycznia 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił wskazanym czynnościom i zaniechaniom zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie go z udziału w postępowaniu;
- 2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Uniserv S.A. w Katowicach;
- 3) zaniechanie odtajnienia części wniosku wykonawcy Tessa Wolff i Synowie sp.j. w Krakowie pomimo, że utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, iż nie zgadza się z czynnością wykluczenia go z postępowania oraz jej uzasadnieniem dokonany przez zamawiającego. Wskazał, że stosownie do brzmienia sekcji III. 2.3 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający żądał dołączenia przez wykonawców do wniosku dokumentu w postaci *kopii certyfikatu SIL (Safety Integretion Level) dla komponentów „systemu tłumienia i izolacji wybuchów ” wraz z tłumaczeniem na język polski*. Natomiast w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu zamawiający wskazał, że powodem wykluczenia odwołującego było nieprzedstawienie przez niego certyfikatu SIL wystawionego przez jednostkę zewnętrzną. Odwołujący podnosił, że żądanie,

aby złożony certyfikat był wystawiony przez jednostkę zewnętrzną na etapie oceny wniosków stanowi zmianę warunków udziału w postępowaniu, niedopuszczalną w świetle przepisu art. 38 ust. 4b ustawy Pzp. W konsekwencji certyfikat SIL złożony przez odwołującego wraz z wnioskiem odpowiada treści ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący nie zgadzał się również z decyzją o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu z powodu nieprzedstawienia podstaw do dysponowania personelem w wykazie osób złożonym przez członka konsorcjum – Energomontaż Chorzów sp. z o.o. w Chorzowie jak również z powodu niesprecyzowania informacji o kwalifikacjach zawodowych personelu w wykazie osób złożonym przez członka konsorcjum – VST Engineering spol. S.r.o. w Pardubicach. Podniósł, że w wykazie osób stanowiącym załącznik nr 4 do wniosku przedstawił informacje dotyczące jedynie swoich pracowników co było wystarczające.

Uzasadniając zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Uniserv S.A. w Katowicach odwołujący wskazał, że złożony przez tego wykonawcę certyfikat na system tłumienia wybuchu nie jest certyfikowany według obowiązujących przepisów. System został oceniony za zgodność według normy EN 1127-1 Explosive atmospheres-Explosion preventiv and protection. Part 1: Basic concepts and methodology, co nie stanowi normy dla certyfikacji systemu na tłumienie wybuchu. Właściwą dla oceny jest norma EN 14373 Explosion suppression systems, obowiązująca od roku 2005. Po jej przyjęciu nie jest możliwe wprowadzanie na rynek systemów, które nie są certyfikowane zgodnie z tą normą.

Uzasadniając zarzut zaniechania odtajnienia części wniosku złożonego przez wykonawcę Tessa Wolf i Synowie sp.j. w Krakowie, odwołujący podniósł, iż wykonawca ten utajnił treść złożonych certyfikatów na urządzenia montowane na polskim rynku oraz takie informacje, jak numer certyfikatu, data wystawienia oraz nr normy według której przebiegła certyfikacja. Można przypuszczać, iż działanie takie ma charakter celowy, a upublicznienie przedmiotowych informacji mogłoby spowodować wyłączenie tego uczestnika z postępowania. Należałoby w związku z tym dokonać sprawdzenia, czy certyfikaty spełniają obowiązujące normy, a co za tym idzie, czy urządzenia opatrzone tymi certyfikatami spełniają wymogi przewidziane w obowiązujących przepisach.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru wykonawców dopuszczonych do dalszego udziału w postępowaniu, w tym unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 2) przeprowadzenia ponownej oceny wniosków, z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu;
- 3) ponownego dokonania wyboru wykonawców zakwalifikowanych do dalszego etapu postępowania;

a także zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, wniosek odwołującego, wniosek wykonawcy Tessa Wolf i Synowie sp.j. w Krakowie, wniosek wykonawcy Uniserv S.A. w Katowicach, wezwanie zamawiającego z 1 grudnia 2011 r. skierowane do odwołującego, pismo odwołującego z dnia 9 grudnia 2011 r., zawiadomienie zamawiającego z 23 grudnia 2011 r. o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy, jak również zaniechanie wykluczenia innego wykonawcy, prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem wniosku i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiąże się uzyskanie zamówienia. Ustalenie iż zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy i niezasadnie zaniechał wykluczenia innego wykonawcy, prowadziłoby do uchylecia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i tym samym odwołujący mógłby złożyć ofertę, która mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Ponadto zaniechanie odtajnienia pełnej treści wniosku złożonego przez innego wykonawcę który został zaproszony do dalszego etapu postępowania uniemożliwia odwołującemu weryfikację zgodności treści wniosku wykonawcy z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz ocenę spełnienia przez tego wykonawcę wszystkich warunków udziału w postępowaniu. Ustalenie, że zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał odtajnienia informacji, które nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa prowadziłoby do nakazania wykonania tej czynności, a w konsekwencji umożliwiłoby odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej w zakresie udostępnionej (odtajnionej) dokumentacji.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie uznając jednocześnie, że tylko niektóre z zarzutów odwołania znalazły potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym.

1a) zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu niezłożenia certyfikatu SIL

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (zmodyfikowanym w ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia), w sekcji II.2.3 zastrzegł, iż o udział w postępowaniu może ubiegać się wykonawca, który posiada wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. m.in.:

- posiada certyfikat badania typu WE (wydany przez jednostkę notyfikowaną) na „system tłumienia wybuchu”,
- posiada certyfikat badania typu WE (wydany przez jednostkę notyfikowaną) na „system izolacji wybuchu”,
- posiada certyfikat SIL (Safety Integretion Level) dla komponentów lub architektury „systemu tłumienia i izolacji wybuchów”.

W celu potwierdzenia powyższych warunków udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z wnioskiem:

- kopię certyfikatu badania typu WE (wydany przez jednostkę notyfikowaną) na „system tłumienia wybuchu” wraz z tłumaczeniem na język polski,
- kopię certyfikatu badania typu WE (wydany przez jednostkę notyfikowaną) na „system izolacji wybuchu” wraz z tłumaczeniem na język polski,
- kopię certyfikatu SIL (Safety Integretion Level) dla komponentów lub architektury „systemu tłumienia i izolacji wybuchów” wraz z tłumaczeniem na język polski,

Odwołujący złożył wraz z wnioskiem dokument pochodzący od VST Engineering zatytułowany „Świadectwo SIL systemu Antidet Supressor i Barrier”, w którym znalazło się stwierdzenie, że system Antidet Supressor i Barrier jest w stanie pełnić swoją funkcję na żądanie na poziomie SIL1.

Pismem z dnia 1 grudnia 2011 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia kompletnej kopii certyfikatu SIL (Safety Integretion Level) dla komponentów „systemu tłumienia i izolacji wybuchów” wystawionej przez zewnętrzną jednostkę notyfikowaną, wraz z tłumaczeniem na język polski.

Pismem z dnia 9 grudnia 2011 r. odwołujący złożył zamawiającemu wyjaśnienie z 9.12.2011 r., iż konieczność nadania certyfikatu SIL dla formy VST Engineering nałożył

certyfikowany organ Unii Europejskiej – Instytut Badawczo – Fizykotechniczny w Ostrawie. Wyjaśniał, że gdyby certyfikat SIL nie został ustanowiony bądź nie został przedłożony certyfikat SIL według odpowiedniej normy, nie zostałby dopuszczony przez organ certyfikujący do certyfikacji systemu ochronnego. Z tego powodu jako dodatek do wniosku o certyfikację produktu w jednostce certyfikującej dostarczył informację o ustanowieniu certyfikatu SIL. Wskazał, że FTZU nie jest organem ustanowionym do certyfikacji SIL lub norma nie wymaga certyfikowania go przez konkretny organ.

Odwołujący wskazał także, że certyfikat SIL znajduje się w punkcie 4.5 art. 7.2, str. 5 dokumentu o nazwie „załączniki do certyfikacji systemu Antidet do tłumienia i zapobiegania rozprzestrzeniania wybuchu”. W przywoływanym punkcie 4.5, art. 7.2. znajduje się adnotacja, iż system Antidet jest w stanie pełnić swoją funkcję na żądanie ze średnim prawdopodobieństwem usterki 10⁻² odpowiadającym poziomowi integralności bezpieczeństwa SIL1.

Zamawiający, w dniu 23 grudnia 2011 r. wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, że powodem wykluczenia odwołującego było m.in. nieprzedstawienie przez niego certyfikatu SIL wystawionego przez jednostkę zewnętrzną.

Odnosząc się do decyzji o wykluczeniu odwołującego z powodu nieprzedstawienia certyfikatu SIL wystawionego przez jednostkę zewnętrzną na rozprawie zamawiający wyjaśnił dodatkowo, iż jego intencją było, aby wykonawcy złożyli wraz z wnioskiem certyfikat SIL (Safety Integretion Level) dla komponentów lub architektury „systemu tłumienia i izolacji wybuchów”, wystawiony przez osobę trzecią. Zamawiający wyjaśnił również, że w przypadku tego certyfikatu nie musiała to być jednostka notyfikowana w rozumieniu ustawy o systemie zgodności, lecz jakikolwiek podmiot niezależny od wykonawcy. Odwołujący wywodził zaś, że certyfikat SIL złożony w wyniku wezwania do uzupełnienia przez Odwołującego został wystawiony przez dział jakości i bezpieczeństwa lidera konsorcjum, który nie zajmuje się wprowadzaniem produktu do obrotu. Ponadto odwołujący wskazał, że dla ustanowienia certyfikatu SIL właściwa jest norma EN 61508-1, z której wynika, że badanie może być przeprowadzone nie tylko przez niezależną organizację ale i przez niezależny oddział firmy. Zamawiający nie zaprzeczył, że możliwość wystawienia certyfikatu SIL przez niezależny oddział firmy dopuszczona jest przez normę EN 61508-1.

W ocenie Izby zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu nieprzedstawienia przez niego certyfikatu SIL wystawionego przez jednostkę zewnętrzną. Dostrzeżenia wymagało, że intencje zamawiającego co konieczności przedstawienia certyfikatu SIL wystawionego przez podmiot trzeci nie znalazły odzwierciedlenia w treści opisanego przez niego warunku udziału w postępowaniu. W sekcji

II.2.3 ogłoszenia o zamówieniu zamawiający wymagał od wykonawców przedstawienia jedynie kopii certyfikatu SIL (Safety Integration Level) dla komponentów lub architektury „systemu tłumienia i izolacji wybuchów” wraz z tłumaczeniem na język polski. W odróżnieniu od równoległe wymaganych dokumentów, tj. certyfikatu badania typu WE na „system tłumienia wybuchu” i certyfikatu badania typu WE na „system izolacji wybuchu”, w których w sposób wyraźny zastrzeżono, że należy przedstawić dokument wydany przez „jednostkę notyfikowaną”, analogiczne lub podobne zastrzeżenie nie znalazło się w opisie wymaganego certyfikatu SIL. Skoro zamawiający oczekiwał złożenia dokumentu wystawionego przez podmiot trzeci, to powinien to zastrzec wyraźnie w treści warunku udziału w postępowaniu, tym bardziej, że uczynił tak w przypadku innych, wymaganych certyfikatów. Na marginesie Izba stwierdza, że stanowisko przedstawione przez zamawiającego na rozprawie, iż wymagał certyfikatu wystawionego przez osobę trzecią, którą nie musiała być jednostką notyfikowaną, było sprzeczne z treścią wezwania z dnia 1 grudnia 2011 r., w którym wskazywał na konieczność złożenia dokumentu pochodzącego od zewnętrznej jednostki notyfikowanej.

Zamawiający nie wskazał także jakichkolwiek przepisów, norm, z których wynikałoby, że certyfikat SIL musi być wystawiony przez podmiot trzeci. Za takie wskazanie nie mogło być uznane przytoczenie przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie informacji znajdujących się na stronie internetowej Urzędu Dozoru Technicznego. Izba wzięła pod uwagę, że informacje te nie stanowiły oficjalnej opinii na temat charakteru certyfikatu SIL i podmiotów uprawnionych do jego wystawienia. Jednak nawet analiza tych informacji nie prowadziła do wniosku, że wykluczona jest certyfikacja SIL przez samego wytwórcę. UDT wyjaśniał jedynie, że *„wytwórca poprzez certyfikację SIL zapewnia odbiorców, że jego wyrób jest niezawodny, przyczyniając się do zwiększenia konkurencyjności swoich wyrobów. Certyfikacja przez stronę trzecią wykazuje niedociągnięcia wyrobu, które są usuwane przed wprowadzeniem do obrotu oraz upewnia wytwórcę i odbiorcę, że wyrób spełnia oczekiwane wymagania bezpieczeństwa.”* Powyższe wskazuje jedynie na korzyści jakie wynikają z uzyskania certyfikatu SIL wystawionego przez stronę trzecią, natomiast nie stanowi dowodu na okoliczność, że certyfikacja SIL przez niezależny oddział wykonawcy jest niedopuszczalna.

Skoro zatem:

- 1) w treści ogłoszenia o zamówieniu zamawiający nie wymagał, aby certyfikat SIL został wystawiony przez osobę trzecią,
- 2) wymóg złożenia dokumentu wystawionego przez jednostkę notyfikowaną został wyraźnie zastrzeżony w przypadku innych, równoległe wymaganych dokumentów, a nie dotyczył certyfikatu SIL,

- 3) wymóg sporządzenia certyfikatu SIL przez podmiot trzeci nie wynikał z obowiązujących przepisów,
- 4) zamawiający nie odniósł się do twierdzenia odwołującego, że możliwość wystawienia certyfikatu SIL przez niezależny oddział firmy dopuszczona jest przez normę EN 61508-1. Izba uznała, że decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z omawianego powodu była nieprawidłowa.

W omawianym zakresie wzięto również pod uwagę, że zgodnie z orzecznictwem Izby przesłanki wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu wynikające z art. 24 ustawy Pzp jako mające charakter sankcyjny muszą być interpretowane ściśle. Podkreśla się również, że decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu może nastąpić po usunięciu wszelkich wątpliwości w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zaś takie nie zostały wyeliminowane.

1b) zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu niewskazania informacji o podstawach do dysponowania personelem oraz informacji o kwalifikacjach zawodowych personelu

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (zmodyfikowanym w ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia), w sekcji II.2.3 zastrzegł, iż o udział w postępowaniu może ubiegać się wykonawca, który posiada wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. m.in.:

- dysponuje minimum 1 osobą posiadającą świadectwo kwalifikacyjne typu „D”, przewidzianą do pracy w każdej spółce objętej zamówieniem i staż pracy minimum 5 lat przy eksploatacji urządzeń, instalacji i sieci,
- dysponuje minimum 8 osobami posiadającymi świadectwo kwalifikacyjne typu „E” grupy 1 i 2 lub minimum 8 osobami posiadającymi świadectwo kwalifikacyjne typu „E” grupy 1 i minimum 8 osobami posiadającymi świadectwo kwalifikacyjne typu „E” grupy 2, w tym obejmującymi urządzenia w wykonaniu przeciwwybuchowym, zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28.4.2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz. U. Nr 89, poz.828 i Nr 129, poz. 1184 oraz z 2005 r. Nr 141, poz. 1189).

W celu potwierdzenia powyższych warunków udziału w postępowaniu wykonawca obowiązani byli złożyć wraz z wnioskiem listy wymaganego personelu z odpowiednimi uprawnieniami i doświadczeniem zawodowym, które będą uczestniczyć w wykonywaniu

zamówienia, wraz z informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia zawodowego i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Zamawiający zamieścił na swej stronie formularz wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz załączniki. Zamawiający zastrzegł w pkt VI.3. ogłoszenia o zamówieniu, że formularz wniosku oraz pozostałe załączniki, dla których zostały określone wzory, powinny zostać wypełnione według niniejszych wymagań, bez dokonywania zmian w treści tych dokumentów. Zgodnie z załącznikiem nr 4 do wniosku, w załączniku tym, zatytułowanym „potencjał kadrowy” należało ujawnić następujące dane: nazwisko i imię, kwalifikacje zawodowe, doświadczenie zawodowe i wykształcenie, zakres czynności, podstawa do dysponowania osobą.

Odwołujący złożył wraz z wnioskiem dwa załączniki nr 4 zatytułowane potencjał kadrowy, jeden pochodzący od członka konsorcjum Energomontaż Chorzów sp. z o.o., a drugi od lidera konsorcjum VST Engineering spol. s r.o.. W pierwszym wykazie nie została wypełniona kolumna „podstawa do dysponowania osobą”. W drugim z wykazów nie wypełniono kolumny „kwalifikacje zawodowe” i „podstawa do dysponowania osobą”.

Pismem z dnia 1 grudnia 2011 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu osób o informacje o podstawie dysponowania przedstawionymi osobami.

Pismem z dnia 9 grudnia 2011 r. odwołujący przesłał zamawiającemu wykaz osób sporządzony przez VST Engineering spol. s r.o., w którym uzupełniono kolumnę „podstawa do dysponowania osobą” wskazując, iż w przypadku wszystkich wykazanych osób jest to umowa o pracę. Nie uzupełniono kolumny „kwalifikacje zawodowe”. Nie uzupełniono wykazu sporządzonego przez Energomontaż Chorzów sp. z o.o. w Chorzowie o informacje o podstawie do dysponowania osobami.

Zamawiający, w dniu 23 grudnia 2011 r. wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, że powodem wykluczenia odwołującego było nieprzedstawienie podstaw do dysponowania personelem w wykazie osób złożonym przez członka konsorcjum – Energomontaż Chorzów sp. z o.o. w Chorzowie jak również niesprecyzowanie informacji o kwalifikacjach zawodowych personelu w wykazie osób złożonym przez lidera konsorcjum – VST Engineering spol. S.r.o. w Pardubicach.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z powodu niewskazania informacji o podstawie do dysponowania osobami w wykazie osób złożonym przez członka konsorcjum –

Energomontaż Chorzów sp. z o.o. w Chorzowie była prawidłowa. Natomiast niezasadną okazała się decyzja o wykluczeniu odwołującego z powodu niewskazania informacji o kwalifikacjach zawodowych personelu w wykazie osób złożonym przez lidera konsorcjum – VST Engineering spol. S.r.o. w Pardubicach.

Nie ulegało wątpliwości, że w celu potwierdzenia opisanego przez siebie warunku udziału w postępowaniu zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców stosownego wykazu osób obejmującego m.in. informacją na temat ich kwalifikacji zawodowych oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Powyższe wynikało nie tylko z treści ogłoszenia o zamówieniu, ale i wzoru załącznika nr 4 do formularza wniosku. Zgodnie z załącznikiem nr 4 do wniosku, w załączniku tym, zatytułowanym „potencjał kadrowy” należało ujawnić m.in. kwalifikacje zawodowe osób jak i podstawę do dysponowania osobą. Ponadto zamawiający nie dopuścił możliwości merytorycznej zmiany załącznika do wniosku (pkt VI.3. ogłoszenia o zamówieniu).

Nie było również sporne, że złożony wraz z wnioskiem przez odwołującego a pochodzący od członka konsorcjum Energomontaż Chorzów wykaz osób nie zawierał informacji o podstawie wykonawcy do dysponowania zgłoszonymi osobami, zaś w wykazie pochodzącym od lidera konsorcjum nie wypełniono kolumny „kwalifikacje zawodowe” i „podstawa do dysponowania osobą”.

Przesłanka wykluczenia z udziału w postępowaniu określona w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp na którą powołał się zamawiający w piśmie z dnia 23 grudnia 2011 r. aktualizuje się w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Każdorazowa decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu musi być poprzedzona procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku zaktualizowania się przesłanek opisanych w tym przepisie. W myśl przywoływanego przepisu zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że pomimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny na co wskazuje sformułowanie „wzywa”, a nie „może wezwać” i obliguje zamawiającego do wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie.

Odwołujący, pismem z dnia 1 grudnia 2011 r. został wezwany przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia informacji o potencjale kadrowym o informacje o podstawie dysponowania przedstawionymi osobami. Zamawiający nie wezwał natomiast odwołującego do uzupełnienia informacji o kwalifikacjach zawodowych. A zatem

decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewskazania informacji o kwalifikacjach zawodowych personelu, jako nieoprowadzona procedurą wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp okazała się przedwcześnie.

Natomiast zasadną okazała się decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niepodania informacji o podstawie do dysponowania personelem. W tym zakresie odwołujący został prawidłowo wezwany do uzupełnienia braku i nie zastosował się do treści wezwania. Obydwa wykazy osób złożone wraz z wnioskiem nie zawierały informacji o podstawie do dysponowania osobą, zaś brak uzupełniono jedynie w jednym z nich. Wbrew twierdzeniom odwołującego przedstawionym w trakcie rozprawy, w omawianym zakresie, wezwanie z dnia 1 grudnia 2011 r. było jednoznaczne i skierowane do odwołującego, którego reprezentował lider. Umocowanie lidera konsorcjum do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu przed zamawiającym w sposób jednoznaczny wynikało z §1 umowy konsorcjum z dnia 7.11.2011 r. załączonej do wniosku. Zatem czynność wezwania skierowana do lidera konsorcjum jako pełnomocnika drugiego z konsorcjantów odnosiła skutek również względem członka konsorcjum. Pomimo prawidłowego wezwania odwołujący nie uzupełnił braku w postaci informacji o podstawie do dysponowania osobami w wykazie osób pochodzącym od członka konsorcjum Energomontaż Chorzów. Na skutek nieuzupełnienia braku zamawiający nie mógł uznać za wykazanego warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt III.2.3. Nie wiadomo było bowiem, czy zasób kadrowy jest zasobem własnym odwołującego, czy też może zasobem udostępnianym w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, co do którego być może należałoby przedstawić stosowne zobowiązanie.

Przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu Izba nie mogła wziąć pod uwagę przedstawionej przez odwołującego dopiero w odwołaniu informacji, że osoby wskazane w wykazie osób złożonym przez członka konsorcjum są jego pracownikami. Dostrzeżenia wymaga, iż w świetle art. 180 ust. 1 ustawy Pzp celem odwołania jest kontrola poprawności czynności lub zaniechań zamawiającego, pod względem zgodności z przepisami ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza – w świetle art. 192 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – może, jeśli umowa nie została zawarta, uwzględniając odwołanie nakazać wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności zamawiającego, co oznacza, że orzeczenie Izby nie zastępuje czynności zamawiającego. Zamawiający dokonał oceny wniosku odwołującego zawierającego braki w zakresie informacji o podstawie dysponowania personelem i

prawidłowość tej oceny jest przedmiotem badania na skutek wniesionego odwołania. Zatem przedstawienie przez wykonawcę w toku postępowania odwoławczego, a więc po dokonaniu przez zamawiającego czynności badania i oceny wniosków nowej informacji, będącej de facto uzupełnieniem złożonego wykazu osób o dane dotyczące podstawy dysponowania osobami, nie mogło podlegać ocenie zamawiającego, a w konsekwencji również Izby. Zatem Izba uznała je za nieistotne dla rozstrzygnięcia odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

W świetle powyższego zamawiający zobowiązany był do wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewskazania informacji o podstawie do dysponowania osobami.

Reasumując, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp była prawidłowa, choć nie wszystkie podstawy wykluczenia wskazane przez zamawiającego okazały się zasadne.

2. Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy Uniserv S.A. w Katowicach

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (zmodyfikowanym w ogłoszeniu o zmianie ogłoszenia), w sekcji II.2.3 zastrzegł, iż o udział w postępowaniu może ubiegać się wykonawca, który posiada wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. m.in.: posiada certyfikat badania typu WE (wydany przez jednostkę notyfikowaną) na „system tłumienia wybuchu”. W celu potwierdzenia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonawca obowiązany był złożyć wraz z wnioskiem kopię certyfikatu badania typu WE (wydanego przez jednostkę notyfikowaną) na „system tłumienia wybuchu” wraz z tłumaczeniem na język polski.

Ustalono również, iż wykonawca Uniserv złożył wraz z wnioskiem kopię certyfikatu badania typu WE na „system tłumienia wybuchu”, wydany przez jednostkę notyfikowaną, w którym jako podstawę odniesienia wskazano normę EN 1127-1. Zamawiający w dniu 23 grudnia 2011 r. zawiadomił odwołującego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, z których wynikało, że wykonawca Uniserv S.A. w Katowicach spełnia warunki udziału w postępowaniu i zostanie zaproszony do składania ofert wstępnych.

Odwołujący podniósł, że złożony przez tego wykonawcę certyfikat na system tłumienia wybuchu nie jest certyfikowany według obowiązującej normy. System został oceniony za zgodność według normy EN 1127-1 Explosive atmospheres-Explosion preventiv and protection. Part 1: Basic concepts and methodology, co zdaniem odwołującego nie

stanowi normy dla certyfikacji systemu na tłumienie wybuchu. Właściwą dla oceny jest norma EN 14373 Explosion suppression systems, obowiązująca od roku 2005.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się w zebranych materiałach dowodowych.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Zamawiający w treści ogłoszenia nie wskazał, że system tłumienia wybuchu powinien być oceniony za zgodność z normą EN 14373. Skoro zatem odwołujący zarzucał, że przedstawienie przez ww. wykonawcę certyfikatu, w którym system tłumienia wybuchu został oceniony za zgodność według normy EN 1127-1 jest niewystarczające, albowiem właściwą normą w tym przypadku powinna być norma EN 14373, to powinien swe twierdzenie poprzeć stosownym dowodem. Zgodnie z art. 190 ust. 3 ustawy Pzp dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie strony. Odwołujący zaniechał jakiegokolwiek aktywności dowodowej, nie złożył nawet przywoływanych przez siebie norm. W konsekwencji Izba uznała, że twierdzenie odwołującego pozostało gołosłowne jako nie poparte żadnym dowodem. Zatem decyzja zamawiającego o zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Uniserv S.A. w Katowicach była prawidłowa.

3. Zarzut zaniechania odtajnienia części wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez wykonawcę Tessa Wolff i Synowie sp.j. w Krakowie

Izba ustaliła następujący stan faktyczny. Wykonawca Tessa Wolf i Synowie sp.j. w Krakowie zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa m.in. złożone przez siebie wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu: kopię certyfikatu badania typu WE

na „system tłumienia wybuchu”, kopię certyfikatu badania typu WE na „system izolacji wybuchu”, kopię certyfikatu SIL (Safety Integretion Level) dla komponentów lub architektury „systemu tłumienia i izolacji wybuchów” (s. 82-94 wniosku). W dniu 29 grudnia 2011 r., tj. po poinformowaniu przez zamawiającego o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (23 grudnia 2011 r.), odwołujący zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie mu do wglądu wniosku złożonego przez ww. wykonawcę. Zamawiający nie udostępnił odwołującemu m.in. stron 82-94 wniosku wykonawcy Tessa Wolf i Synowie sp.j. w Krakowie.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut potwierdził się w zebranych materiale dowodowym.

Na wstępie podkreślania wymaga, że zasada jawności postępowania o zamówienie publiczne wynikająca z przepisu art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi jedną z naczelných zasad systemu zamówień publicznych. Przejawem zasady jawności jest regulacja wynikająca z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu są jawne od chwili poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może zachodzić wyłącznie w przypadkach określonych ustawą, co wynika wprost z brzmienia przepisu art. 8 ust. 2 ustawy Pzp. Z kolei art. 8 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane.

Dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4, poz.59):

1. informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą,
2. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
3. podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Przyjmuje się, że informacja ma charakter technologiczny, techniczny jeśli dotyczy sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania. Za informację organizacyjną

przyjmuje się całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym. Istotą tajemnicy przedsiębiorstwa jest też poufność, tj. informacja ta nie może być ujawniona do wiadomości publicznej, co oznacza, że nie może to być informacja znana ogółowi lub osobom, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem. Stanowisko to wyraził także Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 października 2000 roku, sygn. akt I CKN 304/2000, w którym jednoznacznie wykluczono możliwość objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej dozwolonej drodze.

Obowiązkiem zamawiającego jest w każdym przypadku zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przeprowadzenie indywidualnego badania, w odniesieniu do zastrzeżonego dokumentu i stwierdzenie czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Na obowiązek badania przez zamawiającego poczynionego przez wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05 stwierdzając iż „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177, ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następnym stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji”. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd zachowuje, w ocenie Izby, pełną aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa.

Przepisy ustawy Pzp nie regulują procedury przeprowadzenia takiego badania, w szczególności obowiązku zwrócenia się o wyjaśnienia do wykonawcy zastrzegającego tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli zamawiający jest w stanie samodzielnie stwierdzić, czy tajemnica istnieje czy też nie. Jednakże ewentualne wątpliwości winny skłonić zamawiającego do zwrócenia się o takowe wyjaśnienia. Wyjaśnienia winny dać zamawiającemu jednoznaczny obraz co do sposobu zakwalifikowania zastrzeżonej informacji, a zatem nie mogą być ogólnikowe, lakoniczne czy opierać się na gołosłownych twierdzeniach. Izba podkreśla bowiem, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle.

Zdaniem Izby, ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywał nie na odwołującym, który powoływał się na zasadę jawności, lecz na podmiocie, który z powołania się na wyjątek od zasady wywodził korzystne dla siebie skutki prawne. Ciężar dowodu spoczywał pierwotnie na wykonawcy Tessa Wolf i

Synowie sp.j. w Krakowie, a w konsekwencji – w rozpoznawanej sprawie - na zamawiającym, który nie zdecydował się na odtajnienie informacji zastrzeżonych przez tego wykonawcę. Zamawiający swą decyzję o nieodtajnieniu dokumentów znajdujących się na stronach 82-94 wniosku podjął samodzielnie, bez wyjaśnień ww. wykonawcy. W wyjaśnieniach złożonych przez zamawiającego na rozprawie zabrakło w ogóle uzasadnienia faktycznego, wskazania w których fragmentach dokumentów upatruje tajemnicy przedsiębiorstwa, które elementy rozwiązania i dlaczego mają dla tego konkretnego wykonawcy walor techniczny, technologiczny, organizacyjny itp. W trakcie rozprawy zamawiający wyjaśnił jedynie, że wiedzę iż informacje znajdujące się w przedstawionych certyfikatach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa powziął w oparciu o uprzednio prowadzone postępowanie, w którym wielu wykonawców sygnalizowało mu tę okoliczność. Zamawiający nie wskazał, że jednym z tych wykonawców był również wykonawca Tessa Wolf, a nawet gdyby tak było, to zamawiający nie przywołał argumentacji przytoczonej przez tego wykonawcę celem zweryfikowania jej zasadności przez Izbę.

Ponadto zamawiający w wyjaśnieniach na rozprawie nie wykazał pozostałych dwóch przesłanek legalnej definicji tajemnicy przedsiębiorstwa a więc nie można było zweryfikować czy informacje nie zostały upublicznione w inny sposób ani czy wiadomości nie mogą być uzyskane przez ogół osób a także jakie działania podjęto w celu zachowania poufności. Odwołujący w trakcie rozprawy wskazał, że informacje o numerze certyfikatu i dacie jego wystawienia są dostępne publicznie w sieci internet na stronie internetowej jednostki certyfikującej. Podniósł ponadto, iż nie jest wykluczonym, aby jednostka notyfikująca w odpowiedzi na wniosek zainteresowanego mogła mu certyfikat udostępnić w całości. Zamawiający w trakcie rozprawy wyraził zaś jedynie wątpliwość, czy całość certyfikatów jest udostępniona w sieci Internet. Nie potrafił się odnieść do twierdzenia, że nr certyfikatu i data jego wystawienia są publicznie dostępne. Ponadto zamawiający nie wskazał, czy i jakie polityki bezpieczeństwa stosuje wykonawca Tessa Wolf, przykładowo czy i w jaki sposób ograniczył krąg osób mających dostęp do informacji, czy zastrzeżono klauzule poufności w umowach ze swoimi pracownikami. W ocenie Izby stanowisko zamawiającego przedstawione na rozprawie świadczyło o tym, że podejmując decyzję o zaniechaniu odtajnienia części wniosku wykonawcy w ogóle nie badał, czy informacje znajdujące się w certyfikatach nie zostały upublicznione w inny sposób ani czy wiadomości nie mogą być uzyskane przez ogół osób, skoro nie wie czy są one dostępne w sieci Internet lub czy dostęp do nich przez każdego zainteresowanego nie jest możliwy zwykłą drogą.

W konsekwencji Izba uznała, że zamawiający oparł się przy podejmowaniu decyzji o nieodtajnieniu jedynie na przypuszczeniach na temat tego, co stanowi informację o charakterze technicznym, a ponadto nie zbadał pozostałych przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Tajemnicy przedsiębiorstwa jako wyjątku od zasady jawności nie można

domniemywać, albowiem jej przesłanki należy rozpatrywać ściśle. Zamawiający powinien wykazać przesłanki legalnej definicji tajemnicy na gruncie konkretnych okoliczności faktycznych. Z omawianych względów Izba nakazała zamawiającemu odtajnienie zastrzeżonych przez wykonawcę Tessa Wolf kopii certyfikatu badania typu WE na „system tłumienia wybuchu”, kopii certyfikatu badania typu WE na „system izolacji wybuchu”, kopii certyfikatu SIL (Safety Integretion Level) dla komponentów lub architektury „systemu tłumienia i izolacji wybuchów”, znajdujących się na stronie 82-94 wniosku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający wbrew przepisom art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zaniechał odtajnienia informacji, które nie stanowiły tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp czym uniemożliwił wykonawcom skorzystanie ze środków ochrony prawnej w zakresie nieodtajnionej dokumentacji. Powyższe może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem konsekwencją powtórzenia czynności oceny wniosków i odtajnienia zastrzeżonych informacji będzie możliwość zbadania prawidłowości decyzji zamawiającego w zakresie oceny wniosku wykonawcy Tessa Wolf.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący: