

WYROK

z dnia 1 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 1 października 2012r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2012r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Mostowych "Mosty PRDiM" Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 76, 47-220 Kędzierzyn - Koźle w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Turawa, ul. Opolska 35, 46-045 Turawa.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Turawa, ul. Opolska 35, 46-045 Turawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno Mostowych "Mosty PRDiM" Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 76, 47-220 Kędzierzyn - Koźle tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Turawa, ul. Opolska 35, 46-045 Turawa na rzecz Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno Mostowych "Mosty PRDiM" Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 76, 47-220 Kędzierzyn - Koźle kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset

złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Opolu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Turawa, ul. Opolska 35; 46-045 Turawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pt: „Usługi leśnictwa w Nadleśnictwie Turawa w roku 2012 - melioracje wodne” - polegające na wykonaniu prac melioracyjnych przy użyciu sprzętu mechanicznego oraz ręcznie.

W dniu 10.08.2012 r. przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2012/S 153 – 255843.

W przedmiotowym postępowaniu złożone były między innymi dwie oferty konkurencyjne: Odwołującego: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjno Mostowych „MOSTY PRDiM” Sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu przy ulicy: Grunwaldzkiej 76, 47-220 Kędzierzyn – Koźle z ceną brutto 1.143.350,81 zł i Wykonawcy: KONSORCJUM „STOBRAWA” 46-030 St. Budkowice, ul. Morcinek 13, zwanego dalej Konsorcjum, z ceną brutto 1.386.786,62 zł.

W dniu 07 września 2012 r. Odwołujący się otrzymał drogą pocztową zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Konsorcjum.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 19 września 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności oraz zaniechania Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegających na:

- 1) wyborze oferty Konsorcjum, jako najkorzystniejszej, podczas gdy prawidłowo oceniona winna być odpowiednio na miejscu 2 pod względem kryteriów oceny ofert;
- 2) błędnym - niewłaściwym dokonaniu oceny oferty Odwołującego, poprzez przyjęcie, iż w kryterium zatrudnienia ludzi należy przyznać mu 10 punktów, zaś za kryterium nadzór: 5 punktów, podczas gdy prawidłowa ocena jego oferty winna prowadzić do przyznania odpowiednio 20 oraz 10 punktów, wówczas to jego oferta byłaby najkorzystniejsza;
- 3) zaniechaniu podjęcia czynności polegającej na odtajnieniu i udostępnieniu Odwołującemu, jako jawnych: wykazu narzędzi i urządzeń oraz wykazu osób i podmiotów - to jest stron 66 - 69 oferty wybranej, jako najkorzystniejszej, a złożonej przez: Konsorcjum;

4) z ostrożności wskazał także, iż w razie ewentualnych wątpliwości, co do treści załącznika nr 7 - Zamawiający był zobowiązany wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w sprawie, czego jednakże nie uczynił.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp przez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty, która winna zostać sklasyfikowana na drugim miejscu pod względem ceny oraz pozostałych kryteriów i bezprawne uznanie oferty Odwołującego, która zawierała niższą cenę i korzystniejszy bilans punktów za pozostałe kryteria za ofertę nr 2, podczas gdy była ofertą najkorzystniejszą;

2) art. 8 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia treści oferty wybranego wykonawcy - to jest od strony 66 do 69, podczas gdy treść ta nie powinna zostać zakwalifikowana, jako podlegająca utajnieniu, albowiem nie może stanowić w stanie faktycznym niniejszej sprawy takiej tajemnicy: wykaz narzędzi i urzędzeń oraz wykaz osób i podmiotów;

3) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, co do treści załącznika nr 7 do oferty;

4) art. 86 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieudostępnienie treści oferty Konsorcjum Stobrawa w zakresie stron 66 - 69 oferty;

5) art. 91 ust. 1 - 2 ustawy Pzp - poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, podczas gdy prawidłowa ocena ofert winna prowadzić do wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący przy tym zażądał:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę Konsorcjum;

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania;

3) nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej - prawidłowej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym z ostrożności Odwołujący wnosi o to, aby Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści załącznika nr 7 - skoro z treści załącznika nr 9 wynika, iż zatrudnia 31 osób;

4) odtajnienia treści oferty KONSORCJUM STOBRAWA na stronach 66 - 69;

5) wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;

6) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania przed KIO, w tym kosztami zastępstwa prawnego - zgodnie z przedstawioną na rozprawie fakturą VAT za

sporządzenie odwołania oraz reprezentowanie Zamawiającego na rozprawie wraz z kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczoną rozprawę.

W swoim odwołaniu zarzucił, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum pomimo faktu, iż pod względem kryteriów ocen/ofert - winna być druga w kolejności, a Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę.

Na wstępie wskazał, iż zgodnie z punktem 18 SIWZ - strona 20 kryteriami wyboru oferty były:

1. Cena 70%;
2. Kryterium ilości zatrudnionych osób na umowę o pracę: 20% - z tego maksymalnie 20 punktów za 21 i więcej pracowników;
3. Kryterium zatrudnienia nadzoru na umowę o pracę ze świadectwem średnich i wyższych szkół leśnych krajowych i zagranicznych: 10% - z tego maksymalnie 10 punktów za 2 i więcej pracowników nadzoru;

Według powyższych kryteriów – zdaniem Odwołującego - prawidłowa punktacja powinna wyglądać następująco:

1. Oferta Odwołującego: $70 + 20 + 10 = 100$ punktów;
2. Oferta Konsorcjum - z uwagi na powołanie się na rzekomą tajemnicę przedsiębiorstwa - niepodobnym ustalić precyzyjnej liczby punktów, jednakowoż - z uwagi na cenę - kryterium 70% - oferta Odwołującego - przy prawidłowym przyznaniu punktów za pozostałe dwa kryteria - jest najkorzystniejsza i winna zostać wybrana.

Zwrócił uwagę, iż na stronach 6 - 7 SIWZ - Zamawiający w punkcie 9.1.3. między innymi zastrzegł, iż dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia będzie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże wielkość średniorocznego zatrudnienia pracowników, w tym personelu kierowniczego w ilości nie mniejszej niż 20 osób.

Następnie podniósł, że Zamawiający w oderwaniu od opisu warunku i jego wymagań pod kolejnym punktem umieścił następującą treść: „warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże (że dysponuje min. 2 osobami), że osoby które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadają uprawnienia w zakresie objętym zamówieniem.”

Następnie zauważył, że na stronie 9 SIWZ - punkt 10.1 lit d) - Zamawiający zażądał w celu potwierdzenia spełniania powyższych warunków udziału w postępowaniu: „oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy usług oraz liczebności pracowników, w tym personelu kierowniczego w ilości nie mniejszej niż 20 osób w okresie

ostatnich trzech lat załącznik nr 9” - w tej pozycji Odwołujący wpisał wyraźnie: 26+5.

Następnie zwrócił uwagę na punkt 10.1 lit f) - „wykaz osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - załącznik nr 7”, z którego treści wynika – zdaniem Odwołującego, iż Zamawiającemu chodzi o kadrę kierowniczą.

Odwołujący wywodził, że z powyższego postanowienia SIWZ i wzorów załączników nie wynika, iż Zamawiający oczekiwał wskazania w treści załącznika nr 7 — z imienia nazwiska - wszystkich pracowników Odwołującego, a nie tylko kadry kierowniczej - czyli od szeregowego pracownika do kierownika budowy.

Z powyższych względów, co najmniej należało powyższą okoliczność wyjaśnić - czego Zamawiający zaniechał.

Przekonywał, że w tej pozycji Odwołujący wpisał wyraźnie: 2.

Dodatkowo wskazał, że z punktu 18.2 SIWZ - sposobu dokonania oceny ofert wynika wyraźnie i jednoznacznie, iż poza ceną - kolejne dwa kryteria są sztywne - to znaczy: jeżeli dany wykonawca zatrudnia na umowę o pracę co najmniej 21 osób to należy przyznać - 20 punktów - Odwołujący zatrudnia 26 + 5 - czyli należało bez wątplenia przyznać 20 punktów.

W dalszej kolejności podniósł, że jeżeli Zamawiający postanowił, iż za zatrudnianie na umowę o pracę 2 osób (i pewnie więcej) od nadzoru przyzna 10 punktów, a Odwołujący zatrudnia na umowę o pracę 2 takie osoby - zatem w tym kryterium należało przyznać 10 punktów.

Reasumując zauważył, że cena Odwołującego była tańsza o: 243.435,81 złotych (słownie: dwieście czterdzieści trzy tysiące czterysta trzydzieści pięć złotych 81/100) - zatem winna uzyskać 70% za pozostałe kryteria po 20 i 10 punktów.

Zarzucił także Zamawiającemu uznanie zastrzeżenia przez Konsorcjum tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie takich danych i dokumentów jak: wykaz narzędzi i urządzeń oraz wykaz osób i podmiotów bez dokonania jakiegokolwiek weryfikacji zawartych tam informacji.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył podstawową zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe stosowanie wszystkich przepisów ustawy w stosunku do jednego z uczestników postępowania.

Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył rażąco art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty, która winna zostać sklasyfikowanej na drugim miejscu pod względem ceny oraz pozostałych kryteriów i bezprawne uznanie oferty Odwołującego, która zawierała niższą cenę i korzystniejszy bilans punktów za pozostałe kryteria za ofertę nr 2, podczas gdy była ofertą najkorzystniejszą oraz art. 8 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia treści oferty wybranego wykonawcy - to jest od strony 66 do 69, podczas gdy treść ta nie powinna zostać zakwalifikowana, jako podlegająca utajnieniu albowiem nie może stanowić w stanie faktycznym niniejszej sprawy takiej tajemnicy: wykaz narzędzi i urzędzeń oraz wykaz osób i podmiotów.

W konsekwencji – w ocenie Odwołującego - dopuścił się naruszenia art. 86 ust. 2 ustawy Pzp - albowiem oferty od daty ich złożenia i otwarcia są jawne, w szczególności w zakresie kryteriów podlegających ocenie.

Nadto zaznaczył, że zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 1 oraz 2 ustawy Pzp - Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w tym stanie faktycznym sprawy - Zamawiający wybrał ofertę, której bilans punktowy jest mniej korzystny - gdyby prawidłowo dokonano oceny ofert.

Według Odwołującego Zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zgodności zobowiązania wykonawcy z SIWZ we wszystkich jego aspektach na podstawie całości treści oferty (wraz z załącznikami), która winna zostać przygotowana i wypełniona w sposób przez niego wymagany, a nie tylko poprzestaniu na ogólnych deklaracjach zgodności wynikających między innymi z samego faktu złożenia oferty i oświadczeń zawartych w jej treści.

W ocenie odwołującego się opisane nieprawidłowości wymagały podjęcia wszystkich odpowiednich, przewidzianych ustawą kroków, zmierzających do wyjaśnienia, ustalenia czy ewentualnego zweryfikowania treści oferty w tym zakresie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego i konsorcjum, zawiadomienia Zamawiającego z dnia 5 września 2012r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, notatki służbowej z dnia 29 sierpnia 2012r. komisji przetargowej, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień, Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

W pierwszej kolejności Izba rozstrzygnęła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w oparciu o przepis art.189 ust.2 pkt. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że przy odwołaniu zostało załączone pełnomocnictwo ogólne do występowania przed sądami powszechnymi i organami egzekucyjnymi.

Wobec powyższego skład orzekający na zasadzie § 13 ust.1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań wezwał Odwołującego na posiedzeniu do poprawienia powyższego braku, co zostało uczynione przez działającego jednoosobowo Prezesa Zarządu poprzez przedłożenie pełnomocnictwa rodzajowego.

W związku z powyższym należało stwierdzić, że odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem podlegało ono rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia również z innych przyczyn.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art.7 ust.1 i 3, art.8 ust.1 i 3, art.26 ust.3 i 4, art.87 ust.1 zd.1, art.91 ust.1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Przedmiotem rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego było zagadnienie czy Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp.

Materiał dokumentacyjny przedmiotowej sprawy skłania Izbę do przyjęcia zapatrywania, iż zarówno czynność badania i oceny ofert, jak również wyboru najkorzystniejszej oferty została dokonana z naruszeniem prawa.

Przed wszystkim należy wskazać, iż przyznana przez Zamawiającego punktacja dokonana na podstawie pkt. 18 Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert została dokonana przedwcześnie, bez dostatecznego wyjaśnienia wadliwie sporządzonego przez Odwołującego załącznika nr 7 do SIWZ Wykazu osób i podmiotów, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia – str.25 oferty.

W wykazie tym Odwołujący podał jedynie dwie osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, co biorąc pod uwagę zakres przedmiotu zamówienia, wskazuje w sposób graniczący z pewnością, że dokument ten nie został sporządzony prawidłowo.

Okoliczność braku możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia przez dwie osoby została potwierdzona również na rozprawie przez pełnomocnika Zamawiającego.

Dodatkowo powyższą wątpliwość Zamawiającego powinna potęgować zadeklarowana przez Odwołującego na str.23: liczba osób zatrudnionych – 26 i personelu kierowniczego – 5 (załącznik nr 9 do SIWZ), co również pośrednio wskazuje na jego zdolności w zakresie zatrudnienia.

To samo dotyczy braku powołania przez Odwołującego w rubryce przedmiotowego wykazu – opis posiadanych kwalifikacji, numer uprawnień, data ich wydania, zakres uprawnień i nazwa organu, który je wydał, wszystkich oczekiwanych przez Zamawiającego elementów, jak chociażby data wydania uprawnień czy nazwa organu.

Wyjaśnienia w powyższy sposób wymagały również uprawnienia osób podanych w przedmiotowym wykazie w zakresie zatrudnienia nadzoru.

Powyższe uwagi dotyczą również niekompletności informacji z wykazu złożonego przy ofercie konkurencyjnej.

W takiej sytuacji Zamawiający powinien skorzystać z procedury przewidzianej w art.26 ust.4 ustawy Pzp zgodnie, z którą Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez

siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Nadto, z powodu zamieszczenia w powyższym wykazie również elementów przedmiotowo istotnych, Zamawiający powinien również, nie mając pewności, co do ilości osób, które będą zatrudnione na umowę o pracę przez Odwołującego, wyjaśnić te okoliczności stosując przepis art.87 ust.1 zd. 1 ustawy Pzp.

Powyższe wyjaśnienia mają duże znaczenie również z tego powodu, że jak sam Zamawiający przyznał w SIWZ nie opisał na podstawie, jakich dokumentów w ofercie miała być dokonywana ocena innych kryteriów niż cena.

Z powyższych względów należy uznać, że Odwołujący mógł potraktować, jako wystarczającą do oceny ofert, z uwzględnieniem kryteriów poza cenowych, informację z załącznika nr 9.

Nadto należy wskazać, że Zamawiający oświadczając, iż z uwagi na to jak często przy tego rodzaju zamówieniach następują przesunięcia kadrowe nie wniknął szczegółowo w kwestie związane z ilością wpisanych w wykazie osób, przeczy wadze, jaką sformułował przyjmując dodatkowe dwa kryteria oceny ofert i znaczeniu, jakie do tej wagi przyporządkował.

Jednocześnie na tle stanu faktyczno-prawnego rozpoznawanej sprawy Zamawiający upewniwszy się, co do liczby osób uczestniczących w wykonaniu zamówienia powinien skorzystać z regulacji zawartej w art.26 ust.3 ustawy Pzp w myśl, której Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Izba reprezentuje zapatrywanie, że dopiero uzyskanie przez Zamawiającego poprawnego wykazu złożonego przez Odwołującego mogło stanowić podstawę do dokonania zgodnej z prawem oceny ofert w granicach kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, co nie spowodowałoby naruszenia art.91 ust.1 ustawy Pzp, a w konsekwencji gwarantowałoby wybór najkorzystniejszej oferty niepowodujący naruszenia zasady równości i konkurencyjności prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe stanowisko Izby nie zmienia również fakt, że wpisanie do wykazu przez Odwołującego dwóch osób zatrudnionych, formalnie oznacza zgodnie z postanowieniami pkt.9.1.3 tiret 2 i 3 SIWZ spełnienie warunku podmiotowego, jednak z powodu powyższych braków dokument ten powinien zostać uzupełniony, stosownie do procedury opisanej w art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Kolejny wątek rozpoznawanej sprawy, związany z zarzutem Odwołującego bezpodstawnego utajnienia przez Konsorcjum stron 66 – 69 własnej oferty należy rozpatrywać w aspekcie braku dostatecznego zbadania przez Zamawiającego przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność, co wynika wprost z art.8 ust.1 ustawy Pzp.

Ograniczenie przez Zamawiającego dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia może nastąpić, na zasadzie art.8 ust.2 ustawy Pzp, tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Natomiast stosownie do art.8 ust.3 zd.1 ustawy Pzp 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 być one udostępniane.

Uzasadnienie Zamawiającego znajdujące się w notatce służbowej z dnia 29 sierpnia 2012r. nie jest wystarczające dla wykazania przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa.

W szczególności nie stanowi nawiązania do tych przesłanek ustawowych pojęcia tajemnicy przedsiębiorstwa znajomość Zamawiającego sytuacji rynku lokalnego oraz dokonywanych prób przejęcia przez firmy konkurencyjne potencjału ludzkiego i sprzętowego.

W ocenie Izby powyższe uzasadnienie Zamawiającego jest przejawem

nieuzasadnionej jego swobody uznania zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa bez oparcia się na ustawie z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W myśl przepisu art. 11 ust. 4 powołanej wyżej ustawy, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Wymaga podkreślenia, że Zamawiający nie wyjaśnił charakteru podanych przez konsorcjum informacji, jak również nie uzyskał wiedzy czy składający zastrzeżenie zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca podjął działania w celu zachowania poufności przekazanych informacji.

Wszystkie te kwestie powinny być przedmiotem dociekań i analizy Zamawiającego, dając mu ostatecznie pewną podstawę do podjęcia decyzji o uznaniu lub nieuznaniu za skuteczne dokonane przez konsorcjum zastrzeżenia.

Jednocześnie wystąpienie Zamawiającego pismem z dnia 24 września 2012r. do konsorcjum z wnioskiem o wyjaśnienie przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa Izba potraktowała za spóźnione wobec toczącego się postępowania odwoławczego.

W tym stanie rzeczy, przyjmując, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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:

