

Sygn. akt: KIO 1334/11

WYROK
z dnia 5 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2011 r. przez wykonawców **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Usługowe "EZT" S.A., Agencję Ochrony Osób i Mienia "GARDA" Sp. z o.o., 41-219 Sosnowiec, ul. Modrzewiowa 7** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Śląski, 40-007 Katowice, ul. Bankowa 12;**

przy udziale:

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ERA Sp. z o.o., JANTAR Sp. z o.o., Zenona Ordeckiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TIFOM 997, Międzywojewódzką Spółdzielnię Usługową ZPChR, ul. Katowicka 16B, 41-500 Chorzów, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1334/11 po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Usługowe "EZT" S.A., Agencję Ochrony Osób i Mienia "GARDA" Sp. z o.o., 41-219 Sosnowiec, ul. Modrzewiowa 7** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakłady Usługowe "EZT" S.A., Agencję Ochrony Osób i Mienia "GARDA" Sp. z o.o., 41-219 Sosnowiec, ul. Modrzewiowa 7** tytułem 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „świadczanie usług ochrony fizycznej obiektów Uniwersytetu Śląskiego zlokalizowanego w Katowicach, Sosnowcu, Chorzowie, Cieszynie oraz Rybniku”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 kwietnia 2011 r., pod nr 2011/S 71-116019.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania wykluczenia wskazanego poniżej wykonawcy oraz zaniechania odtajnienia ofert wskazanych poniżej wykonawców, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2011 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2011 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”:

1. art. 7 ust. 1 poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem art. 8 ust. 2 i 3, art. 96 ust.3 poprzez zaniechanie odtajnienia całości oferty konsorcjum firm: Impel Security Polska Sp. z o.o., Impel Security Provider Sp. z o.o., Asekuracja Cash Handling Sp. z o.o., (zwane dalej: „Konsorcjum Impel”), zawierającej informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, niezgodnie z ustawą Pzp oraz ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bez podania przyczyn utajnienia części oferty,
2. art. 7 ust. 1 poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców w związku z naruszeniem przepisów art. 24 ust 2 pkt 4 oraz art. 24 ust 4 poprzez niewykluczenie wykonawcy Konsorcjum firm: ERA Sp. z o.o., Jantar Sp. z o.o., T1FOM 997 Ordecki Zenon, Międzywojewódzka Spółdzielnia Usługowa, Zakład Pracy Chronionej, (zwane dalej: „Konsorcjum Era”) z prowadzonego postępowania oraz nieuznania oferty Wykonawcy wykluczonego jako oferty odrzuconej.
3. art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez niezachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z naruszeniem art. 8 ust. 2 i 3, art. 96 ust.3 poprzez zaniechanie odtajnienia całości oferty złożonej przez Wykonawcę: Konsorcjum Firm: Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Security Sp z o.o., Konsalnet Skorpion Sp. z o.o., Konsalnet Inowool Sp. z o.o., Konsalnet Konwój, P.U. TOMBOR Celina Toman, Jerzy Toman Sp. j., U.P.G. Sp. z o.o. (zwane dalej „Konsorcjum Konsalnet”), zawierającej informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa

niezgodnie z ustawą Pzp oraz ustawą z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bez podania przyczyn utajnienia części oferty.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Impel, odtajnienie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Impel w zakresie rażąco niskiej ceny, wykluczenie Konsorcjum Era, w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, zgodnie z warunkiem opisanym w rozdziale III pkt 1 ppkt 1 lit. c SIWZ oraz uznanie oferty złożonej przez Konsorcjum Era za ofertę odrzuconą, odtajnienie całości oferty złożonej przez Konsorcjum Konsalnet, ponownej oceny ofert, ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ważnych ofert.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, iż Konsorcjum Konsalnet, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, na stronach 324-354 złożyło wykaz osób wraz z zaświadczeniami potwierdzającymi uprawnienia do obsługi kas fiskalnych - załącznik nr 1E, oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z zapisami art. 8 ust. 1 ustawy Pzp jedną z podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność, każdy z Wykonawców zgodnie z art. 8 ust 3 ustawy Pzp ma możliwość zastrzeżenia informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z zapisami art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) wynika, iż przez tajemnicę przedsiębiorstwa 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, co oznacza, iż tajemnicą przedsiębiorstwa jest tylko taka informacja, która spełnia łącznie trzy przesłanki (wyrok SN z dnia 3 października 2000 r., sygn. akt I CKN 304/00, OSNC 2001, nr 4 pkt 5), tj: ma charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny przedsiębiorstwa, nie została ujawniona do wiadomości publicznej, podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Niezaprzeczalnym jest, iż obowiązkiem Zamawiającego jest zbadanie, czy dokumenty zastrzeżone przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście nią są, o czym świadczy m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2008 r. (sygn.. akt: KIO/UZP 745/08).

Zdaniem Odwołującego, w powyższym przypadku widoczna jest bierność Zamawiającego, gdyż uznał on, iż wszystkie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumenty faktycznie są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, bez jakiegokolwiek badania tego faktu. Świadczy o tym brak jakichkolwiek zapisów w protokole przez członków komisji,

czy też brak skierowania do Konsorcjum Konsalnet pisma z prośbą o wskazanie, dlaczego wyjaśnienie w przedmiocie rażąco niskiej ceny, czy wykaz osób, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa.

W tej sytuacji działanie Zamawiającego, w szczególności nie podanie powodów, dla których uznano utajnienie części oferty za uzasadnione, prowadzi do sytuacji, w której Odwołujący i inni uczestnicy postępowania pozbawieni zostali możliwości merytorycznej kontroli rozstrzygnięcia Zamawiającego w tym zakresie i możliwości jego weryfikacji w toku postępowania odwoławczego. Zarzut ten znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: *„Zasadnie uznano za niedopuszczalne zastrzeżenie informacji niejawnych wyłącznie w celu uniknięcia możliwości ich weryfikacji przez innych Wykonawców”*, czy też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2011 r. (sygn. akt. KIO 322/11): *„Przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym.”*

Konsorcjum Era na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, opisanymi w rozdziale III pkt 1 ppkt 1 lit. c SIWZ swojej oferty, na stronach 95-100, przedłożyło dokument „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia”. W pozycjach nr 7, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 21 oraz 25 przedmiotowego dokumentu wskazano, iż do realizacji zamówienia Wykonawca zamierza oddelegować osoby niespełniające wymagań określonych przez Zamawiającego, zarówno w rozdziale III pkt 1 ppkt 1 lit. c SIWZ, jak i w odpowiedziach na pytania jednego z Wykonawców z dnia 8 kwietnia 2011 r.

Zgodnie z zapisami rozdziału III pkt 1 ppkt 1 lit. c dla części A SIWZ, jednym z warunków udziału w postępowaniu był warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wykonawca musi dysponować min. 25 osobami posiadającymi znajomość języka angielskiego na poziomie podstawowym A1, potwierdzoną dokumentem np. TELC Start English A1 lub równoważnym. Analizując powyższy zapis SIWZ Odwołujący nie miał żadnej wątpliwości, iż Zamawiający wymagał od osób wskazanych w dokumencie „wykaz osób” znajomości języka angielskiego na poziomie min. A1 oraz znajomość ta winna być poświadczona certyfikatem lub dokumentem międzynarodowym, który jest wystawiony w oparciu o wytyczne Rady Europy w ramach systemu Common European Framework of Reference for Language Learning and Teaching. „Certyfikat TELC jest uznawany na arenie międzynarodowej, ponieważ jest świadectwem opanowania języka zgodnie z założeniami nauczania i testowania kompetencji językowych w oparciu o wytyczne Rady Europy w ramach systemu Common European Framework of Reference for Language Learning and Teaching.” (źródło - Katolicki Uniwersytet Lubelski im. Jana Pawła II, www.kul.pl).

Osoby przedstawione w dokumencie „wykaz osób”, załączonym do oferty Wykonawcy Konsorcjum Era, w pozycjach nr 7, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 20, 21 oraz 25 nie spełniają wymagań Zamawiającego w powyższym zakresie, gdyż posiadane przez nich kwalifikacje zawodowe w sposób jednoznaczny wskazują, iż nie dysponują one certyfikatami lub dokumentami poświadczającymi znajomość j. angielskiego w oparciu o wytyczne Rady Europy:

- w pozycji nr 7 została wskazana Pani Gizela G., która posiada świadectwo ukończenia kursu j. angielskiego na poziomie podstawowym,
- w pozycji nr 9 została wskazana Pani Iweta S., która posiada zaświadczenie o ukończeniu kursu j. angielskiego na poziomie zaawansowanym nr 10/T/98,
- w pozycji nr 11 został wskazany Pan Bartosz C., który posiada certyfikat ukończenia kursu języka angielskiego poziom podstawowym A2,
- w pozycji nr 12 została wskazana Pani Anna M., która posiada dyplom ukończenia studiów wyższych, licencjat angielskiego i niemieckiego języka biznesu nr 899/K72000,
- w pozycji nr 13 została wskazana Pani Aleksandra D., która posiada dyplom ukończenia studiów wyższych Filologia A., magister j. angielskiego w biznesie nr 1219/WH,
- w pozycji nr 14 został wskazany Pan Michał S., który posiada certyfikat ukończenia kursu j. angielskiego na poziomie średniozaawansowanym B1 nr 371/2002,
- w pozycji nr 15 został wskazany Pan Mateusz S., który posiada certyfikat ukończenia kursu j. angielskiego na poziomie średniozaawansowanym B1 nr 136/2002,
- w pozycji nr 16 została wskazana Pani Marzena N., która posiada certyfikat ukończenia kursu j. angielskiego na poziomie B1 (średniozaawansowany),
- w pozycji nr 17 została wskazana Pani Edyta P., która posiada zaświadczenie o ukończeniu kursu j. angielskiego na poziomie podstawowym A1,
- w pozycji nr 20 została wskazana Pani Aleksandra C., która posiada zaświadczenie o ukończeniu kursu j. angielskiego na poziomie podstawowym A1,
- w pozycji nr 21 została wskazana Pani Jadwiga C., która posiada certyfikat ukończenia kursu j. angielskiego na poziomie A1 nr 61/P1/POKL/2010,
- w pozycji nr 25 została wskazana Pani Aleksandra P., która posiada dyplom ukończenia kursu języka angielskiego, level 12-advebnced B2 (poziom zaawansowany).

Powyższe w sposób jednoznaczny i oczywisty potwierdza, iż osoby wskazane powyżej może i posiadają umiejętność władania językiem angielskim na poziomie min. A1, lecz nie posiadają one dokumentów poświadczających tę umiejętność o znaczeniu międzynarodowym np. TELC Start English A1 lub równoważnym, których żądał Zamawiający w SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W rozdział III pkt 1 ppkt 1.1 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia, jakie muszą spełniać wykonawcy. I tak, w zakresie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w odniesieniu do części A zamówienia, Zamawiający wymagał m.in. dysponowania min. 8 osobami posiadającymi umiejętności obsługi kas fiskalnych oraz dysponowania min. 25 osobami posiadającymi znajomość języka angielskiego na poziomie podstawowym A1, potwierdzoną dokumentem np. TELC Start English A1 lub równoważnym (rozdział III pkt 1 ppkt 1.1. lit. c SIWZ).

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu nastąpi na podstawie złożonych przez wykonawcę oświadczeń m.in. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, o których mowa w rozdziale IV ust. 1 pkt 6 SIWZ. Zaś, we wskazanym punkcie Zamawiający postanowił, iż wraz z ofertą należy złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami. Przykładowy wzór oświadczenia stanowi załącznik nr 1E do SIWZ.

Wykonawca Konsorcjum Konsalnet zastrzegło Wykaz osób z zaświadczeniami, potwierdzającymi uprawnienia do obsługi kas fiskalnych jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu ustawy o ochronie danych osobowych oraz zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca wskazał, iż *„Wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Takie dane należy uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem niewątpliwie przedstawiają one pewną wartość dla wykonawcy, a biorąc pod uwagę profil przedsiębiorstwa oraz wiedzę fachową osób realizujących (pracowników z licencjami) zamówienie, stanowi niewątpliwie kluczową wartość gospodarczą. Wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie, wraz z informacjami o ich kwalifikacjach i zakresie wykonywanych czynności oraz dokumenty merytoryczne mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa zgodnie z przyjętym orzecznictwem sygn. V Ca 421/07. Wykonawca informuje, że co do tych informacji podjął niezbędne działania, by zachować ich poufność, zawarł umowy z pracownikami, które zawierają zakaz ujawniania określonych informacji. Ponadto z informacji utajnionych wynikają podstawowe działania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa i jego strategią gospodarczą. Ujawnienie zastrzeżonych danych mogłoby zaszkodzić interesom wykonawców i naruszyć relacje konkurencyjne (UZP/ZO/0-1379/07)”*.

Pismem z dnia 19 maja 2011 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie złożonych ofert.

W odpowiedzi Zamawiający poinformował, iż w dniu 20 maja 2011 r. Odwołujący będzie miał możliwość zapoznania się z treścią ofert (pismo z dnia 19 maja 2011 r.).

Pismem z dnia 25 maja 2011 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów złożonych przez Konsorcjum Konsalnet, „w zakresie wykazu osób wraz z zaświadczeniami potwierdzającymi uprawnienia kas fiskalnych – załącznik nr 1E (strona 324-354) oznaczone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Żądanie swoje motywujemy, iż dokumenty oznaczone przez Wykonawcę: „Konsorcjum Konsalnet” są bezpodstawnie uznane jako tajemnica przedsiębiorstwa przez którą rozumie się niepodane 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 w poufności (art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). Określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeśli spełnia łącznie trzy warunki: - ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą, - nie została ujawniona do wiadomości publicznej, - podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wykaz osób załączony do oferty bezspornie nie jest takim dokumentem. W związku z obowiązkiem spoczywającym na Zamawiającym w zakresie badania skuteczności dokonanego przez Wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnianie wymagań wynikających z zapisów SIWZ prosimy o poinformowanie nas o podjętych przez Państwa czynnościach w przedmiotowej sprawie.”

Zamawiający pozostawił przedmiotowe pismo bez odpowiedzi.

Do oferty Konsorcjum Era, na stronach 95-99, dołączono Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Jedną z głównych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jego jawność (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Zasada ta jednakże doznaje pewnych ograniczeń, które wynikają z kolejnych przepisów. W świetle art. 8 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający może bowiem ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie. Jednocześnie każdy z wykonawców może uczynić zastrzeżenie, iż wskazane informacje składające się na ofertę, w rozumieniu *sensu largo*, nie mogą być udostępniane jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Z przytoczonych przepisów należy odcodować normę prawną, zgodnie z którą jakkolwiek jawność postępowania jest cechą, której ustawodawca przypisał istotne znaczenie, to nie wiezie ona bezwzględny prymat. Norma prawna wynikająca ze wskazanych przepisów kreuje zarówno dla zamawiającego, jak i wykonawcy uprawnienie do ograniczenia dostępu do informacji, związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym zamawiający może

przedmiotowe ograniczenie wprowadzić w stosunku do wszystkich informacji, które z tym postępowaniem mają związek, zaś wykonawca, co oczywiste, uprawnienia te ma węższe, bowiem dotyczyć mogą tylko informacji od niego pochodzących. Inna jest też przesłanka, która może stanowić podstawę skutecznego zastrzeżenia informacji. W przypadku zamawiającego są to okoliczności wskazane w ustawie, zaś wykonawca może powoływać się wyłącznie na tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednakże, skoro zastrzeżenie uczynione przez wykonawcę powinno mieć swoje źródło w przepisach prawa, a konkretnie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to odnosząc to do uprawnienia, a jednocześnie obowiązku zamawiającego do ograniczenia dostępu do informacji jedynie z przyczyn wskazanych w ustawie, stwierdzić należy, iż z powyższego wynika kolejny obowiązek dla zamawiającego, a mianowicie konieczność zbadania, czy informacje zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, w świetle przepisu art. 11 ust. 4 powołanej ustawy, w istocie tak należy zakwalifikować.

Ustawodawca nie zdecydował się jednakże na wskazanie terminu, ani trybu, w jakim ta weryfikacja ma nastąpić. Nie zobowiązał również zamawiającego do zajęcia stanowiska w określonej formie, a tym bardziej do poinformowania o tym wykonawców w formie pisemnej z przedstawieniem uzasadnienia. Pozostaje odwołanie się zatem do przepisu art. 96 ustawy Pzp, który jest istotny dla rozstrzygnięcia rozważanej kwestii. Otóż, skoro m.in. oferty stanowią załączniki do protokołu, a protokół wraz z załącznikami jest jawny, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, przyjęć należy, iż z chwilą, z którą zamawiający faktycznie daje możliwość wglądu wykonawcom do ofert, badanie w zakresie prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zostało przeprowadzone. Tym samym udostępnienie wykonawcom ofert w ograniczonym zakresie, ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa, należy traktować jako stanowisko zamawiającego w przedmiotowej sprawie.

Przedmiotowa okoliczność może stanowić podstawę do wniesienia odwołania. Powzięcie informacji w tym zakresie w dniu udostępnienia ofert wykonawcy, jest zdarzeniem od którego zaczyna bieg termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego stwierdzić należy, iż w dniu 20 maja 2011 r., w którym Zamawiający udostępnił Odwołującemu wgląd do ofert wykonawców, w tym do oferty Konsalnet, jednocześnie ograniczając dostęp do dołączonego do oferty Wykazu osób, które będą realizować zamówienie, a posiadają uprawnienia do obsługi kas fiskalnych, ujawnił swoją wolę utrzymania poczynionego przez Wykonawcę zastrzeżenia. Zatem, przyjęć należało, iż Zamawiający zbadał kwestię trafności zakwalifikowania przedmiotach informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast, Odwołujący od tej daty mógł skorzystać z uprawnienia do wniesienia odwołania, na

podstawie art. 182 ust. 3 ustawy Pzp. Skierowanie do Zamawiającego pisma z dnia 25 maja 2011 r. w istocie więc powinno przybrać postać odwołania. Pismo to nie mogło wywołać żadnych skutków, bowiem trybu zwracania się z wnioskiem przez jednego wykonawcę o udostępnienie informacji dotyczących innego wykonawcy, a stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, nie przewiduje ustawa Pzp. Zatem, dopuszczalne było podniesienie zarzutów wobec zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego tychże informacji w trybie i terminie, o którym mowa w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp, tj. do dnia 30 maja 2011 r. Skoro Odwołujący tego nie uczynił, to na obecnym etapie postępowania nie może podnosić przedmiotowych zarzutów, bowiem z podanych wyżej przyczyn są one niedopuszczalne i jako takie nie podlegają rozpoznaniu.

Zarzut zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Impel nie podlegał zaś rozpoznaniu, z uwagi na fakt, że Odwołujący nie podtrzymał odwołania w przedmiotowym zakresie.

Zarzut naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp okazał się bezpodstawny. W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, iż rozporządzenie Ministra Edukacji i Nauki w sprawie uzyskiwania i uzupełniania przez osoby dorosłe wiedzy ogólnej, umiejętności i kwalifikacji zawodowych w formach pozaszkolnych z dnia 3 lutego 2006 r. (Dz. U. Nr 31, poz. 216) jako jedną z form uzyskiwania i uzupełniania wiedzy dopuściło kurs (§ 2 ust. 1 pkt 1). Zaś, kurs zdefiniowano jako pozaszkolną formę kształcenia o czasie trwania nie krótszym niż 30 godzin zajęć edukacyjnych, której ukończenie umożliwia uzyskanie lub uzupełnienie wiedzy ogólnej, umiejętności lub kwalifikacji zawodowych, realizowaną zgodnie z programem nauczania przyjętym przez organizatora kształcenia (§ 2 ust. 2). Osoba, która ukończyła określoną formę kształcenia, otrzymuje zaświadczenie (§ 6 powołanego rozporządzenia).

Z powyższego wynika, iż minister właściwy do spraw edukacji uznał, iż wszelkiego rodzaju kursy służą uzyskiwaniu i uzupełnianiu wiedzy, która stanowi przedmiot nauczania w ramach danego kursu. Uzyskanie wiedzy oznacza zaś nabycie umiejętności z danej dziedziny. Tym samym, legitymowanie się zaświadczeniem o ukończeniu określonego kursu pozwala przyjąć, iż jego uczestnik posiada wiedzę, która była objęta programem nauczania.

Skoro więc, w niniejszym postępowaniu Konsorcjum Era zaproponowało do realizacji zamówienia pracowników posiadających zaświadczenie o ukończeniu kursu j. angielskiego na poziomie podstawowym, przyjąć należy, iż dana osoba zdobyła, a więc posiada wiedzę, czy umiejętności, które stanowiły przedmiot nauczania. Nie jest bowiem tak, jak twierdzi Odwołujący, iż posiadanie znajomości j. angielskiego powinno być oceniane wyłącznie na podstawie dokumentu potwierdzającego zdanie egzaminu. Sposób sprawdzenia efektów

kształcenia może być różny i wcale, zważywszy na § 4 i 5 cytowanego rozporządzenia, nie musi przybierać formy egzaminu. Z powyższych względów należy uznać, iż osoby wskazane przez Konsorcjum Era, posiadające zaświadczenie o ukończeniu kursu na poziomie podstawowym posiadają znajomość j. angielskiego na tym poziomie. Tym bardziej osoby, które posiadają zaświadczenie o ukończeniu kursu j. angielskiego na wyższym poziomie lub legitymują się tytułem licencjata lub magistra po ukończeniu studiów wyższych (filologia angielska), posiadają udokumentowaną znajomość j. angielskiego na poziomie podstawowym.

Odwołujący w swojej argumentacji pomija bowiem, iż w świetle kwestionowanego warunku pierwszorzędne znaczenie ma znajomość j. angielskiego. Dalszą kwestią jest sposób jej udokumentowania. Wskazanie przez Zamawiającego na przykładowy dokument oznacza jedynie tyle, że posiadanie przedmiotowej umiejętności nie może być wykazywane poprzez złożenie oświadczenia przez osobę, której umiejętności to oświadczenie dotyczy lub przez inną osobę mającą wiedzę w tym przedmiocie. Chodzi bowiem o to, aby dokument ten pochodził od podmiotu uprawnionego – realizującego nauczanie w tym zakresie.

W żadnym również razie z treści warunku nie wynika, że dokument ten ma mieć charakter międzynarodowy. Po pierwsze, Zamawiający nie dał temu wyrazu w SIWZ, stanowiąc, iż umiejętność ma być potwierdzona dokumentem, bez wskazania jego charakteru. Wywodzenie więc z przykładowego wskazania dokumentu tak daleko idących skutków jest nieuprawnione. Zresztą, przypisywanie dokumentowi wskazanemu przez Zamawiającego charakteru międzynarodowego jest pewnym nadużyciem, bowiem program nauczania dla poszczególnych poziomów kształcenia został opracowany w oparciu o wytyczne Rady Europy, ale honorowanie tegoż dokumentu na arenie międzynarodowej jest umowne (uznaniowe). Nadto, argumenty Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedmiocie zamówienia i kwalifikacjach personelu go realizującego. Nie sposób bowiem twierdzić, iż osoby świadczące usługę ochrony fizycznej powinny potwierdzić znajomość j. angielskiego dokumentem o znaczeniu międzynarodowych.

Oceny przedmiotowej sytuacji nie zmienia odpowiedź udzielona przez Zamawiającego w dniu 18 kwietnia 2011 r., bowiem odnosi się do sytuacji, w której określona osoba pobiera naukę, nie posiada natomiast zaświadczenia (odpowiedniego dokumentu) o znajomości tego języka na odpowiednim poziomie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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 rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: