

Sygn. akt: KIO 2525/13

**WYROK**  
**z dnia 08 listopada 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **08 listopada 2013 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **29 października 2013 r.** przez wykonawcę **Astaldi S.p.A. Via G.V. Bona 65 00156 Rzym (Włochy)**, adres do korespondencji: **Marco Giros, Astaldi S.p.A., Oddział w Polsce, ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74 03-734 Warszawa**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz otrzymane oceny spełniania tych warunków z dnia 21.10.2013 r. i nakazuje Zamawiającemu udostępnienie Odwołującemu wezwań w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp oraz uzupełnień i udzielonych wyjaśnień dotyczących wniosków złożonych przez innych niż Odwołujący Wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu,**
- 2. kosztami postępowania obciąża PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74 03-734 Warszawa i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę**

**Astaldi S.p.A. Via G.V. Bona 65 00156 Rzym (Włochy), adres do korespondencji: Marco Giros, Astaldi S.p.A., Oddział w Polsce, ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2.** nakazuje dokonać wpłaty kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74 03-734 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Astaldi S.p.A. Via G.V. Bona 65 00156 Rzym (Włochy), adres do korespondencji: Marco Giros, Astaldi S.p.A., Oddział w Polsce, ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony 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 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na: „Opracowanie projektów wykonawczych i realizacja robót dla LCS Radom (LOTB) w ramach Projektu POIiS 7.1-19.I.a. pn. "Modernizacja linii kolejowej nr 8, odcinek Warszawa Okęcie - Radom (LOT A, B, F)", zostało wszczęte przez Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa zwane dalej: „Polskie Linie Kolejowe S.A.” albo „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 104-177526 z dnia 31.05.2013 r.

W dniu 21.10.2013 r. (e-mailem) Zamawiający poinformowało o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach, z kolei w dniu 23.10.2013 r. (faxem) poinformowało o odmowie udostępnienia wyjaśnień i uzupełnień wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz treści wezwań do ich złożenia, jak i tych elementów wniosków objętych tajemnicą przedsiębiorstwa. Wgląd w pozostałym zakresie i faktyczna odmowa Astaldi S.p.A. Via G.V. Bona 65 00156 Rzym (Włochy), adres do korespondencji: Marco Giros, Astaldi S.p.A., Oddział w Polsce, ul. Sapieżyńska 10a, 00-215 Warszawa zwanej dalej: „Astaldi” albo „Odwołującym” miała miejsce 25.10.2013 r.

W dniu 29.10.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie art. 179 ust.1 w zw. z art. 180 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” odwołanie: Astaldi na w/w zaniechania. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 28.10.2013 r. (faxem). Odwołanie wniesiono na nieudostępnienie wyjaśnień i uzupełnień do treści wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez innych niż Odwołujący wykonawców w nim uczestniczących, co stanowi naruszenie zasady jawności oraz zasady zobowiązującej Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Zamawiający uniemożliwił tym samym Odwołującemu zapoznanie się na tym etapie postępowania z ostateczną treścią wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czyli wniosków wraz z uzupełnieniami i wyjaśnieniami, stanowiących podstawę podjęcia przez Zamawiającego decyzji o przyznaniu punktów w ramach kwalifikacji wykonawców oraz uniemożliwił dokonanie oceny poprawności przeprowadzonej kwalifikacji w szczególności w kontekście skutków dla samego Odwołującego. Informację o wynikach kwalifikacji Odwołujący otrzymał w dniu 21.10.2013 r., natomiast informację o odmowie udostępnienia

wyjaśnień i uzupełnień wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz treści wezwań do ich złożenia wykonawca otrzymał w dniu 23.10.2013 r. Z kolei w 25.10.2013 r., czyli w wyznaczonym terminie udostępnienia dokumentów do wglądu Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu dokumentów stanowiących uzupełnienie i wyjaśnienia złożonych przez pozostałych wykonawców wniosków, ani wezwań do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, a także nie udostępnił dokumentów zastrzeżonych przez innych wykonawców jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie zważając na to czy zastrzeżone informacje do takiej tajemnicy się kwalifikują. Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów Pzp: 1) art. 7 ust. 1 Pzp, 2) art. 8 ust. 3 Pzp, w związku z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zwanej dalej: „Uznk”, oraz 3) art. 96 ust. 3 Pzp. Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia całej korespondencji dotyczącej wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wezwań do złożenia wyjaśnień oraz odpowiedzi wykonawców na te wezwania, czyli wyjaśnień i uzupełnień do wniosków złożonych przez innych niż Odwołujący wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Odwołujący wnosi także o nakazanie udostępnienia powyższych dokumentów, mimo że wykonawcy zastrzegli znajdujące się w nich informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, w sytuacji gdy taką tajemnicą nie mogą być objęte. Ponieważ środki ochrony prawnej określone w Pzp przysługują wykonawcy, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, a Zamawiający odmawiając udostępnienia wyjaśnień i uzupełnień do wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonych przez innych wykonawców oraz dokumentów, które zostały objęte przez innych wykonawców tajemnicą przedsiębiorstwa mimo, że takiej tajemnicy nie stanowią (np. wykaz personelu) naruszył przepisy Pzp, a tym samym uniemożliwił Odwołującemu dokonanie sprawdzenia czy kwalifikacja została przeprowadzona przez Zamawiającego poprawnie. Odwołujący twierdzi, że powinien być się znaleźć na poz. 5 i zostać zakwalifikowany do kolejnego etapu postępowania. Zamawiający odmawiając Odwołującemu dostępu do wyżej wymienionych dokumentów uniemożliwił mu przeprowadzenie stosownego dowodu w tym zakresie. Należy zatem uznać, że w tych okolicznościach Odwołujący miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę, której rozmiarów nie jest w stanie ocenić bez wglądu do dokumentów, o których udostępnienie wnioskował do Zamawiającego, nie jest bowiem w stanie sprawdzić czy wykonane przez Zamawiającego czynności kwalifikacji były dokonane zgodnie z przepisami Pzp. Pismem z dnia 21.10.2013 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę o wynikach oceny spieniania warunków udziału w postępowaniu oraz przyznanych ocenach spełniania tych warunków. Wobec faktu, że Astaldi S.p.A. została sklasyfikowana na poz. 10, Odwołujący pismem z dnia 21.10.2013 r. wystąpił do Zamawiającego o umożliwienie skopiowania

wniosków złożonych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu, całej korespondencji dotyczącej tych wniosków, wezwań do złożenia wyjaśnień oraz odpowiedzi wykonawców na te wezwania. W dniu 23.10.2013 r. Zamawiający wyznaczył na 25.10.2013 r. godz. 10.00 termin udostępnienia wniosków, z wyłączeniem tych informacji, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa oraz wskazał, że poza tym istnieje możliwość udostępnienia jedynie protokołu postępowania. Odmówił (zaniechał) natomiast udostępnienia pozostałych dokumentów, o które występował Odwołujący. Stwierdził bowiem, że z treści art. 96 ust. 3 Pzp wynika, że protokół jest jawny lecz załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że wnioski udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał, że wszelka inna dokumentacja niż wnioski (w wersji złożonej w terminie składania wniosków) i protokół, w tym korespondencja pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcami oraz udzielone przez wykonawców wyjaśnienia i uzupełnienia, stanowi załączniki do protokołu, które będą mogły być udostępnione dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania. Zamawiający w wyznaczonym terminie (25.10.2013 r.) udostępnił Odwołującemu do wglądu jedynie część z wnioskowanych dokumentów. Nie udostępnił bowiem dokumentów stanowiących uzupełnienie i wyjaśnienia złożonych przez pozostałych wykonawców wniosków oraz wezwań do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, a także nie udostępnił dokumentów zastrzeżonych przez innych wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa nie zważając na to, że zastrzeżone informacje do takiej tajemnicy się nie kwalifikują. Odwołujący podkreślił, że wskazane zaniechanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 93 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w przetargu ograniczonym są jawne od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem na wniosek, w kontekście tego przepisu, składają się zarówno: (1) oświadczenie stanowiące wniosek *sensu stricto*, jak i (2) wszelkie dokumenty i oświadczenia składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także (3) wyjaśnienia i uzupełnienia, o których mowa w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Nie ma powodu by twierdzić, że wnioskiem są tylko te dokumenty, które zostały złożone w terminie ich składania, a uzupełnienia i wyjaśnienia, jako że są składane po tym terminie to już nie stanowią wniosku. Powyższe oznacza, że od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków jawne są całe wnioski, w tym jawna jest cała korespondencja dotycząca ich wyjaśniania, uzupełniania, badania i oceny. W szczególności zatem jawne są nie tylko dokumenty złożone wraz z wnioskiem w terminie składania wniosków, ale również dokumenty zawierające wyjaśnienia oraz dokumenty uzupełnione przez wykonawcę, a także wezwania do takich uzupełnień skierowane przez Zamawiającego (art. 26 ust. 3 Pzp). Jawne są zarówno dokumenty, które uzupełniono bowiem nie były w, ogóle złożone wraz

z wnioskiem, jak i takie, które zostały uzupełnione w związku z tym, że poprzednio złożone dokumenty nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Analogicznie, od momentu poinformowania o wynikach kwalifikacji jawne są wyjaśnienia dokumentów oraz wezwania do tych wyjaśnień (art. 26 ust. 4 Pzp), a także jawna jest korespondencja prowadzona między Zamawiającym a Wykonawcami dotycząca zawartych we wnioskach oświadczeń woli złożonych przez wykonawców. Resumując, jawne od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu są nie tylko wnioski złożone w terminie składania wniosków, lecz także dokumenty złożone w ich uzupełnieniu oraz do nich wyjaśnienia, jako że stanowią one część wniosku. Potwierdzenie (lub brak potwierdzenia) spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub też ocena skuteczności złożenia wniosku wynika bowiem ze wszystkich tych dokumentów łącznie. Jawne są także wezwania do uzupełnienia i złożenia wyjaśnień, a także inna korespondencja dotycząca etapu badania i oceny wniosków. Wynika to zarówno z literalnej treści art. 96 ust. 3 Pzp, jak i celu tego uregulowania ustawowego, którym jest zapewnienie wykonawcom pełnej możliwości zapoznania się ze złożonymi kompletnymi wnioskami (wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami), a następnie ewentualnego kwestionowania decyzji Zamawiającego w drodze odwołania. Brak pełnej znajomości zawartości wniosków (w tym uzupełnień i wyjaśnień) uniemożliwia wykonawcom realną ocenę wniosku od momentu otrzymania informacji o wynikach kwalifikacji. Odmienna interpretacja art. 96 ust. 3 Pzp (zaprezentowana przez Zamawiającego) jest o tyle nielogiczna, że pozwala na powrót do kwestionowania wyników kwalifikacji po wyborze najkorzystniejszej oferty, często wiele miesięcy po jej przeprowadzeniu, co może w efekcie spowodować także kwestionowanie prawidłowości wykonania wielu kolejnych czynności, a nawet czynności wyboru wykonawcy, jeżeli okaże się, że wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania (albo uznany za wykluczonego). Taka interpretacja jest sprzeczna z zasadą koncentracji i szybkości postępowania. Przywołał orzecznictwo KIO, m.in. wyroku z 11.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1368/11, wyrok KIO z dnia 21.02.2012 r., sygn. akt: KIO 308/12. Analogicznie jak w przypadku oferty w przypadku wniosku uzupełnione dokumenty oraz wyjaśnienia złożonych dokumentów powinny być udostępniane wraz z wnioskami złożonymi w terminie ich składania, skoro uzupełnienia i wyjaśnienia służą potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu nie później niż dzień składania tych wniosków. Powołał się także na wyrok KIO z dnia 22.05.2013 r., sygn. akt: KIO 1037/13, KIO 1053/13. Skoro zatem, jak podkreśla Izba w ostatnim z cytowanych wyroków, wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów mogą dotyczyć tylko dokumentów złożonych we wnioskach, to uzupełnienia te i wyjaśnienia nie stanowią zmiany pierwotnej treści dokumentów, a jedynie stanowią ich doprecyzowanie. A skoro dochodzi wyłącznie do doprecyzowania wniosku, to stają się one integralną częścią wniosku. Odnosząc się natomiast do informacji zawartej w piśmie Zamawiającego

o udostępnieniu wniosków, z wyłączeniem tych informacji, które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa oraz do faktu nieudostępnienia Odwołującemu informacji, które zostały przez wykonawców zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a które nie mogą stanowić takiej tajemnicy należy zauważyć, że stanowi to naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp, tj. generalnego obowiązku udostępniania wszystkich informacji dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu przez jednego z wykonawców został zastrzeżony wykaz personelu, który ponadto został mu prawdopodobnie udostępniony przez inną firmę. Odwołujący wskazuje, że - jak wielokrotnie podkreślano w doktrynie i orzecznictwie - zasada jawności, jako podstawowa zasada systemu zamówień publicznych doznaje ograniczeń jedynie w sytuacji wskazanej w art. 8 ust. 3 Pzp, gdy wykonawca zastrzegł w ofercie bądź we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu informacje stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa. Zgodnie z dyspozycją art. 11 pkt 4 UZNK, pod pojęciem tajemnicy przedsiębiorstwa należy rozumieć 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. Przyjmuje się w oparciu o ugruntowane orzecznictwo (wyrok SN z dnia 03.10.2000 r., sygn. akt: ICKN 304/00), że aby daną informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa muszą zostać spełnione łącznie następujące warunki:

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.

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. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa 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. Zgodnie z wyrokiem SN z dnia 03.10.2000 r., sygn. akt: I CKN 304/00: *„Informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznana ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są zainteresowane w jej posiadaniu. Taka informacja podpada pod pojęcie „tajemnicy”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna. Bez takiej woli, choćby tylko dorozumianej, może ona być nieznana, ale nie będzie tajemnicą. Informacja nie ujawniona do wiadomości publicznej traci ochronę prawną, gdy każdy przedsiębiorca*

*(konkurent) dowiedzieć się o niej może drogą zwykłą i dozwoloną, a więc np. gdy pewna wiadomość jest przedstawiana w pismach fachowych lub gdy z towaru wystawionego na widok publiczny każdy fachowiec poznać może, jaką metodę produkcji zastosowano.”*

Trzeba też pamiętać, że konieczną przesłanką do uznania danej informacji jako stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa jest też podjęcie uprzednio niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności. Jak wskazuje SN w wyroku z dnia 07.03.2003 r., sygn. akt: I CKN 89/01: *„wykorzystywanie we własnej działalności gospodarczej informacji, co do których przedsiębiorca (pracodawca) nie podjął uprzednio niezbędnych działań w celu zachowania ich w poufności, należy traktować jako wykorzystanie powszechnej wiedzy, do której przedsiębiorca nie ma żadnych ustawowych uprawnień. Innymi słowy, przepis art. 11 ust. 4 ustawy wyklucza uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej drodze (wyrok SN z dnia 03.10.2000 r., I CKN 304/00, OSNC 2001/4/59; wyrok SN z dnia 05.09.2001 r., I CKN 1159/00, OSNC 2002/5/67).”* Natomiast w wyroku z dnia 03.10.2000 r., I CKN 304/00 SN stwierdził: *„Podjęcie niezbędnych działań w celu zachowania poufności informacji ma prowadzić do sytuacji, w której chroniona informacja nie może dotrzeć do wiadomości osób trzecich w normalnym toku zdarzeń, bez żadnych specjalnych starań z ich strony. Zatem, jak zauważa się w literaturze przedmiotu, na przedsiębiorcy spoczywa dodatkowy ciężar podjęcia odpowiednich działań organizacyjnych i porządkowych w celu utrzymania danej wiadomości w tajemnicy.”* Ponadto zgodnie z wyrokiem SN z dnia 28.02.2007 r., sygn. akt: V CSK 444/06: *„Zarówno art. 39 ust. 2 TRIPS, jak i art. 11 ust. 4 z.n.k. nie precyzują dokładnie, jakim konkretnie działaniom ochronnym muszą być poddane tajemnice przedsiębiorstwa (informacje nieujawnione), aby można było traktować je jako poufne. W unormowaniach tych mówi się jedynie, że działania te muszą być „odpowiednie” (art. 11 ust. 4 z.n.k.), „rozsądne w danych okolicznościach” (art. 39 ust. 2 TRIPS). Ocena określonych działań jako odpowiednich, czy też rozsądnych w rozumieniu powołanych przepisów, może przedstawiać się różnie w zależności od okoliczności konkretnego przypadku.”*

Podkreślił, że pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, jako wyjątek od fundamentalnej zasady jawności postępowania o zamówienie publiczne, powinno być interpretowane ściśle (co podkreśla SN w uchwale z dnia 21.10.2005 r., sygn. akt: III CZP 74/05 wskazując, iż: *„Jedną z zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jest przewidziana w art. 8 ust. 1 Pzp zasada jawności postępowania, z ustawowo określonymi wyjątkami, pozwalającymi na ograniczenie dostępu do określonych informacji. Przepis art. 8 ust. 2 Pzp, zawierający wyjątek od zasady zawartej w art. 8 ust. 1 Pzp, jest źródłem uprawnienia zamawiającego ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia, jednak skorzystanie z tego uprawnienia ustawodawca ograniczył*



tylko do przypadków określonych w ustawie”). Dla skutecznego dokonania zastrzeżenia niezbędne jest wykazanie przesłanek zasadności takiego zastrzeżenia. Wykonawca dokonujący zastrzeżenia winien przedstawić stosowne dowody, że zastrzegana informacja podlega ochronie ze względu na swój charakter oraz, że legalną drogą nie można jej uzyskać, a przedsiębiorca podjął niezbędne kroki w celu zachowania jej poufności, a także wskazać na posiadaną przez nią wartość gospodarczą. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 02.02.2011 r., sygn. akt: KIO 73/11, KIO 74/11, KIO 75/11, KIO 76/11, KIO 77/11, KIO 78/11, KIO 83/11, KIO 84/11, wymóg skuteczności zastrzeżenia w postaci nieujawnienia do wiadomości publicznej nie zostaje spełniony w sytuacji, gdy wykonawcy, którzy nie utajnili treści swoich (...) wykazywali się doświadczeniem w wykonaniu tożsamyh zamówień, co do których inni wykonawcy zdecydowali się na zastrzeżenie tych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał również na kim spoczywa dowód w przypadku zarzutu nieuzasadnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie jest takim podmiotem Odwołujący, który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, lecz składający zastrzeżenie. To nie Odwołujący winien przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń ujętych we wnioskach. Ciężar udowodnienia skuteczności poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie, który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne, w tym przypadku spoczywa on na wykonawcach, którzy takie zastrzeżenie poczynili. Gdyby okazało się, że wyjaśnienia wykonawców złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie potwierdziły konieczności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa zastrzeżeń poczynionych we wnioskach, to takie zastrzeżenia należy uznać za niebyłe i odtajnić treść wniosków. W celu wykazania się spełnieniem przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa nie wystarczy powołanie się na bogate orzecznictwo w tym zakresie, lecz rzeczywiste wykazanie spełnienia powyższych przesłanek w konkretnym stanie faktycznym. Za niewystarczające należy uznać wyjaśnienia wykonawców, powołujących się w treści wyjaśnień na określone regulacje, jednak nie przedstawiających w tym zakresie żadnych dowodów. Zgodnie z uchwałą SN z dnia 21.10.2005 r., sygn. akt III CZP 74/05, zamawiający winien zbadać *„skuteczność dokonanego przez oferenta (...) zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji.”* We wskazanym wyroku SN podniósł, że: *„badanie przez zamawiającego skuteczności dokonanego przez oferenta zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji mieści się w płaszczyźnie obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego.”* Jak słusznie wskazuje KIO w wyroku z dnia 26.01.2012 r., sygn. akt: KIO 100/12: *„Niewykonanie tego obowiązku może doprowadzić do wadliwości postępowania o udzielenie zamówienia*

*mogącego skutkować wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy o wykonanie przedmiotu zamówienia. Okoliczność ta może być ponadto przedmiotem oceny organów uprawnionych do badania kwestii związanych z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych w zakresie racjonalności, gospodarności wydatkowania środków publicznych.”*

Nie ulega wątpliwości, że niektóre informacje zawarte we wnioskach czy też w ofertach dotyczące chociażby relacji handlowych z innymi podmiotami - często niechętnie są upubliczniane przez wykonawców, ze względu na prowadzoną politykę firmy, jednak powyższy argument nie daje wykonawcy podstaw do zastrzegania takich informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednakże należy mieć na uwadze, że: *„Zgodnie z przyjętym w literaturze przedmiotu poglądem, decyzja o utajnieniu poszczególnych informacji nie może wynikać tylko ze swobodnego uznania przedsiębiorcy, lecz powinna opierać się na uzasadnionym przypuszczeniu, że dana wiadomość nie była jeszcze publicznie znana, że jej ujawnienie zagrażałoby istotnym interesom przedsiębiorcy oraz że wiadomość ta może być uważana za poufną w świetle zwyczajów i praktyki danej branży lub zawodu.”* (wyrok SN z dnia 03.10.2000 r., sygn. akt: I CKN 304/00) Ponadto stwierdził, że: *„Zastrzeżenie dochowania poufności, złożone w ofercie wybranej w celu uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów ofertowych, nie stanowi podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”* (wyrok SO w Kaliszu z 25.02.2005 r., sygn. akt: II Ca 706/04). Przywołał wyrok o sygn. akt: KIO 331/12 oraz wyrok z dnia 26.01.2012 r., sygn. akt: KIO 100/12. Podkreślił, że nie jest zatem wystarczające wskazanie w wyjaśnieniach, że zastrzegane informacje zostały przygotowane specjalnie dla tego postępowania i zawierają dane o charakterze technologicznym i organizacyjnym, posiadają indywidualny charakter i stanowią know-how wykonawcy. Ponadto zwrócił uwagę, że art. 8 ust. 3 Pzp implementuje art. 6 dyrektywy europejskiej 18/2004. Jak słusznie zauważa KIO w wyroku z dnia 18.01.2012 r., sygn. akt: KIO 59/12, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TS) w swoich orzeczeniach dotyczących tej materii kładzie nacisk na zbilansowanie interesu wykonawcy w zachowaniu poufności pewnych informacji z koniecznością zapewnienia ochrony prawnej innym wykonawcom. Zamawiający dokonując badania zasadności utajnienia części oferty winien rozważyć czy zastrzeżone przez wykonawcę informacje mające co prawda charakter poufny, posiadają dla wykonawcy wartość gospodarczą na tyle dużą, iż prawo do poufności przeważa nad zasadą jawności postępowania. W wymienionym wyroku KIO stwierdza, że *„(...) zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokumenty jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia które mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Takimi informacjami zasadnie zastrzeżonymi mogą być np. tylko nazwa określonego partnera*

*handlowego, istotne postanowienia porozumień partnerskich czy pewne dane stanowiące określona wartość gospodarczą dla danego wykonawcy. Tym samym w danym dokumencie oferty mogą zostać utajnione tylko określone jego części, stanowiące fragment danego dokumentu. Dlatego też utajnienie w ofercie wybranego wykonawcy ponad 130 stron oferty we wszystkich jej elementach klóci się z obowiązkiem ścisłej interpretacji tego przepisu.”* Kolejnym dowodem na to, że wykaz personelu nie może być zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa jest wyrok KIO o sygn. akt: 1016/12, gdzie napisano, że „*Informacja związana z kompletowaniem zespołu specjalistów, tj. informacja o osobach, z którymi prowadzi się negocjacje, na etapie przed złożeniem oferty mogłaby być uznana za informację obiektywnie poufną, zwłaszcza w przypadku rzadkich poszukiwanych na rynku specjalności i tym samym jako tajemnica przedsiębiorstwa korzystać z ochrony przed jej ujawnieniem. Z chwila złożenia oferty nie jest możliwe kwalifikowanie listy kandydatów, którzy z chwila wyboru oferty wykonawcy zostaną skierowani do realizacji zamówienia. jako zawierającej informacje poufne korzystające z takiej ochrony jak przewidziana dla tajemnicy przedsiębiorstwa i niepodlegające ujawnieniu.*” Reasumując powyższe, aby móc mówić o uprawnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa Zamawiający powinien dokonać oceny, czy łącznie zostały spełnione przesłanki z art. 11 ust. 4 UZNK. Powinien zatem ustalić, czy informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa są takimi informacjami, które mają wartość gospodarczą i są nieznane ogółowi osób, które ze względu na prowadzoną działalność są zainteresowane jej posiadaniem, jak również, czy przedsiębiorca ma wolę, by dana informacja pozostała tajemnicą dla pewnych odbiorców i jakie niezbędne czynności podjął w celu zachowania poufności informacji. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek badania skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępnienia informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (uchwała SN z dnia 21.10.2005 r., sygn. akt III CZP 74/05). Przywołał także wyrok KIO z 31.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2765/12, wyroku z 27.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2710/12, jak i wyroku z 21.09.2012 r., sygn. akt: KIO 1921/12.

Zamawiający w dniu 30.10.2013 r. wezwał (faxem i emailem) w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 31.10.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: Konosorcjum Firm: 1) Salcef Polska sp. z o.o., ul. Łucka 15/2601, 00-842 Warszawa; 2) Salcef Costruzioni Edili E Ferroviarie S.p.A., Via di Pietralata 140, 00158 Rzym, Włochy; 3) Salcef Costruzioni Edili E Ferroviarie S.p.A, Spółka Akcyjna Oddział w Polsce, ul. Łucka 15/2601, 00-842 Warszawa zwana dalej: „*Konosorcjum Salcef*” albo „*Przystępującym*”, która wносиła o uwzględnienie odwołania

w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Salcef, wezwaniem z dnia 02.08.2013 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnień odnośnie podstaw zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w niniejszym wniosku, odpowiedzią z dnia 06.08.2013 r. Konsorcjum Salcef, opinią biegłego z dnia 12.08.2013 r., pismem Zamawiającego z dnia 19.09.2013 r. o odtajnieniu fragmentu części zastrzeżonej, korespondencją dotyczącą wniosków złożonych przez innych niż Odwołujący Wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp (1 - pismem Zamawiającego z dnia 20.09.2013 r., uzupełniłem Konsorcjum Trakcja z dnia 23.09.2013 r.; 2- pismem Zamawiającego z dnia 18.09.2013 r., uzupełnieniem Konsorcjum INTERCOR z dnia 19.09.2013 r.; 3 - pismem Zamawiającego z dnia 18.09.2013 r., wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 24.09.2013 r.; 4 - pismem Zamawiającego z dnia 05.09.2013 r., uzupełnieniem i wyjaśnieniem Konsorcjum PORR z dnia 11.09.2013 r.; 5 - pismem Zamawiającego z dnia 05.09.2013 r., uzupełnieniem Konsorcjum Dragados z dnia 12.09.2013 r.; 6 - pismem Zamawiającego z dnia 05.09.2013 r., wyjaśnieniami Konsorcjum Trakcja z dnia 09.09.2013 r.; 7 - pismem Zamawiającego z dnia 05.09.2013 r., uzupełnieniem i wyjaśnieniem Konsorcjum Rubau z dnia 11.09.2013 r.), informacją o wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz otrzymanych ocenach spełniania tych warunków z dnia 21.10.2013 r., wnioskiem o wgląd z dnia 21.10.2013 r., odpowiedzią Zamawiającego z dnia 23.10.2013 r. wraz z adnotacją o wglądzie z dnia 25.10.2013 r., odwołaniem, przystąpieniem, odpowiedzią na odwołanie złożoną na posiedzeniu przez Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczenia, jak i stanowiska stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Izba ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Dodatkowo, Izba wskazuje, że Odwołujący miał interes we wnoszeniu odwołania, gdyż wobec naruszenia kardynalnej zasady Pzp, jawności postępowania, Wykonawca ma interes w uzyskaniu zamówienia, a poprzez odmowę udostępnienia wezwań i odpowiedzi dotyczących uczestników postępowania poniósł

wymierną szkodę, gdyż uniemożliwiono Odwołującemu skuteczną i pełną weryfikację wniosków złożonych przez uczestników w przedmiotowym postępowaniu. Nie można odmówić także interesu Wykonawcy, w sytuacji, gdy 6 wniosków (7 był wniosek Odwołującego) były przedmiotem wyjaśnień, tudzież uzupełnień. Nawet uznanie skuteczności zastrzeżenia dokonanego przez Konsorcjum Salcef i brak wezwań względem 3 Wykonawców nie pozbawia Odwołującemu możliwości zakwalifikowania się na 5 pozycję, pod warunkiem udostępnienia Odwołującemu całości korespondencji dotyczącej złożonych wniosków o dopuszczenie i zakwestionowania pozostałych wniosków.

Odnośnie zgłoszonego przystąpienia – Konsorcjum Salcef - Izba ustaliła, że w terminie wymaganym na zgłoszenie przystąpienia nie zostało wykazane umocowanie dla radcy prawnego P..... S....., w związku z tym Izba uznał zgłoszone przystąpienie za nieskuteczne. Należy zauważyć, że w odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 2525/13, oryginalnej dokumentacji okazanej do wgląd na czas wydania orzeczenia, postanowień ogłoszenia o zamówieniu, wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Konsorcjum Salcef, wezwania z dnia 02.08.2013 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnień odnośnie podstaw zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w niniejszym wniosku, odpowiedzi z dnia 06.08.2013 r. Konsorcjum Salcef, opinii biegłego z dnia 12.08.2013 r., pisma Zamawiającego z dnia 19.09.2013 r. o odtajnieniu fragmentu części zastrzeżonej, korespondencji dotyczącej wniosków złożonych przez innych niż Odwołujący Wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp (1 - pisma Zamawiającego z dnia 20.09.2013 r., uzupełnienia Konsorcjum Trakcja z dnia 23.09.2013 r.; 2- pisma Zamawiającego z dnia 18.09.2013 r., uzupełnienia Konsorcjum INTERCOR z dnia 19.09.2013 r.; 3 - pisma Zamawiającego z dnia 18.09.2013 r., wyjaśnień Odwołującego z dnia 24.09.2013 r.; 4 - pisma Zamawiającego z dnia 05.09.2013 r., uzupełnienia i wyjaśnień Konsorcjum PORR z dnia 11.09.2013 r.; 5 - pisma Zamawiającego z dnia 05.09.2013 r., uzupełnienia Konsorcjum Dragados z dnia 12.09.2013 r.; 6 - pisma Zamawiającego z dnia 05.09.2013 r., wyjaśnień Konsorcjum Trakcja z dnia 09.09.2013 r.; 7 - pisma Zamawiającego z dnia 05.09.2013 r., uzupełnienia i wyjaśnień Konsorcjum Rubau z dnia 11.09.2013 r.), informacji o wyniku oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz otrzymanych ocenach spełniania tych warunków z dnia 21.10.2013 r., wniosku o wgląd z dnia 21.10.2013 r., odpowiedzi Zamawiającego z dnia 23.10.2013 r. wraz z adnotacją

o wglądzie z dnia 25.10.2013 r., odwołania, przystąpienia oraz odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu przez Zamawiającego

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie zarzutów zawartych w odwołaniu:

Konsorcjum Salcef złożyło wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w ramach którego złożyło oświadczenie (str.108 -109) o zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w niniejszym wniosku (od str. 000096-000105). Zamawiający wezwał pismem z dnia 02.08.2013 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do wyjaśnień odnośnie podstaw zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w niniejszym wniosku. Zamawiający otrzymał odpowiedź pismem z dnia 06.08.2013 r. Konsorcjum Salcef, w ramach którego Wykonawca udzielił stosownych wyjaśnień w tym zakresie (str. od 1 do 6), jednocześnie zastrzegając ich treść. Powołany biegły przedstawił swoją opinie (opinie biegłego powołanego w dniu 06.08.2013 r.) pismem z dnia 12.08.2013 r. Pismem z dnia 19.09.2013 r. Zamawiający poinformował o odtajnieniu fragmentu części zastrzeżonej, tj. od str. 000103-000105.

W dniu 21.10.2013 r. Odwołujący wystąpił z wnioskiem o wgląd do dokumentacji przedmiotowego postępowania z możliwością skopiowania wniosków biorących udział w postępowaniu, całej korespondencji dotyczącej w/w wniosków, wezwań do wyjaśnień oraz odpowiedzi Wykonawców na wezwania do wyjaśnień. Pismem z dnia 23.10.2013 r. Zamawiający odpowiedział, że na obecnym etapie postępowania Zamawiający może udostępnić jedynie protokół z postępowania oraz złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z wyłączeniem tej informacji, która została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa. Wszelka inna dokumentacja, w tym załączniki do protokołu, będzie mogła być udostępniona po dokonaniu przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty (albo unieważnieniu postępowania). W dniu 25.10.2013 r. Odwołujący dokonał wglądu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 96 ust. 3 Pzp poprzez odmowę udostępnienia Odwołującemu w ramach wglądu do dokumentacji wezwań w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp oraz uzupełnień i udzielonych wyjaśnień dotyczących wniosków

złożonych przez innych niż Odwołujący Wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu, tj. przed wyborem oferty najkorzystniejszej, Izba uznała ww. zarzut za potwierdzony.

Należy stanowczo podkreślić, że Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż wyjaśnienia, tudzież uzupełnienia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stanowią „*inne dokumenty składane przez Zamawiającego i Wykonawców*”, które podlegają udostępnieniu jako załączniki do protokołu dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej. W ocenie Izby, są to de facto „kontynuacje” wniosków o dopuszczenie, czyli wnioski i w tym zakresie podlegają udostępnieniu zgodnie z zasadami udostępnienia wniosków, jako takich. Jednocześnie same wezwania do wyjaśnień, tudzież uzupełnienia z uwagi na oczywiste powiązania, kontekst i ciągłość znaczeniową (tzn. aby ocenić odpowiedź konieczna jest znajomość wezwania – „pytania”) również podlegają tej samej zasadzie. Odwołujący słusznie argumentował, że uznanie stanowiska przeciwnego skutkowałoby brakiem możliwości brania uzupełnień i wyjaśnień, w kontekście wezwań, pod uwagę, w toku badania i oceny przy prekwalifikacji złożonych wniosków o dopuszczenie. Izba w tym zakresie przywołuje stanowisko wyrażone przez UZP w publikacji: W. Bajda: „*Protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*”, UZP – W-wa 2012, str. 12 – tabela: /Rodzaj dokumentu – moment udostępnienia/.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 UZNK poprzez zaniechanie udostępnienia zastrzeżonej, jako tajemnica przedsiębiorstwa części wniosku Konsorcjum Salcef, Izba uznała ww. zarzut za niepotwierdzony.

Odwołujący nie udowodnił zaistnienia przesłanek do uznania bezzasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, przy czym, Izba podnosi, że kwestia udostępnienia wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust.4 Pzp podlegała rozpatrzenia, przy okazji rozpatrywaniu poprzedniego zarzutu wobec charakteru wezwania dokonanego na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp.

Jednocześnie, Izba uznała po zapoznaniu się ze stanowiskiem biegłego oraz wyjaśnieniami Konsorcjum Salcef, jak i zastrzeżonym jako tajemnica przedsiębiorstwa fragmentem wniosku o dopuszczenie, zasadność, w tym przypadku i stanie faktycznym dokonanego zastrzeżenia. Należy podkreślić, że Odwołujący wiedział, że zastrzeżony został wykaz osób, czyli personelu, nie wykluczał również zaistnienie okoliczność, które pozwalały na jego zastrzeżenie (na posiedzeniu). Izba podziela w tym zakresie stanowisko orzecznictwa dopuszczające możliwość zastrzeżenia wykazu personelu, wyjaśnienia

udzielone przez Konsorcjum Salcef i przedstawiona tam argumentacje podziela w calosci. Uznajac zarazem, ze wypelnione zostaly wszystkie przeslanki wynikajace z art. 11 ust. 4 UZNK. Jednoczesnie, Izba stwierdza, ze takze same wyjasnienia zostaly konsekwentnie przez Konsorcjum Salcef zastrzezone, jako odnoszace sie do informacji zastrzezonych (na str. 5 – wyjasnień – „dwukrotnie” oraz na str. 5 – „jednokrotnie”). Wobec konsekwencji w tym zakresie dzialan Wykonawcy, Izba z nakazanego w sentencji wyroku udostepnienia wyklacza powyzsze wyjasnienia Konsorcjum Salcef.

Jednoczesnie wobec naruszenia przez Zamawiajacego art. 96 ust.3 Pzp, a w konsekwencji jednej z kardynalnych zasad Pzp, tj. jawnosci postepowania, czyli art. 8 ust.1 Pzp, Izba nakazala Zamawiajacemu uniewaznienie czynnosci oceny spealniania warunkow udzialu w postepowaniu oraz otrzymane oceny spealniania tych warunkow z dnia 21.10.2013 r. Izba dodatkowo przypomina, ze nie jest związana wnioskami, a zarzutami zawartymi w odwołaniu. Nadto, w ocenie Izby, Odwołujacy zakwestionowal takze czynnosć oceny spealniania warunkow udzialu w postepowaniu oraz otrzymane oceny spealniania tych warunkow z dnia 21.10.2013 r., poprzez brak udostepnienia w zakresie wezwan w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp oraz uzupelnien i udzielonych wyjasnień dotyczacych wnioskow zlozonych przez innych niz Odwołujacy Wykonawcow uczestniczacych w przedmiotowym postepowaniu, czyli zasade jawnosci postepowania. Nalezzy takze zauwazyc, ze przedmiotem zaskarzenia nie musial byc warunek, bedacy podstawa prekwalfikacji, gdyz nie spealnienie kazdego „*innego warunku*”, skutkuje wykluczeniem z udzialu w postepowaniu i zmniejszeniem liczny uczestnikow podlegajacych ocenie w ramach prekwalfikacji. Argumentacja Zamawiajacego o mozliwosci zaskarzenia wnioskow w ich pierwotnym brzmieniu bez uwzględnienia uzupelnien i wyjasnień, Izba uznala za argumentacje o charakterze polemicznym narażajaca Odwołujacego na koszty nawet, jezli zdecydowalbym w ostatecznosci Wykonawca o cofnieciu odwolania w calosci.

Biorac powyzsze pod uwage, Izba uznala jak na wstepie.

W konsekwencji wobec uwzględnienia odwolania w zakresie wskazanym powyzej, Izba uznala takze za potwierdzony zarzut naruszenia przez Zamawiajacego art. 7 ust. 1 Pzp.

Odnosnie art. 192 ust. 2 Pzp. Izba nie podziela stanowiska Zamawiajacego uznajac, ze uwzględnienie odwolania i udostepnienie dokumentacji w zakresie wskazanym w sentencji moze miec wplyw na wynik postepowania na etapie prekwalfikacji, tym bardziej wobec nakazania Zamawiajacemu uniewaznienia czynnosci z dnia 21.10.2013 r.



W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b).

**Przewodniczący:**

.....