

POSTANOWIENIE
z dnia 11 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 11 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Poczta Polska S.A., oraz Stekop S.A.**, ul. Grochowska 23/31, 00-942 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Przedsiębiorstwo Państwowe "Porty Lotnicze"**, ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

A. Impel Security Polska Sp. z o.o., oraz Gwarant Agencja Ochrony S.A., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego;

B. Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., oraz Konsalnet Secure Solutions Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Poczta Polska S.A., oraz Stekop S.A.**, ul. Grochowska 23/31, 00-942 Warszawa i:

2.1. 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 – **Poczta Polska S.A.**, oraz **Stekop S.A.**, ul. Grochowska 23/31, 00-942 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Poczta Polska S.A.**, **Stekop S.A.**, ul. Grochowska 23/31, 00-942 Warszawa na rzecz zamawiającego – **Przedsiębiorstwo Państwowe "Porty Lotnicze"**, ul. Żwirki i Wigury 1, 00-906 Warszawa kwotę 68 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu opłaty skarbowej od przedłożonych pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi kontroli bezpieczeństwa i kontroli dostępu do strefy zastrzeżonej oraz części krytycznej strefy zastrzeżonej na Lotnisku Chopina w Warszawie.” W odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2015 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Poczta Polska S.A. oraz Stekop S.A. [Odwołujący] podnieśli zarzut bezzasadnego nie ujawnienia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Secure Solutions sp. z o.o. oraz Konsalnet Ochrona sp. z o.o. [wykonawca Konsalnet] w zakresie dokumentu „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” (Załącznik nr 4 do SIWZ) oraz kopii certyfikatów operatora kontroli bezpieczeństwa (informacji i dokumentów zawartych na stronach od 85 do 1204 Oferty) oraz dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty, jako najkorzystniejszej w warunkach niespełniających wymogów poszanowania zasady równouprawnienia wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Odwołujący stwierdził, że zaskarżone czynności naruszają przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [znku] z uwagi na bezzasadne nieujawnienie oferty Konsalnet we wskazanym zakresie, w sytuacji gdy zastrzeżone informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, w rozumieniu wskazanego art. 11 ust. 4 znku. Odwołujący podniósł także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 tej ustawy z uwagi na dokonanie wyboru oferty w warunkach niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, z powodu nie ujawnienia w odniesieniu do ofert Konsalnet informacji i dokumentów istotnych z punktu widzenia weryfikacji punktacji przyznanej w poszczególnych poza cenowych kryteriach oceny ofert, co w konsekwencji uniemożliwiło konkurującym zapoznanie się z istotnymi postanowieniami oferty i wniesienia uwag lub zarzutów. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu odtajnienia oferty w całości, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Wniósł także o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wedle norm przepisanych. W uzasadnieniu podniesionych zarzutów i żądań wskazał na Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 18.10 2014 r. oraz, że w dniu 16 02. 2015 r. Odwołującemu udostępniono część oferty wykonawcy Konsalnet, i jednocześnie Zamawiający poinformował, że część oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa [obejmowała ona dokument „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w

wykonaniu zamówienia” (Załącznik nr 4 do SIWZ) oraz kopie certyfikatów operatora kontroli bezpieczeństwa (informacje i dokumenty zawarte na stronach od 85 do 1204 Oferty)], które potwierdzały posiadanie przez te osoby uprawnień istotnych dla weryfikacji zakresu spełnienia kryterium poza cenowego oceny. Zdaniem Odwołującego, w tym stanie faktycznym informację o nieujawnieniu zaskarżonej części oferty oraz informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty powziął w dniu 16 lutego 2015 r. Jego zdaniem tym samym odwołanie z dnia 26 lutego 2015 r. zostało wniesione w wymaganym ustawą Pzp terminie. Odwołujący dalej stwierdził, że w wyniku wskazanych naruszenia przepisów (...) interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Bezzasadne nieujawnienie oferty w ww. części uniemożliwia weryfikację z rzeczywistym stanem podanych w Ofercie: a) liczby zatrudnionych przez Konsorcjum pracowników ochrony posiadających certyfikat operatora kontroli bezpieczeństwa, b) liczby zatrudnionych przez Konsorcjum certyfikowanych operatorów kontroli bezpieczeństwa posiadających minimum 36 miesięczne doświadczenie w pracy na stanowisku operatora kontroli bezpieczeństwa w portach lotniczych. W przypadku, gdy weryfikacja taka wskazywałaby na konieczność przyznania Ofercie niższej liczby punktów w poszczególnych poza cenowych kryteriach oceny ofert, oferta ta byłaby mniej korzystna niż oferta Odwołującego; w konsekwencji oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ i dlatego uwzględnienie odwołania skutkowałoby pozyskaniem zamówienia przez Odwołującego, a zatem. Ponadto niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego. Szkada ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia”. Powyższe zatem dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia tego odwołania. W uzasadnieniu podniesionych w odwołaniu zarzutów, wskazał na art. 8 ust.3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust.4 uznk. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie powinien ujawniać jedynie tych informacji zawartych w ofertach wykonawców, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu znku, który to przepis stanowi, że 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. Wskazując na orzecznictwo, w tym orzecznictwo sądowe, Odwołujący stwierdził, że nie jest możliwe skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do wykazu pracowników Konsorcjum, którzy zostaną skierowani do wykonywania przedmiotu zamówienia. Co do zasady wyklucza się bowiem odmowę ujawnienia dokumentacji dotyczącej listy pracowników skierowanych do wykonywania przedmiotu zamówienia, jak również dokumentacji potwierdzającej posiadanie

przez tych pracowników stosownych uprawnień. Odstępstwo od tego zakazu możliwe jest jedynie w wyjątkowych przypadkach, w odniesieniu do specjalistów o bardzo rzadkich i niespotykanych na rynku umiejętnościach. Ponadto na Zamawiającym ciąży każdorazowo obowiązek weryfikacji, czy konkretny dokument podlega ujawnieniu, czy też nie, a co za tym idzie, Zamawiający winien w odniesieniu do każdego utajnionego dokumentu ustalić osobno dopuszczalność i zasadność odmowy jego ujawnienia. W przedmiotowym postępowaniu nie doszło do dokonania takiej analizy. Zamawiający bezkrytycznie poprzestał na honorowaniu zastrzeżenia Konsorcjum, dotyczącego utajnienia en bloc całego istotnego fragmentu Oferty. Odwołujący wskazał także na jawność świadczenia usług ochroniarskich i powołał się na ustawę o ochronie osób i mienia, która wyraźnie nakazuje świadczenie usług ochroniarskich w sposób jawny i umożliwiający identyfikację osoby wykonującej czynności ochroniarskie. W szczególności ta ustawa nakazuje przedsiębiorcy wykonującemu działalność w zakresie ochrony osób i mienia oznaczenie swoich pracowników w sposób jednolity i umożliwiający ich identyfikację jak również identyfikację podmiotu zatrudniającego (art. 20 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie), przedsiębiorca wykonujący działalność w zakresie ochrony osób i mienia powinien także zapewnić noszenie ubioru przez pracowników ochrony, umożliwiającego ich identyfikację oraz identyfikację podmiotu zatrudniającego (art. 20 ust. 1 pkt 2 ustawy o ochronie). Wreszcie każdemu pracownikowi ochrony powinna zostać wydana specjalna legitymacja pracownika ochrony, w której wskazane zostanie m.in. jego imię i nazwisko (art. 20 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie). Ponadto w toku wykonywania zadań związanych ze świadczeniem usług ochroniarskich pracownicy firmy ochroniarskiej zobowiązani są powstrzymać się od zakrywania twarzy w celu uniemożliwienia lub istotnego utrudnienia ich identyfikacji (art. 21 ust. 3 ustawy o ochronie). Jednocześnie pracownik ochrony podczas wykonywania zadań ochrony jest nie tylko zobowiązany posiadać legitymację, ale też okazywać ją na wezwanie osoby, której dotyczą jego czynności i to w taki sposób, by możliwe było zapoznanie się i zanotowanie treści legitymacji, także treści dotyczącej danych osobowych tego pracownika. Odwołujący podkreślił, że pracownicy Konsorcjum (...) świadczyli na rzecz Zamawiającego usługi ochrony na terenie portu lotniczego im. Chopina. Z przedstawionych przez Konsorcjum referencji wynika, że usługi te były realizowane w sposób prawidłowy, czyli pracownicy Konsorcjum świadczyli swoje czynności wyróżniając się odpowiednimi oznaczeniami, z których wynikało, że wykonują usługi ochroniarskie działając z ramienia Konsorcjum. Jednocześnie zaś na wezwanie osób, których dotyczyła ich działalność, a więc m.in. także podróżnych korzystających z portu lotniczego im. Chopina okazywali legitymację, z których wynikały ich dane osobowe. Podobnie w przypadku zawarcia z Konsorcjum umowy o udzielenie zamówienia publicznego jego pracownicy będą obecni na terenie portu lotniczego im. Chopina i będą zobowiązani do okazywania legitymacji na stosowne żądanie". Zdaniem Odwołującego wobec tych okoliczności nie

sposób twierdzić, że (...) dane osób wykonujących usługi ochroniarskie na terenie portu lotniczego im. Chopina były poufne, a także jakoby niemożliwe było uzyskanie dostępu do tych informacji. Twierdzenie takie pozostaje w jawnej sprzeczności z zasadami świadczenia usług ochroniarskich wynikającymi z ustawy o ochronie. Przy tym w odniesieniu do portów lotniczych osoby pełniące służbę ochroniarską powinny być bezpośrednio zatrudnione przez przedsiębiorcę, który zawarł umowę o świadczenie usług ochroniarskich, zgodnie bowiem z art. 22b ustawy o ochronie przedsiębiorca, który zawarł umowę o świadczenie usług ochroniarskich nie może powierzyć świadczenia tych usług podmiotom trzecim. Nie będzie więc nigdy zachodzić sytuacja, w której przedsiębiorca odpowiedzialny za ochronę portu lotniczego im. Chopina posługiwać się będzie podwykonawcami dla świadczenia usług ochroniarskich”. Podsumowując stwierdził, że (...) zgodnie z zasadami świadczenia usług ochroniarskich dowolne podmioty mogły zidentyfikować pracowników Konsorcjum wykonujących czynności na terenie portu lotniczego im. Chopina lub w innych miejscach, a następnie zanotować ich dane osobowe uwidocznione na legitymacji. Wskazani pracownicy byli bowiem zobowiązani nosić wyraźne oznaczenie Konsorcjum, a także okazywać na stosowne wezwanie legitymacje służbowe zawierające ich dane. Podobnie w przypadku wyboru Oferty, świadczenie usług przez Konsorcjum odbywać się będzie w sposób jawny. Dane osobowe pracowników ochrony Konsorcjum nie mogą więc zostać zastrzeżone jako poufne, gdyż ze względu na specyfikę wykonywania usług ochroniarskich mogą one zostać każdorazowo ustalone przez osoby postronne”. Odwołujący podniósł również brak interesu faktycznego w ujawnieniu danych pracowników, a w szczególności w odniesieniu do osób dysponujących specjalistycznym przygotowaniem do pracy przy ochronie portu lotniczego wskazał (...) na brak ryzyka próby przejęcia tego personelu. Na terenie Warszawy znajduje się bowiem jedynie jeden port lotniczy. Najbliższe czynne lotniska o istotnym natężeniu ruchu to port lotniczy w Modlinie (oddalone o 49,2 km od portu lotniczego Chopin) oraz port lotniczy w Łodzi (oddalony od 137 km). Po rozstrzygnięciu przetargu będącego przedmiotem niniejszego postępowania wszystkie osoby zamierzające pracować przy ochronie portu lotniczego i posiadające specjalistyczne umiejętności, a zamieszkałe w Warszawie i okolicach co do zasady powinny szukać zatrudnienia właśnie w podmiocie, który wygra postępowania. Przy tym nie zachodzi nawet ryzyko, że część pracowników zostanie przejęta przez konkurencję, która następnie zaoferuje udział w wykonywaniu przedmiotu zamówienia w formie podwykonawstwa. Zgodnie bowiem z art. 22b ustawy o ochronie wszelkie czynności związane z ochroną portu lotniczego powinny bowiem być wykonywane przez tego przedsiębiorcę, z którym została zawarta umowa o świadczenie usług ochroniarskich, nie będzie więc dopuszczalne podzlecenie takich czynności podmiotom trzecim. Co za tym idzie żaden podmiot poza zwycięzcą przetargu nie będzie zainteresowany zatrudnianiem pracowników z rejonu Warszawy, mających uprawnienia lub umiejętności istotne i przydatne

w ramach świadczenia usług ochrony terenu portu lotniczego”. Zauważył również, że pracownicy, których dane zostały zawarte w ofertach podwykonawców nie mają statusu wyjątkowej klasy specjalistów, których brak w sposób istotny utrudnia funkcjonowanie firmy. Taki status można przyznać np. programistom, którzy są w stanie dostosowywać tzw. dedykowane oprogramowanie lub operatorom unikalnych urządzeń stosowanych zaledwie w jednym lub w dwóch zakładach pracy w Polsce”. Zdaniem Odwołującego (...) w odniesieniu do rynku usług ochroniarskich należy wskazać, że możliwość uzyskania uprawnień do wykonywania określonych usług i pełnienia stosownych funkcji ma szersza grupa osób”. Przy tym każdy z uczestników rynku ma możliwość zapobiegania utracie personelu poprzez oferowanie pracowników uczciwych i adekwatnych warunków pracy i wynagrodzenia. W przypadku zaproponowania pracowników konkurencyjnych warunków płacowych nie istnieje praktyczne ryzyko utraty personelu. Nie wydaje się zatem zasadnym traktowania instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa jako elementu w działaniach mających na celu powstrzymanie zapewnienia pełnej konkurencyjności na rynku pracowników i pracodawców służb ochroniarskich. Odwołujący w konkluzji stwierdził, że odtajnienie części oferty Konsalnet nie pozostaje bez znaczenia na wynik postępowania w kontekście art. 192 ust. 2 Pzp, albowiem pozwoli Odwołującemu na weryfikację, czy dane zastrzeżone, jako tajemnica przedsiębiorstwa są zgodne z informacjami zawartymi w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” oraz w kopiach certyfikatów operatora kontroli bezpieczeństwa, a także z rzeczywistym stanem rzeczy. Wskazał ponadto na brak dowodów potwierdzających, że Zamawiający dokonał analizy zasadności zastrzeżenia przez Konsorcjum części Oferty, jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz, że takie działanie pozostaje w sprzeczności z zasadą jawności postępowania przetargowego. Zwrócił również uwagę na niekonsekwencję w działaniu Konsorcjum, które z jednej strony dąży się do utajnienia danych pojedynczych pracowników służb ochrony, z drugiej zaś zostają ujawnione dane kierownika ochrony, a więc osoby o potencjalnie zdecydowanie większych kwalifikacjach.

Odnośnie zarzutu dokonania wyboru oferty, jako najkorzystniejszej w warunkach niespełniających wymogów poszanowania zasady równouprawnienia wykonawców oraz uczciwej konkurencji powołał się na informacje prasowe z których mają wynikać „istotne wątpliwości co do okoliczności, czy Konsorcjum w sposób prawidłowy wykonuje usługi będące przedmiotem zamówienia”. Ponadto „ W publikacja prasowych powoływano się na zawiadomienie złożone przez posła na Sejm RP do Prokuratora Generalnego, w którym informował on o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. W treści tego pisma, zgodnie z informacjami prasowymi wskazywano, iż konkretne, wymienione z imienia i nazwiska osoby - „J. W., K. K., M. P., G. M. nie posiadają licencji pracownika fizycznego I bądź II stopnia, a wykonują zadania w obiekcie podlegającym obowiązkowej ochronie gdzie wszyscy

pracownicy ochrony powinni posiadać taki dokument oprócz certyfikatu operatora kontroli bezpieczeństwa wydawanego przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego. Pracownicy Straży Ochrony Lotniska posiadają stosowane uprawnienia”. Zdaniem Odwołującego, powyższe wskazuje na uzasadnione wątpliwości, (...) czy Konsorcjum dysponuje pracownikami, którzy zostali zgłoszeni dla potrzeb ustalenia punktacji w poza cenowych kryteriach oceny oferty. Dotychczasowa działalność Konsorcjum związana z realizacją usług, które są przedmiotem postępowania przetargowego wskazuje bowiem, że były one wykonywane także przez osoby, które nie miały stosownych i wymaganych SIWZ oraz przepisami prawa uprawnień i kwalifikacji”. Odnośnie zarzutu dokonania wyboru oferty w warunkach niekonkurencyjnych Odwołujący podniósł, że (...) utajnienie części Oferty prowadzi przy tym do ograniczenia praw innych wykonawców uczestniczących w Postępowaniu. Utajniony fragment dotyczy bowiem okoliczności istotnych dla weryfikacji poza cenowych kryteriów oceny ofert. Oferta Odwołującego była zaś najkorzystniejsza jeśli chodzi o zaoferowaną cenę. Jednocześnie na podstawie punktów uzyskanych w pozostałych kryteriach finalnie to Oferta Konsorcjum, a nie Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą”. Ponownie powołując się na orzecznictwo stwierdził, że „Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni liczyć się z okolicznością, iż ich oferty co do zasady będą jawne, w szczególności w zakresie, w jakim będą podlegały ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami podmiotu zamawiającego oraz w ramach kryteriów oceny ofert. Tym samym pewne elementy ofert na skutek złożenia ich w ramach postępowania o udzielenie zamówienia uzyskują status informacji publicznej.” Ponadto (...) Brak możliwości zweryfikowania informacji potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez konkurencyjnego wykonawcę i tym samym brak możliwości oceny oferty złożonej przez tego wykonawcę może pozbawić odwołującego prawa oceny przyszłych czynności zamawiającego podjętych w odniesieniu do oferty konkurencyjnej, w tym w szczególności w zakresie późniejszego wyboru oferty najkorzystniejszej.” Odwołujący wskazał ponownie, że Zamawiający uniemożliwił, w sposób sprzeczny z art. 8 ust. 1 i 3 Pzp zapoznanie się kontr oferentom z istotnymi elementami oferty, co powoduje, że (...) kontr oferenci nie mają możliwości wniesienia uwag lub zarzutów - na przykład w wyniku sprawdzenia informacji zawartych w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” oraz kopiach certyfikatów operatora kontroli bezpieczeństwa z podanymi w ofercie liczbami (...) i (...) może się okazać, że Oferta powinna zostać poprawiona, tak jak uczyniono to z ofertą Odwołującego, lub niżej oceniona”. Ponadto (...) Dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy została ona w znacznej i to istotnej części nieujawniona narusza więc prawo innych wykonawców do kwestionowania zasadności dokonanego wyboru”. Takie działanie zdaniem Odwołującego stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, a Zamawiający swoimi działaniami w praktyce odebrał Odwołującemu uprawnienie do wniesienia merytorycznego odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty. Poniósł także, że „Z tego powodu w dotychczasowym orzecznictwie Izba wskazywała, iż każdy wykonawca musi się liczyć z możliwością odtajnienia danych istotnych z punktu widzenia ustalenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub, jak w przedmiotowym postępowaniu, istotnych dla ustalenia punktacji przyznanej w danym poza cenowym kryterium oceny ofert”. Zatem w tych okolicznościach, jego zdaniem, zasadnym jest wniosek (o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia dokonanego wyboru i ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w warunkach gwarantujących zachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz zapewniających równe traktowanie wszystkich wykonawców.

W podsumowaniu argumentacji odwołania stwierdził, że:

- w postępowaniu przetargowym będącym przedmiotem odwołania Zamawiający, honorując zastrzeżenie Konsorcjum, nie ujawnił znacznej części Oferty tego wykonawcy. Nieujawnieniu podlegały informacje i dokumenty dotyczące podstaw ustalenia punktacji w poza cenowych kryteriach oceny ofert oraz, że na podstawie samego kryterium cenowego najkorzystniejszą była oferta Odwołującego;
- nie ujawnienie części oferty wykonawcy jest naruszeniem zasady jawności wyrażonej w art. 8 ust. 1 Pzp i powinno być dopuszczalne jedynie w przypadkach wyraźnie wskazanych w ustawie (art. 8 ust. 3 Pzp). Ciężar wykazania za pomocą składanych wyjaśnień, że zachodzą przesłanki odmowy ujawnienia oferty obciąża podmiot wnoszący o nieujawnianie, w tym przypadku Konsorcjum, przy czym wyjaśnienia te nie mogą mieć charakteru ogólnego i powinny zawierać wskazanie dowodów na potwierdzenie podnoszonych tez. Jednocześnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej kwestionowana jest w ogóle możliwość zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykazu osób kierowanych do realizacji zamówienia oraz dokumentacji potwierdzające posiadane przez nich doświadczenie. W przedmiotowym stanie faktycznym dane i dokumentacja dotycząca pracowników Konsorcjum nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa. Osoby, których dotyczy wskazana dokumentacja nie są specjalistami o rzadko dostępnych na rynku umiejętnościach. Jak wynika z samych ofert wykonawców złożonych w postępowaniu, w Polsce jest co najmniej kilkuset pracowników mogących wykonywać funkcje pracowników ochrony. Nie sposób więc przyjąć, by ujawnienie danych osobowych któregośkolwiek z nich mogło prowadzić do powstania istotnej straty majątkowej po stronie danego wykonawcy;
- nawet w wyjątkowych sytuacjach, gdy orzecznictwo dopuszcza zastrzeganie danych kluczowego personelu jako tajemnicy przedsiębiorstwa, możliwość taka jest zawsze ograniczana jedynie do specjalistów o unikalnych, niedostępnych na rynku umiejętnościach oraz, że na Zamawiającym ciąży obowiązek każdorazowej weryfikacji, czy dana osoba jest

specjalistą o unikalnych umiejętnościach. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dokonał zaś takiej analizy poprzestając na honorowaniu zastrzeżenia Konsorcjum dotyczącym utajnienia en bloc części oferty;

- w realiach przedmiotowego postępowania dane pracowników Konsorcjum mogły zostać ujawnione zarówno w toku jego dotychczasowej współpracy z Zamawiającym, jak i też mogą zostać ujawnione, jeżeli dojdzie do zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślił, że ustawa o ochronie nakazuje świadczenie przez pracowników usług ochroniarskich w sposób jawny, winni oni posiadać oznaczenia wskazujące, kto jest ich pracodawcą i pozwalające odróżnić ich od innych osób oraz posiadać i okazywać na wezwanie osób, których dotyczą czynności legitymacje służbowe zawierające ich dane osobowe. Wreszcie ustawodawca wprost zakazał pracownikom ochrony zakrywania twarzy w sposób uniemożliwiający lub utrudniający ich rozpoznanie, a zatem przesądził o jawnym sposobie świadczenia usług ochroniarskich. Nie sposób zatem mówić o poufności danych osobowych pracowników ochrony w sytuacji, gdy dane każdego z nich mogą zostać ustalone w związku z wykonywanymi czynnościami;
- Konsorcjum nie ma również faktycznego interesu w utajnieniu listy pracowników załączonej do oferty. Osoby posiadające uprawnienia i umiejętności niezbędne przy ochronie portów lotniczych, a zamieszkałe w Warszawie i okolicach będą bez względu na wynik postępowania przetargowego zainteresowane podjęciem współpracy ze „zwycięzcą przetargu”. Brak bowiem w Warszawie innego portu lotniczego, tym samym zwycięzca przetargu będzie naturalnym pracodawcą dla osób chcących pracować przy ochronie portu lotniczego. Natomiast każdy pracodawca ma możliwość obrony przed próbą przejęcia pracowników ochrony przede wszystkim poprzez oferowanie godziwych warunków pracy i płacy. W przypadku oferowania konkurencyjnych warunków zatrudnienia nie istnieje ryzyko masowego przejmowania pracowników Konsorcjum. Wątpliwym zaś jest wykorzystywanie instytucji tajemnicy przedsiębiorstwa przede wszystkim dla celów zagwarantowania danemu wykonawcy możliwości utrzymania presji płacowej na pracowników;
- dotychczasowa współpraca Zamawiającego z Konsorcjum w odniesieniu do usług będących przedmiotem zamówienia ujawnić miała, wedle informacji prasowych, braki w uprawnieniach konkretnych osób kierowanych przez Konsorcjum do realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższe sprawia, że istnieją przynajmniej przesłanki dla stwierdzenia, że wykonawcy inni niż Konsorcjum powinni mieć możliwość zweryfikowania, czy załączone w niniejszym postępowaniu do Oferty dokumenty potwierdzają tezy zawarte w samym formularzu ofertowym dotyczące posiadanego przez Konsorcjum personelu;
- Zamawiający zaniechał dokładnego zweryfikowania zasadności zastrzeżenia przez Konsorcjum części oferty, jako poufnej. Konsorcjum ograniczyło się bowiem jedynie do wskazania na sygnaturę wyroku, nie precyzując nawet jaki organ miał wydać ten wyrok.

Natomiast brak jakiegokolwiek uzasadnienia merytorycznego dla utajnienia danych szeregowych pracowników, szczególnie w sytuacji ujawnienia danych kierownika, który to ewentualnie może być uznawany za personel kluczowy.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany w warunkach niekonkurencyjnych i niezapewniających równego traktowania wykonawców. Odwołującemu odebrana została, możliwość do kwestionowania działań Zamawiającego i treści oferty wybranego wykonawcy. Nie mając możliwości zapoznania się z treścią Oferty nie mógł on stwierdzić, czy działania Zamawiającego są prawidłowe, a punktacja przyznana wskazanej ofercie zgodna z dokumentacją przetargową. Podał także, że wnioski o odtajnienie oferty wykonawcy Konsalnet i dokonanie wyboru oferty w warunkach konkurencyjnych, przy zachowaniu zasady jawności są zasadne. Wskazał także na zasadność wniosku o unieważnienie czynności wyboru ofert, z uwagi na wybór oferty Konsalnet w warunkach niekonkurencyjnych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Impel Security Polska Sp. z o.o., oraz Gwarant Agencja Ochrony S.A. z Wrocławia, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego - przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., oraz Konsalnet Secure Solutions Sp. z o.o. z Warszawy, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wniosku podniósł, że (...) odwołanie dotyczy niezasadnego objęcia przez Konsorcjum Konsalnet tajemnicą przedsiębiorstwa załączonego do oferty Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z dokumentami potwierdzającymi kwalifikacje tych osób”. Jego zdaniem, odwołanie (...) zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp, w art. 182 ust. 3 pkt 1). Zgodnie bowiem z powołanym przepisem odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Dalej podał, że postępowanie prowadzone w trybie przetargu ograniczonego zostało wszczęte w dniu 14.10.2014 r. - przed wejściem w życie nowelizacji z dnia 29.08.2014 r. (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Wskazał także, że zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu (pkt. III.2.3) 1.2. A i B ogłoszenia) wykonawca wraz z wnioskiem zobowiązany był przedłożyć Wykaz, co najmniej 50 osób,

które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, a które to osoby posiadają wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej oraz certyfikat operatora kontroli bezpieczeństwa Prezesa ULC. Wymagał ponadto wskazania, co najmniej 30 osób, które posiadają zdolność porozumiewania się w języku polskim i, co najmniej w języku angielskim. Taki Wykaz miał zawierać imię i nazwisko, dane na temat kwalifikacji zawodowych, potwierdzające spełnienie warunku - nr certyfikatu oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór formularza był zamieszczony na stronie internetowej. Zamawiający w drugiej części tego formularza wymagał podania osób ze znajomością języka na odpowiednim poziomie. Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu upływał 19.11.2014 r. Konsorcjum Konsalnet wraz z wnioskiem złożyło taki Wykaz, a informacje zawarte w tym Wykazie częściowo objęło tajemnicą przedsiębiorstwa. Za tajemnicę przedsiębiorstwa uznano dane, obejmujące imię i nazwisko osoby oraz nr certyfikatu. Jawna była rubryka dotycząca informacji o podstawie do dysponowania daną osobą (k. od 177 do 190 wniosku), w drugiej części wykazu - czy zna język angielski (k. od 190 do 198 wniosku). Wykaz zawierał 363 osoby spełniające warunek opisany w pkt. III.2.3) 1.2. A ogłoszenia oraz 208 osób posługujących się językiem angielskim (spełniających wymagania opisane w pkt. III.2.3) 1.2. B ogłoszenia). Jednocześnie wraz z wnioskiem Konsorcjum Konsalnet złożyło wyjaśnienia dotyczące zasadności zastrzeżenia wskazanych informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa (k. 200 wniosku) na żądanie Zamawiającego z 9 grudnia 2014 r. wezwał Konsorcjum Konsalnet m.in. do wyjaśnienia zasadności zastrzeżenia we wniosku tajemnicy przedsiębiorstwa. W odpowiedzi pismem z 11 grudnia 2014 r. Konsorcjum Konsalnet sprecyzowało, dlaczego uważa, iż Wykaz osób, które będą wykonywać zamówienie wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia nie były objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Były dostępne dla zainteresowanych wykonawców. O wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy zostali poinformowani, w tym Odwołujący dnia 16 grudnia 2014 roku. Odwołujący nie skorzystał z możliwości zapoznania się z wnioskiem Konsorcjum Konsalnet, jak również nie kwestionował zasadności zastrzeżenia tego Wykazu. Zamawiający dalej podał, że w dniu 09.01.2015 r. przekazał wykonawcom zaproszenie do składania ofert wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia („siwz”), w której m.in. zgodnie z pkt IX.3 f wymagano, aby do oferty wykonawca załączył „wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizowaniu zamówienia (Załącznik nr 4 do SIWZ) wraz z kopiami certyfikatów wydanych przez Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego /ośrodek szkoleniowy ICAO/ECAC/Unii Europejskiej] dla operatorów kontroli bezpieczeństwa, potwierdzonych za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę”. Na podstawie danych zawartych w wykazie Zamawiający przyznawał punkty w kryterium oceny oferty - wartość techniczna (pkt XVIII siwz). Punkty przyznawano m.in. za liczbę osób z minimum 3 letnim doświadczeniem, liczbę

osób z certyfikatami, liczbę osób z językiem angielskim. Termin składania ofert po jego zmianie ustalono na 10.02.2015 r. Konsorcjum Konsalnet złożyło wraz z ofertą wypełniony wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do siwz Wykaz osób oraz przedłożyło wymagane w siwz dokumenty dotyczące tych osób. Część informacji zawartych w Wykazie osób oraz załączone dokumenty potwierdzające kwalifikacje Konsorcjum Konsalnet ponownie opatrzyło klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Za tajemnicę przedsiębiorstwa uznano imię i nazwisko, oraz nr certyfikatu. Jako jawne pozostawiono dane dotyczące znajomości języka angielskiego, zakresu wykonywanych czynności oraz liczby miesięcy doświadczenia w pracy na stanowisk operatora kontroli bezpieczeństwa w portach lotniczych (k. 70 do 81 oferty). Wraz z ofertą Konsorcjum Konsalnet złożyło wyjaśnienia, dlaczego ww. dane stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (k. 84 oferty). Zamawiający pismem z dnia 16.02.2015 r. wysłał wykonawcom informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący w dniu 16.02.2015 r. wniósł o udostępnienie mu oferty Konsorcjum Konsalnet. Zamawiający udostępnił w dniu 16.02.2015 r. ofertę Konsorcjum w zakresie nieobjętym tajemnicą przedsiębiorstwa. W ocenie Zamawiającego – jak ponownie stwierdził w odpowiedzi - odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp, w art. 182 ust. 3 pkt 1). Zgodnie bowiem z powołanym przepisem odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Jego zdaniem, jeżeli (...) Odwołujący, uważał, że informacje dotyczące imienia i nazwiska osób, które mają wykonywać zamówienie oraz ich kwalifikacji (uprawnienie do wykonywania czynności operatora kontroli bezpieczeństwa) powinny być jawne, gdyż nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, powinien kwestionować tę ocenę już na etapie oceny wniosków. Termin ten powinien być liczony od 16 grudnia 2014 roku, wówczas to bowiem Odwołujący mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. W tym dniu Zamawiający poinformował wykonawców o ocenie wniosków oraz o możliwości zapoznania się z ich treścią. Odwołujący zrezygnował z tej możliwości, nie zapoznał się z jawną częścią wniosku, nie zapoznał się z wyjaśnieniami Konsorcjum Konsalnet dotyczącymi objęcia określonych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa, a co najważniejsze - nie zakwestionował zasadności objęcia danych dotyczących imienia i nazwiska oraz informacji o certyfikacie uprawniającym do wykonywania czynności operatora kontroli bezpieczeństwa za tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum Konsalnet. Kwestionowanie zatem przez Odwołującego na aktualnym etapie postępowania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Konsorcjum Konsalnet jest spóźnione, co w konsekwencji winno skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp". Z ostrożności zauważył, że (...) nawet jeśli przyjąć, iż datą, od której zaczął biec termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie nie jest 16 grudnia 2014 roku, to z pewnością

winien to być dzień składania ofert, tj. 10.02.2015 roku. Już w tym dniu bowiem Odwołujący mógł zapoznać się z ofertą Konsorcjum Konsalnet i poznać informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania. Okoliczności niniejszej sprawy są szczególne, gdyż te same informacje zostały uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa we wniosku i ofercie. Zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśniania zasadności objęcia tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa już w fazie oceny wniosków. Zatem tracą na aktualności w niniejszym stanie faktycznym te poglądy (poparte orzecznictwem KIO), które wskazują, iż termin na kwestionowanie objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa zaczyna biec od dokonania wyboru oferty, gdyż wówczas dopiero wykonawcy mają pewność, iż Zamawiający zakończył badania zasadności objęcia danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. W okolicznościach tej sprawy Zamawiający zbadał w tym zakresie zasadność objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa w fazie oceny wniosków. Zatem wykonawca działając z należytą starannością mógł już w dniu otwarcia ofert poznać wiadomość, które informacje uznane zostały przez Konsorcjum Konsalnet za tajemnicę przedsiębiorstwa. Gdyby - w trosce o swój interes, działając z należytą starannością - zapoznał się z wnioskiem Konsorcjum Konsalnet (a miał taką możliwość już od 16 grudnia 2014 roku), to wiedziałby, że to są te same informacje, które zostały złożone we wniosku i których zasadność zastrzeżenia Zamawiający już zbadał i ocenił decyzją Konsorcjum Konsalnet w tym zakresie za prawidłową". W konkluzji stwierdził, że kwestionowanie przez Odwołującego na aktualnym etapie postępowania zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie Konsorcjum Konsalnet jest spóźnione, co w konsekwencji winno skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 182 ust.3 pkt 1 tej ustawy.

W tym odwołaniu podniesiono zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [znku] z uwagi na niezasadne nieujawnienie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsalnet Holding S.A., Konsalnet Secure Solutions sp. z o.o. oraz Konsalnet Ochrona sp. z o.o. [wykonawca Konsalnet] w części załączonego do oferty Wykazu osób, co do ich imion i nazwisk oraz przedłożonych w ofercie certyfikatów dotyczących tych osób, które to informacje, zdaniem Odwołującego, nie mogą być kwalifikowane, jako informacje, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu wskazanego art. 11 ust. 4 znku. Odwołujący podniósł także

zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 8 ust. 1 tej ustawy z uwagi na dokonanie wyboru oferty w warunkach niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w sytuacji, gdy oferta jednego z wykonawców nie została ujawniona w odniesieniu do informacji i dokumentów istotnych z punktu widzenia weryfikacji punktacji przyznanej w poszczególnych poza cenowych kryteriach oceny ofert, w konsekwencji konkurujący oferenci nie mieli możliwości zapoznania się z istotnymi postanowieniami oferty i wniesienia uwag lub zarzutów. Z kolei w żądaniach, Odwołujący wniósł nakazanie Zamawiającemu odtajnienia oferty tego Konsorcjum w całości, oraz unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Mając na uwadze treść tego odwołania, w tym żądania oraz na podnoszoną argumentację, w tym w jego uzasadnieniu, a także ponadto uwzględniając wymagania z art. 180 ust.2 ustawy Pzp skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut odwołania dotyczy zaniechania, ujawnienia Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z dokumentami potwierdzającymi kwalifikacje tych osób w ofercie wykonawcy Konsalnet, która to oferta została uznana za najkorzystniejszą i w ocenie Izby wskazane naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust.1 Pzp dopełnia zasadność argumentacji, co do podnoszonego zarzutu naruszenia art. 8 ust.3 Pzp, tym bardziej, że Odwołujący w odwołaniu podkreślił, że zastrzeżenie wskazanych informacji uniemożliwia wykonawcy wniesienie merytorycznego odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty. Na marginesie Izba zauważa, że w tym postępowaniu trudno mówić o wyborze oferty w warunkach niezapewniających zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tylko z tego powodu, że oferta tylko jednego z wykonawców, w tym przypadku wykonawcy Konsalnet, nie została ujawniona w odniesieniu do informacji i dokumentów istotnych z punktu widzenia weryfikacji punktacji w poszczególnych poza cenowych kryteriach oceny ofert, podczas, gdy drugi z konkurujących oferentów przystępujący po stronie Odwołującego do postępowania odwoławczego - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Impel Security Polska Sp. z o.o., oraz Gwarant Agencja Ochrony S.A. z Wrocławia, także zastrzegł analogiczne informacje w ofercie, a co przez Odwołującego nie było – nawet w podnoszonej argumentacji - kwestionowane.

Rozpoznając zatem podnoszony w odwołaniu zarzut nie zasadnego nieujawnienia informacji z oferty wykonawcy Konsalnet – Izba zwraca uwagę, że zgodnie z powołanym art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, wobec czynności innych niż wskazane w ust.1 i 2 tego artykułu, takich jak zaniechanie udostępnienia informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa [i jako taka powinna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego] -

odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Tak jak wskazuje się przede wszystkim w uchwale z dnia 28 lutego 2013 r. Sądu Najwyższego III CZP 107/2012 w odniesieniu do kwestionowanej czynności, braku uchylecia zakazu ujawnienia informacji, niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa ustawa Pzp nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców o zastrzeżeniu we wniosku i/lub w ofercie takich informacji. Jednocześnie przepisy ustawy Pzp stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art. 96 ust. 3 tej ustawy, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym każdy wykonawca, zgodnie z art. 182 ust.3 Pzp, zachowując należyłą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu w danej ofercie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i stanowisko zamawiającego odmawiające ich ujawnienia może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie oferty [wniosku]. Wskazanie, przykładowo terminu udostępnienia części zastrzeżonej będzie powodowało zastosowanie terminu z art. 182 ust.1 ustawy Pzp. W niniejszym stanie faktycznym, wykonawcy mogli powziąć informację o okolicznościach, stanowiących podstawę wniesienia odwołania w dniu 10 lutego 2014 r., albowiem w tym dniu, z upływem terminu wyznaczonego na otwarcie i złożenie ofert, mogli zwrócić się do Zamawiającego o udostępnienie ofert innych wykonawców i w ten sposób zweryfikować poprawność czynności związanej z oceną przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba zwraca ponownie uwagę, że w przeciwieństwie do dyspozycji art. 182 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp liczy się - przy zachowaniu należytej staranności - od daty możliwości powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a nie tylko jej podjęcia przez wykonawcę. Izba zwraca dodatkowo uwagę, że zgodnie ze wskazanym art. 96 ust.3 ustawy Pzp oferty powinny być dostępne od chwili ich otwarcia i tym samym ustalanie przez Zamawiającego terminu udostępniania ofert, o ile nie jest to obiektywnie uzasadnione, może być postrzegane jako niezgodne z przepisami ustawy Pzp, jednakże w konsekwencji nie może skutkować przywróceniem terminu do wniesienia odwołania w związku z brakiem działania [wniesienia odwołania] przez wykonawcę w terminie ściśle określonym ustawą Pzp. Na marginesie Izba zauważa, że termin do wniesienia odwołania – co wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie - jest terminem zawitym, a tym samym nie podlega przywróceniu z żadnego powodu.

Tym samym, mając na względzie okoliczności faktyczne niniejszej sprawy odwołanie należało odrzucić na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust.3 ustawy Pzp.

Izba jednocześnie stwierdza, że nie podzieliła argumentacji Zamawiającego, co do odrzucenia odwołania w oparciu o wskazany przepis art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na prowadzone postępowanie w trybie przetargu ograniczonego i szczególne okoliczności tej sprawy, co powodowało wygaśnięcie terminu wniesienia odwołania z dniem 26 grudnia 2014 r., przyjmując, że bieg terminu do wniesienia odwołaniu w powołaniu na wskazanych zarzut naruszenia art. 8 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust.4 uznk rozpoczynał się w I etapie od dnia 16 grudnia 2014 r. w której to dacie wykonawca powziął wiadomość o wyniku oceny wniosków dokonanych w oparciu o tożsame [analogiczne] informacje, jak w odwołaniu - na II etapie postępowania - po złożeniu ofert. Tak jak ustaliła Izba w I etapie wymagany był inny zakres informacji w przyporządkowaniu do osób przewidzianych do realizacji tego zamówienia. W pierwszym przypadku w załączniku nr 6 do wniosku wymagane było podanie obok imienia i nazwiska numeru certyfikatu oraz znajomości języka angielskiego. Z kolei w II etapie w załączniku nr 4 do formularza oferty należało także wykazać doświadczenie każdej z osób przewidzianych do realizacji tego zamówienia, a które to doświadczenie [co najmniej 3 letnie] decydowało o liczbie punktów przyznanych danej ofercie. Izba zwraca również uwagę, że w załączniku nr 4 do oferty wskazano większą liczbę osób [w zał. do wniosku – 393 ze znajomością jęz. angielskiego - 208, w zał. do oferty – 399 ze znajomością jęz. 258]. Izba zwraca również uwagę, że obowiązująca w tym postępowaniu specyfikacja nie sprzeciwia się zwiększeniu liczby osób dedykowanych do realizacji zamówienia, jak i zwiększeniu liczby osób z wymaganą znajomością języka angielskiego i tym samym – w ocenie Izby – powoływanie się na tożsamość informacji w Wykazach nie było uprawnione, co do zasady.

W związku z ustalonymi podstawami odrzucenia odwołania w oparciu o przesłankę z art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp – Izba tylko na marginesie zwraca uwagę, że nie jest znana ustawie możliwość zastrzeżenia informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko na użytek danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Także w przypadku przedmiotowej usługi sporne zastrzeżenie - z uwagi na jawność świadczenia usług ochroniarskich w świetle ustawy o ochronie osób i mienia nakazującej świadczenie usług ochroniarskich w sposób jawny i umożliwiający identyfikację osoby wykonującej czynności ochroniarskie – może wywoływać uzasadnione wątpliwości, co do skuteczności zastrzeżenia informacji o kadrze dedykowanej do jej realizacji, albowiem takie zastrzeżenie, co do kadry byłoby możliwe - zdaniem Izby - w wyjątkowych obiektywnie uzasadnionych przypadkach.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 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).

.....