

Sygn. akt: KIO 702/19

WYROK
z dnia 29 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę DXC Technology Polska z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Asseco Poland spółka akcyjna z siedzibą w Rzeszowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę DXC Technology Polska z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę DXC Technology Polska z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy DXC Technology Polska z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zakup usługi Utrzymania i Rozwoju Aplikacji ZSZiK, IACSplus, GIS, SIZ, PZSiPplus, PA oraz eWniosekPlus na okres 47 miesięcy.

W dniu 15 kwietnia 2019 r. wykonawca DXC Technology Polska z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez czynności oraz zaniechań Zamawiającego polegających na:

1) niezgodnej z przepisami ustawy Prawa zamówień publicznych czynności zaniechania odtajnienia części oferty złożonej przez Asseco Poland S.A. (dalej: ASSECO) w zakresie:

a) pkt 10 formularza ofertowego („podanie zakresów oraz firm Podwykonawczych”) stanowiącego część 6 oferty oraz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”) ASSECO w części dotyczącej udziału podwykonawców — Część I: Informacje dotyczące wykonawcy, Sekcja D JEDZ,

b) wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, podlegającego ocenie w ramach kryterium oceny ofert, sporządzonego zgodnie z załącznikiem 58 do SIWZ (część 8 oferty),

c) uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji opisanych w lit. a i b powyżej,

d) załączników do uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w lit. a i b powyżej, znajdujących się od strony 42 aż do ostatniej strony dokumentu dołączonego do oferty rozpoczynającego się na stronie 49 oraz w Części II Sekcji D JEDZ, które to dokumenty w rzeczywistości nie zawierają, zdaniem Odwołującego, informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2018 poz. 419, dalej: „UZNK”), zaś ASSECO nie wykazało przestanek koniecznych dla zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i informacje te winny podlegać odtajnieniu,

2) niezgodnej z przepisami ustawy Prawa zamówień publicznych czynności polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu zapoznania się z całością oferty ASSECO, która powinna podlegać odtajnieniu w całości.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Odwołujący podał, że otrzymał w dniu 4 kwietnia 2019 r. od Zamawiającego drogą mailową skany oferty złożonej przez ASSECO oraz JEDZ tego wykonawcy, z wyłączeniem informacji zastrzeżonej przez ASSECO jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK, które to zdarzenie według Odwołującego, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawa zamówień publicznych, stanowi początkową datę biegu terminu na wniesienia odwołania w Postępowaniu. Mając na uwadze powyższe Odwołujący uczynił zadość wymaganiom określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego, nieodtajnienie informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez ASSECO objętych niniejszym odwołaniem narusza elementarną zasadę prawa zamówień publicznych sformułowaną w art. 7 ust. 1 ustawy PZP, stanowiącą, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. A zatem poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych przez ASSECO jako tajemnica przedsiębiorstwa Zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 ustawy Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 UZNK, jak również art. 96 ust. 3 ustawy Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego informacje opisane w niniejszym odwołaniu zostały zastrzeżone przez ASSECO jako tajemnica przedsiębiorstwa niezasadnie, w celu utrudnienia a właściwie uniemożliwienia weryfikacji złożonej oferty przez Odwołującego. Zamawiający natomiast błędnie uznał dokonane zastrzeżenia za skuteczne. Zgodnie z zasadą jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający winien udostępnić Odwołującemu do wglądu dokumenty, których ujawnienia Odwołujący żąda w niniejszym odwołaniu. Bezpodstawne utrudnienie dostępu do informacji w Postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad jawności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

a tym samym narusza art. 8 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Bezpodstawne utrzymywanie tajności wadliwie zastrzeżonych dokumentów może również skutkować udzieleniem zamówienia wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona, z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, na które to okoliczności uwagę Zamawiającego mógłby zwrócić Odwołujący, gdyby uzyskał dostęp do zastrzeżonych materiałów.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odtajnienie dokumentów zastrzeżonych przez ASSECO jako tajemnica przedsiębiorstwa w zakresie:

- 1) pkt 10 formularza ofertowego („podanie zakresów oraz firm Podwykonawczych”) stanowiącego część 6 oferty oraz JEDZ ASSECO w części dotyczącej udziału podwykonawców w realizacji części zamówienia — Część' II: Informacje dotyczące wykonawcy, Sekcja D JEDZ,
- 2) wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, ocenianego w ramach kryterium oceny ofert, sporządzonego zgodnie z załącznikiem 5B do SIWZ (część 8 oferty).
- 3) uzasadnienia zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w części 6 i 8 oferty oraz Części 'II, Sekcja D JEDZ (część 7oferty),
- 4) załączników do uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji zawartych w części 6 i 8 oferty oraz Części II Sekcja D JEDZ (część 7.1 oferty).

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca ASSECO (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący złożył wniosek o udostępnienie ofert i innych dokumentów w dniu 29 marca 2019 r., tj. w dniu otwarcia ofert. W dniu 4 kwietnia 2019 r. Zamawiający ujawnił Odwołującemu część jawną oferty Przystępującego (niezastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Przystępującego).

Zamawiający przy przekazaniu skanu oferty Przystępującemu, przedstawił mu również pismo z dnia 4 kwietnia 2019 r., gdzie wymienił cztery dokumenty podlegające

ujawnieniu. W piśmie wskazano, że wyłączono ujawnienie informacji zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, a nie informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa. W dniu 8 kwietnia 2019 r. Odwołujący złożył do Zamawiającego kolejny wniosek o odtajnienie informacji wraz z uzasadnieniem. Następnie w dniu 18 kwietnia 2019 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu pismo, w którym stwierdził, że nie zakończył jeszcze czynności badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa – Zamawiający poinformował, „że czynności związane z badaniem i oceną spełnienia ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie przez wykonawców informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zostały zakończone”. Dalej Zamawiający podał, że „niezwłocznie po zakończeniu ww. czynności o ich wynikach poinformuje zainteresowanych Wykonawców. W przypadku uznania przez Zamawiającego, że zastrzeżenie przez wykonawców określonych informacji było nieskuteczne, ich udostępnienie nastąpi po upływie terminu na wniesienie odwołania przez Wykonawcę, który rzeczony informacje zastrzegł jako tajemnica przedsiębiorstwa”.

Oceniając stan faktyczny ustalony w toku postępowania odwoławczego, Izba stwierdziła, że Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności, która mogłaby stanowić podstawę do wniesienia odwołania, kwestionującego prawidłowość dochowania przez Zamawiającego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, dokonanego przez wykonawcę.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Z kolei zgodnie z art. 191 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie dokonał jeszcze czynności badania i oceny ofert, w tym czynności badania zasadności – i tym samym skuteczności – zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców. Według oświadczenia Zamawiającego na rozprawie, niezakwestionowanego przez Odwołującego, w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia tajemnicę przedsiębiorstwa w złożonych ofertach zastrzegło trzech wykonawców. Zamawiający poinformował Odwołującego w piśmie z dnia 18 kwietnia 2019 r., że czynności tej jeszcze nie dokonał. Na obecnym etapie nie można wykluczyć, że Zamawiający ujawni dokumenty i informacje, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, w całości albo w części.

Na powyższą ocenę nie może mieć wpływu, że Zamawiający poinformował wykonawcę o etapie, na którym jest badanie i ocena ofert już po wniesieniu odwołania – Izba wydając wyrok, bierze pod uwagę stan faktyczny ustalony w toku postępowania. Zauważyć przy tym należy, że Odwołujący mógł wnioskować, że Zamawiający nie zakończył jeszcze badania i oceny ofert pod kątem skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa choćby z okoliczności, że niezastrzeżoną część ofert udostępniono Odwołującemu już sześć dni po otwarciu ofert (na skutek wniosku Odwołującego, złożonego w dniu otwarcia ofert).

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że do chwili wydania wyroku w niniejszej sprawie nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 [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 \(t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972\).](#)

Przewodniczący:

.....