

POSTANOWIENIE
z dnia 9 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 9 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2022 r. przez wykonawcę **Pro-Holding sp. z o.o., ul. Radzikowskiego 47D lok. LUB4, 31-315 Kraków,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego, Sękocin Stary, ul. Leśników 21C, 05-090 Raszyn,**

przy udziale wykonawcy **Asseco Poland sp. z o.o., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Pro-Holding sp. zo.o., ul. Radzikowskiego 47D lok. LUB4, 31-315 Kraków, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego Pro-Holding sp. z o.o., ul. Radzikowskiego 47D lok. LUB4, 31-315 Kraków, na rzecz zamawiającego Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego, Sękocin Stary, ul. Leśników 21C, 05-090 Raszyn, kwotę 3 075 zł 00 gr (trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wiśnińskiego, Sękocin Stary, ul. Leśników 21C,05-090 Raszyn, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie i rozwój systemu LAS przez okres 24 miesięcy”, numer referencyjny: DZ.270.34.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14.05.2021 r., nr 2021/S 093-242990.

W dniu 27.01.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Pro-Holding sp. z o.o., ul. Radzikowskiego 47D lok. LUB4, 31-315 Kraków (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1-3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odtajnienia dokumentów, co do których zamawiający oświadczył, że zostaną one odtajnione oraz bezzasadne uznanie, że wyjaśnienia do oświadczenia JEDZ oraz dokumenty dotyczące przesłanek wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp złożone przez wykonawcę Asseco Poland S.A. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„1.1. Odwołujący oraz Asseco złożyli oferty w Postępowaniu. Zamawiający pierwotnie wykluczył Asseco z postępowania oraz dokonał wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

2. W wyniku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę Asseco, Zamawiającemu nakazano unieważnienie czynności wykluczenia Asseco z Postępowania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert (sygn. akt KIO 2905/21).

3. W celu wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający w dniu 22.12.2021 r. oświadczył, że odtajni wyjaśnienia złożone do oświadczenia JEDZ oraz dokumenty dotyczące przesłanek wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP złożone przez wykonawcę Asseco. Jednocześnie wezwał Asseco do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

4. Wykonawca Asseco wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarówno w zakresie odtajnienia dokumentów, jak i wezwania do złożenia wyjaśnień (sygn. akt KIO 15/22).

5. Wykonawca Pro-Holding sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie odtajnienia dokumentów, nie

unieważnił jednak czynności polegającej na złożeniu oświadczenia, że odtajni zastrzeżone dokumenty.

6. Wykonawca Pro-Holding sp. z o.o. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w zakresie zarzutu dotyczącego odtajnienia dokumentów. Krajowa Izba Odwoławcza nie rozpoznała sprawy merytorycznie, gdyż przed skierowaniem jej na rozprawę wykonawca Asseco wycofał odwołanie.

7. W związku z powyższym Odwołujący pismem z dnia 19.01.2022 r. zwrócił się o odtajnienie i przekazanie Odwołującemu dokumentów złożonych w Postępowaniu przez wykonawcę Asseco Poland S.A., tj. w szczególności wyjaśnień złożonych do oświadczenia JEDZ oraz dokumentów odnoszących się do podstaw wykluczenia zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odwołujący przedstawił także uzasadnienie faktyczne i prawne przemawiające za koniecznością odtajnienia dokumentów.

8. W związku z brakiem odpowiedzi Zamawiającego, Odwołujący pismem z dnia 25.01.2022 r. ponownie wniósł o odtajnienie i przekazanie Odwołującemu ww. dokumentów. Zaznaczył jednocześnie, że brak przekazania tychże dokumentów do dnia 26.01.2022 r. uzna za odmowę ich udostępnienia. Zamawiający pozostawił wnioski Odwołującego bez odpowiedzi.

II. (...) Cofnięcie odwołania powoduje, że oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w zakresie zarzutu nr 1 stało się bezskuteczne. Na skutek złożenia oświadczenia o cofnięciu odwołania, informacje objęte wnioskiem stały się automatycznie jawne.

Zgodnie z art. 11 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje spełniające przesłanki, określone w tym przepisie, z których część ma charakter formalny a część materialny.

Jedną z przesłanek formalnych jest wymóg aby uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym rezygnacja z ochrony informacji na skutek odstąpienia od odwołania wywołuje ten skutek, że od dnia wycofania odwołania informacje te stały się formalnie jawne.

Należy w tym miejscu podkreślić, że przedmiotowe informacje są jawne również z punktu widzenia przesłanek materialnych. Ze stanem poufności mamy bowiem do czynienia tylko wtedy, gdy przedsiębiorca kontroluje liczbę i charakter osób mających dostęp do określonych informacji (E. Nowińska, M. Du Vail, komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Warszawa 2013 r.). W przedmiotowej sprawie Wykonawca nie ma możliwości skutecznego zastrzeżenia informacji gdyż nie kontroluje dostępu do nich. Wszystkie informacje, w tym związane z prowadzonym sporem są bowiem w posiadaniu Zamawiających, którzy realizowali wcześniejsze zamówienia publiczne. Tym samym informacje dotyczące realizacji usług i zamówień wykonywanych na rzecz podmiotów publicznych jako dotyczące działalności tych podmiotów oraz wydatkowania środków

publicznych, podlegają co do zasady ujawnieniu wnioskującemu o ich uzyskanie na podstawie przepisów ustawy o dostępie do informacji publicznej. (...)

W związku z powyższym wniosek o udostępnienie wnioskowanych przez ProHolding Sp. z o.o. powinien być niezwłocznie wykonany.

Odwołujący podkreśla, że w przypadku kiedy z analizy podstaw zastrzeżenia możliwe będzie wywiedzenie, iż zastrzeżenie było niezasadne i miało na celu uniemożliwienie innym wykonawców weryfikacji danej oferty to Zamawiający winien dokonać jej odrzucenia w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. [obecnie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp] uznając iż dokonane zastrzeżenia stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji. (...)

W przedmiotowej sprawie bezpodstawną odmową udostępnienia informacji nie pozwala na zweryfikowanie kompletności i zgodności ze stanem faktycznym oświadczeń złożonych przez wykonawcę Asseco. Wykonawca może jedynie domyślać się, że wyjaśnienia te są niekompletne, pomimo tego że ustawa gwarantuje mu dostęp do tego typu informacji.

Dla poparcia powyższego zarzutu przedstawiamy jedną z ogólnodostępnych informacji dotyczących nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę Asseco.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia odwołującemu informacji i dokumentów zastrzeżonych przez Asseco Poland S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa w ww. postępowaniu, tj. złożone do oświadczenia JEDZ wyjaśnienia ww. wykonawcy oraz dokumenty odnoszące się do podstaw wykluczenia zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 28.01.2022 r. wykonawca Asseco Poland sp. z o.o., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 08.02.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

- 1) odrzucenie odwołania co do części zarzutu dotyczącego odtajnienia załącznika nr 2 do JEDZ, jako wniesionego po terminie, ewentualnie - w przypadku przyjęcia, iż nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania w tym zakresie - o oddalenie odwołania co do części zarzutu dotyczącego odtajnienia załącznika nr 2 do JEDZ,
- 2) odrzucenie odwołania co do części zarzutu dotyczącego odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Asseco Poland S.A. z uwagi na przedwczesność odwołania, ewentualnie - w przypadku przyjęcia, iż nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania w tym zakresie - o oddalenie odwołania co do części zarzutu dotyczącego odtajnienia wyjaśnień,

3) odrzucenie odwołania co do części zarzutu dotyczącego odtajnienia dokumentów pozyskanych przez zamawiającego, ponieważ nie są one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, ale są załącznikami do protokołu postępowania i na obecnym etapie postępowania nie mogą być udostępnione.

Pismem z dnia 07.02.2022 r. przystępujący złożył wniosek o odrzucenie odwołania z uwagi na jego wniesienie z uchybieniem terminu i analogiczne stanowisko powtórzył w piśmie z dnia 09.02.2022 r.

W trakcie posiedzenia strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że odwołujący w odwołaniu nie skonkretyzował dokumentów, których dotyczą jego zarzuty i żądania, ale określił je jako: „wyjaśnienia do oświadczenia JEDZ oraz dokumenty dotyczące przesłanek wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP”. W trakcie posiedzenia odwołujący sprecyzował, że chodzi o załączniki nr 1 i 2 do oświadczenia JEDZ złożonego przez przystępującego wraz z ofertą. W związku z powyższym w odniesieniu do załącznika nr 1 do JEDZ należy zauważyć, że załącznik ten nie został przez przystępującego zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa, ale wprost został określony jako „Załącznik nr 1 do JEDZ – Część jawna”, pod którą to informacją dopiero znalazła się kolejna informacja o treści: „[informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa zawarte w piśmie zostały wydzielone do załącznika nr 2 do JEDZ – załącznik objęty tajemnicą przedsiębiorstwa]”. Z powyższego wynika, że jedynie treść załącznika nr 2 do JEDZ została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, natomiast treść załącznika nr 1 do JEDZ od początku była jawna.

Niezależnie od powyższego Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie odwołujący pismem z dnia 22.09.2021 r. złożył do zamawiającego wniosek o udostępnienie „protokołu postępowania wraz ze wszystkimi załącznikami, w szczególności:

- 1) ofertą Asseco Poland S.A.,
 - 2) wezwaniami Zamawiającego,
 - 3) odpowiedziami wykonawcy Asseco Poland S.A.,
 - 4) innymi pismami składanymi przez Asseco Poland S.A.,
- w tym oznaczonymi przez Asseco Poland S.A., jako stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa (...).”

Pismem z dnia 29.09.2021 r. zamawiający udostępnił odwołującemu protokół postępowania wraz z załącznikami oraz poinformował, że „w związku z zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa części dokumentów przez Wykonawcę Asseco Poland S.A., Zamawiający nie udostępnia następujących dokumentów:

1. Zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa część oferty
 - Załącznik nr 1 do Formularza ofertowego w części objętej tajemnicą przedsiębiorstwa,
 - Załącznik 1 do Uzasadnienia objęcia części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa,
 - Załącznik nr 2 do oświadczenia JEDZ.”

Z powyższego wynika, że w dniu 29.09.2021 r. odwołujący powziął wiadomość dotyczącą obu załączników do oświadczenia JEDZ, a mianowicie powziął wiadomość, że:

- załącznik nr 1 do JEDZ zostaje mu przekazany jako część oferty przystępującego,
- załącznik nr 2 do JEDZ nie zostaje mu przekazany z uwagi na objęcie jego treści tajemnicą przedsiębiorstwa.

Tym samym od dnia 29.09.2021 r. odwołującemu biegł termin na wniesienie odwołania w zakresie zaniechania odtajnienia przez zamawiającego załącznika nr 2 do JEDZ (formalnie także w zakresie załącznika nr 1, choć z uwagi na jego jawność wniesienie odwołania byłoby nieuzasadnione).

Zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 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, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Jak wskazano już wyżej, odwołujący w dniu 29.09.2021 r. powziął wiadomość o ww. okolicznościach dotyczących obu załączników do oświadczenia JEDZ, w tym o odmowie odtajnienia załącznika nr 2 do JEDZ. Oznacza to, że termin na wniesienie odwołania (pomijając celowość wniesienia ewentualnego odwołania w zakresie jawnego załącznika nr 1) upłynął w dniu 11.10.2021 r. (z uwzględnieniem art. 509 ust. 2 ustawy Pzp).

Powyższego nie zmienia fakt, że w dniu 22.12.2021 r. zamawiający powiadomił o zamiarze odtajnienia m.in. załącznika nr 2 do JEDZ, a następnie wskutek wniesienia odwołania przez przystępującego (KIO 15/22), wycofał się z tej decyzji i w dniu 17.01.2022r. uwzględnił odwołanie, powracając tym samym do decyzji o nieodtajnieniu załącznika nr 2 do JEDZ. Należy bowiem podkreślić, że kolejne czynności zamawiającego dotyczące całej kwestii zasadności zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa tego samego dokumentu nie mogą prowadzić do przywrócenia odwołującemu terminu na wniesienie odwołania, skoro nie skorzystał on z tej możliwości wcześniej, tj. w terminie liczonym od dnia 29.09.2021 r. Innymi słowy: skoro odwołujący nie wniósł odwołania na czynność odmowy odtajnienia załącznika nr 2 do JEDZ w dniu 29.09.2021 r., to znaczy, że tę odmowę zaakceptował i kolejne tożsame decyzje zamawiającego w tym zakresie nie skutkują możliwością wnoszenia odwołań w kolejnych nowych terminach. Jak wskazano już wyżej, termin na wniesienie odwołania liczy się od dnia powzięcia wiadomości o danej okoliczności, a taką wiadomość o obu załącznikach, w tym o odmowie odtajnienia załącznika nr 2 do JEDZ, odwołujący powziął w dniu 29.09.2021 r.

Izba nie podzieliła w tym zakresie stanowiska odwołującego, zgodnie z którym wpływ czynności zamawiającego lub wykonawców na uprawnienia wykonawców może w trakcie postępowania ulegać zmianie, wskutek czego wykonawca może w różnym czasie korzystać ze swoich uprawnień. Izba stoi na stanowisku, że tożsama czynność zamawiającego, w tym wypadku – odmowa odtajnienia tego samego dokumentu, podejmowana z różnych przyczyn kilka razy w trakcie postępowania, nie może za każdym razem rozpoczynać biegu nowego terminu na wniesienie odwołania i dawać nowe szanse na wniesienie odwołania przez wykonawców, którzy nie skorzystali z tego uprawnienia przy pierwszym powzięciu wiadomości o tej czynności. Stanowiłoby to omińnięcie norm wynikających z art. 515 ustawy Pzp i wyznaczających jednoznaczne terminy na wnoszenie odwołań. Tym samym uwzględnienie przez zamawiającego odwołania w dniu 17.01.2022 r. (w sprawie KIO 15/22), czyli ponowne podjęcie przez niego decyzji o braku podstaw do odtajnienia załącznika nr 2 do JEDZ, nie spowodowało przywrócenia odwołującemu terminu do wniesienia odwołania, którego poprzednio nie wniósł do dnia 11.10.2021 r.

W związku z powyższym Izba odrzuciła odwołanie jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie, tj. na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis od odwołania (15.000,00 zł) oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego (3.075,00 zł).

Przewodniczący