

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

| | |
|------------------------|---|
| Przewodniczący: | Katarzyna Prowadziś |
| Członkowie: | Michał Pawłowski Katarzyna Poprawa |
| Protokolant: | Adam Skowroński |

po posiedzeniach w dniach 2 i 28 grudnia 2022 oraz 1 marca i 18 kwietnia 2023 roku, oraz po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2023 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2022 roku przez odwołującego wykonawcę Asseco Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie

przy udziale:

- wykonawcy DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3061/22 po stronie Zamawiającego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3061/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów ewentualnych (zarzutów 2, 3, 4 i 5) tj.: zarzutu nr 2 – naruszenia przepisu art. 18 ust. 1, 2, 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych; zarzutu nr 3 – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych; zarzutu nr 4 – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w związku z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych; zarzutu nr 5 – naruszenia art. 223 ust. 1 w związku z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z wycofaniem zarzutów.

2. Uwzględni odwołanie.

Stwierdza, na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych naruszenie przez Zamawiającego zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. zasady jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), zasady zachowania uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych) oraz zasady przejrzystości (art. 16 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych) przez dokonanie i zakończenie czynności badania i oceny ofert w sytuacji, gdy nie dokonał Zamawiający czynności mogącej mieć wpływ na wynik postępowania tj. odtajnienia i udostępnienia dokumentów DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie złożonych wraz z ofertą.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Asseco Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od Zamawiającego - Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie na rzecz Z Asseco Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZiK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus”; numer referencyjny: DPiZP.2610.19.2021 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 listopada 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 232-61145.

W dniu 18 listopada 2022 roku wykonawca Asseco Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie działając na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm. - dalej: „ustawa”) wniósł odwołanie wobec

1. niezgodnej z przepisami Ustawy czynności oceny i badania ofert,
2. niezgodnej z przepisami Ustawy oraz SWZ czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj.: DXC Technology Polska Sp. z o.o. (dalej: „DXC”),
3. zaniechania wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej KIO 1936/22, KIO 1962/22 nakazującego m.in. udostępnienie oferty DXC w całości,
4. utajnienia i zaniechania udostępnienia w całości pism Zamawiającego z 15 lipca 2022 roku i 19 sierpnia 2022 roku kierowanych do DXC,
5. zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. (dalej: „Comarch”),
6. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez DXC oraz oferty złożonej przez Comarch,
7. zaniechanie wystąpienia do Comarch z wezwaniem o wyjaśnienia w zakresie wykazu osób.

Zarzucając Zamawiającemu:

Zarzut 1.

Naruszenie art. 239 ust. 1 w związku z art. 18 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 16 PZP poprzez ogłoszenie dokonania i zakończenia czynności oceny i badania ofert, pomimo iż czynność ta wciąż jest w toku – gdyż Zamawiający nie zakończył czynności badania i oceny oferty DXC w zakresie dokumentów złożonych wraz z ofertą.

Zarzuty EWENTUALNE – na wypadek nieuwzględnienia Zarzutu 1:

Zarzut 2. Naruszenie przepisu art. 18 ust. 1 – 3 Ustawy PZP w związku z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 Ustawy PZP poprzez utajnienie i zaniechanie udostępnienia Odwołującemu w całości pism Zamawiającego z 15 lipca 2022 roku i 19 sierpnia 2022 roku kierowanych do DXC, pomimo iż informacje zawarte w tych wezwaniach nie zostały skutecznie zastrzeżone przez DXC i/lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut 3. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 8 Ustawy PZP w związku z art. 224 ust. 6 Ustawy poprzez:

a) nieprawidłową ocenę złożonych przez wykonawcę DXC wyjaśnień, podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;

b) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DXC, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca DXC nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 ust. 1 – 3 Ustawy;

c) niezasadne powtórne wezwanie wykonawcy DXC do złożenia wyjaśnień, pomimo iż wykonawca DXC w odpowiedzi na pierwsze wezwanie nie przedstawił wyjaśnień i dowodów zgodnie z wezwaniem Zamawiającego.

Zarzut 4. Naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 Ustawy w związku z art. 16 – poprzez zaniechanie wykluczenia Comarch i zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, pomimo że wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, w zakresie doświadczenia:

a) Administratora OpenShift;

b) Analityka GIS;

c) Architekta rozwiązań ESB, JEE, BPM, mikrousługowych;

d) Architekta rozwiązań GIS;

i/lub przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Zarzut 5. Naruszenie art. 223 ust. 1 Ustawy PZP w związku z art. 16 Ustawy PZP, poprzez zaniechanie wezwania Comarch do złożenia wyjaśnień w zakresie Wykazu osób.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
2. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
4. Odrzucenie oferty DXC;
5. Wykluczenie wykonawcy Comarch;

6. Odrzucenie oferty Comarch,

7. Wystąpienie do Comarch z wezwaniem o wyjaśnienia w zakresie wykazu osób.

W tym miejscu należy odnotować, że **pismem z dnia 23 lutego 2023 roku** - „Pismo procesowe Asseco Poland S.A.” Odwołujący złożył oświadczenie:

W pierwszej kolejności Asseco wskazuje, że:

a. podtrzymuje odwołanie w zakresie Zarzutu 1

b. wnosi o uwzględnienie odwołania w zakresie Zarzutu 1 i stwierdzenie naruszenia art. 239 ust. 1 PZP w związku z art. 18 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 16 PZP poprzez ogłoszenie dokonania i zakończenia czynności oceny i badania ofert, pomimo iż czynność ta wciąż jest w toku – gdyż Zamawiający nie zakończył czynności badania i oceny oferty DXC w zakresie dokumentów złożonych wraz z ofertą.

Odwołujący podał, że w dniu 8 listopada 2022 roku został poinformowany o wyborze oferty DXC jako oferty najkorzystniejszej, a zatem niniejsze odwołanie wniesione jest z zachowaniem 10-dniowego terminu przewidzianego w Ustawie.

Odwołujący podał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu ustawy oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu ustawy i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku bezprawnych czynności i zaniechań Zamawiającego wskazanych powyżej, oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo iż oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Stan faktyczny:

W dniu 15 czerwca 2022 roku upłynął termin składania ofert – złożono 3 oferty: a. Asseco Poland S.A. (dalej „**Odwołujący**” lub „**Asseco**”), b. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. (dalej „**Comarch**”), c. DXC Technology Polska Sp. z o.o. (dalej „**DXC**”) z następującymi cenami:

W tym miejscu w odwołaniu tabela

Budżet Zamawiającego na realizację zamówienia podstawowego wynosi 121 583 083,90 zł brutto, w tym 85 239 899,20 zł brutto na Usługę Rozwoju (Modyfikacji), co stanowi 70% budżetu. Z kolei szacunkowa wartość zamówienia, zgodnie z protokołem postępowania, to:

W tym miejscu w odwołaniu tabela

W dniu 17 czerwca 2022 roku Odwołujący wystąpił o udostępnienie ofert wraz z

załącznikami. W dniu 21 czerwca 2022 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu następujące dokumenty:

a. Protokół ZP-PN

b. Część jawna oferty COMARCH Polska S.A. Comarch S.A.:

- 1) 15.1. 1. Formularz ofertowy Comarch Polska S.A. Comarch S.A.
 - 2) 15.2. 2. Wadium- DPiZP.2610.19.2021
 - 3) 15.3. 3. Wadium Aneks nr 1 - DPiZP.2610.19.2021
 - 4) 15.4. 4. Ustanowienie pełnomocnika Comarch Polska S.A. Comarch S.A.
 - 5) 15.5. 5. Pełnomocnictwo osobowe Comarch Polska S.A.
 - 6) 15.6. 6. Pełnomocnictwo Comarch S.A.
 - 7) 15.7. 7. Pełnomocnictwo Comarch Polska S.A.
 - 8) 15.8. 8. Odpis KRS Comarch Polska
 - 9) 15.9. 9. Odpis KRS Comarch S.A.
 - 10) 15.10. 10. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) Comarch Polska S.A.
 - 11) 15.11. 11. Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) Comarch S.A.
 - 12) 15.12. 12. Oświadczenie o podziale obowiązków w trakcie realizacji zamówienia, sporządzone zgodnie z treścią zał. 4 do SWZ
 - 13) 15.13. 13. Oświadczenie o potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia - art. 7 ustawy o szczególnych rozwiązaniach, sporządzone zgodnie z treścią zał. 2A do SWZ Comarch Polska S.A.
 - 14) 15.14. 13.a. Oświadczenie o potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia - art. 7 ustawy o szczególnych rozwiązaniach, sporządzone zgodnie z treścią zał. 2A do SWZ Comarch S.A.
 - 15) 15.15. 14. Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia zgodny z załącznikiem 6 B do SWZ – Część Jawna
 - 16) 15.17. 16. Uzasadnienie zastrzeżenia TP Comarch Polska S.A. i Comarch S.A. dotyczące zastrzeżonej części wykazu osób - Część jawna
- c. Część jawna oferty DXC Technology Polska Sp. z o.o.:
- 1) Formularz ofertowy
 - 2) 15.1. KRS – DXC Technology Polska Sp. z o.o.
 - 3) 15.2. Dowód wniesienia wadium (gwarancja bankowa)
 - 4) 15.3. JEDZ DXC Technology Polska Sp. z o.o. – część jawna
 - 5) 15.4. Oświadczenie DXC Technology Polska Sp. z o.o. o braku podstaw do wykluczenia – zgodnie z Załącznikiem nr 2A do SWZ

Odwołujący podał, że jak wynika z powyższego DXC – poza formularzem ofertowym – utajnił

de facto wszystkie istotne elementy swojej oferty, tj. w całości utajnił następujące dokumenty:

- a. Wykaz osób – Załącznik 15.15. Wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego;
- b. Dokumenty dotyczące podmiotów używających:
 - 1) Załącznik 15.7. Wyciąg z rejestru handlowego Podmiot używający 1;
 - 2) Załącznik 15.8. Wyciąg z rejestru handlowego Podmiot używający 2;
 - 3) Załącznik 15.9. Wyciąg z rejestru handlowego Podmiot używający 2.1;
 - 4) Załącznik 15.10. Zobowiązanie Podmiotu używającego zasoby 1;
 - 5) Załącznik 15.11. Zobowiązanie Podmiotu używającego zasoby 2;
 - 6) Załącznik 15.12. JEDZ DXC Technology Polska Sp. z o.o. _cz. Tajna;
 - 7) Załącznik 15.13. JEDZ Podmiot używający 2;
 - 8) Załącznik 15.14. JEDZ Podmiot używający 1;
 - 9) Załącznik 15.16 Oświadczenie Podmiotu używającego 2;
 - 10) Załącznik 15.17. Oświadczenie Podmiotu używającego 1;

Każdy z wykonawców zastrzegł pewną część informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W tym miejscu w odwołaniu tabela

W dniu 15 lipca 2022 roku Zamawiający poinformował, że zakończył „czynności związane z badaniem i oceną spełniania ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa”. Zamawiający uznał za prawidłowy zakres zastrzeżenia dokonany przez Asseco i Comarch, a w odniesieniu do DXC odtajnił część uzasadnienia zastrzeżenia jawności oferty.

W dniu 25 lipca 2022 roku Asseco i Comarch wnieśli odwołania na czynność Zamawiającego z 15 lipca 2022 roku, domagając się co do zasady odtajnienia całości dokumentów złożonych przez DXC, a ponadto: a. Asseco wносиło o odtajnienie dokumentów Comarch związanych z samooczyszczeniem, b. Comarch wносиł o odtajnienie tajnej części Wykazu osób oraz uzasadnienia złożonych przez Asseco. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem KIO 1936/22 i KIO 1962/22 uwzględniła oba odwołania w całości. Na w/w wyrok wniesione zostały skargi: a. XXIII Zs 129/22 – przez DXC, który domaga się oddalenia obu odwołań; b. XXIII Zs 138/22 – przez Asseco, które domaga się oddalenia odwołania Comarch w zakresie Wykazu osób – jako podstawę faktyczną wskazując naruszenie prawa podmiotowego oraz art. 16 ustawy, gdyż Comarch tożsame informacje zastrzegł w swojej ofercie. Zamawiający nie wniósł skargi ani też nie złożył odpowiedzi na skargi. W dniu 10 listopada 2022 roku odbyła się rozprawa w Sądzie Okręgowym w Warszawie – ogłoszenie wyroku zostało odroczone do dnia 30 listopada 2022 roku.

Comarch nie wniósł skargi wobec wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 1936/22 nakazującego odtajnienie uzasadnienia dla zastrzeżenia samooczyszczenia, stąd też Asseco w dniu 21 września 2022 roku wezwało Zamawiającego do wykonania wyroku w części prawomocnej i udostępnienia tego uzasadnienia. 6 października 2022 roku Zamawiający wykonał wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1936/22 w części i przekazał Asseco odtajnienie uzasadnienia dla zastrzeżenia samooczyszczenia. Po zapoznaniu się z w/w uzasadnieniem w dniu 17 października 2022 roku Asseco wniosło odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2730/22 z żądaniem udostępnienia dokumentów samooczyszczenia złożonych przez Comarch. Zamawiający w dniu 26 października 2022 roku uwzględnił odwołanie w całości. Wobec uwzględnienia odwołania nie wniesiono sprzeciwu, a Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 27 października 2022 roku umorzyła postępowanie odwoławcze.

W dniu 8 listopada 2022 roku Zamawiający udostępnił dokumenty samooczyszczenia złożone przez Comarch. W dniu 8 listopada 2022 roku Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej. Ponadto także w dniu 8 listopada 2022 roku Zamawiający poinformował, że odtajnił w całości następujące dokumenty złożone przez DXC w toku postępowania o udzielenie zamówienia:

- a. Pismo z 1 sierpnia 2022 r. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” wraz z załącznikami;
- b. Pismo z 26 września 2022 r. „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa” wraz z załącznikami oraz wszystkie podmiotowe środki dowodowe, wykaz osób i wykaz usług;
- c. Pismo z 18 października 2022 r. wraz z załącznikami nr 1 – 13 stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z 6 października 2022 r.;
- d. Pismo z 1 sierpnia 2022 r. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny” wraz z dowodami 1 – 156;
- e. Pismo z 26 sierpnia 2022 r. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” wraz z dowodem 1.

Zamawiający wskazał, że w/w dokumenty udostępni po upływie terminu na wniesienie odwołania na czynność odtajnienia.

Odwołujący niezwłocznie, jeszcze w dniu 8 listopada 2022 roku o godzinie 15:23 zwrócił się o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami. Następnie w dniu 10 listopada 2022 roku Odwołujący ponowił wniosek. Do końca dnia 14 listopada 2022 roku załączniki do protokołu nie zostały udostępnione, co skutkowało tym, że upłynęło 6 dni z 10-dniowego terminu na wniesienie odwołania, a Odwołujący nie otrzymał ani jednego dokumentu składającego się na dokumentację postępowania. Wobec powyższego w dniu 15 listopada 2022 roku Odwołujący wystosował pismo „Wezwanie do natychmiastowego udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami”. Dopiero w odpowiedzi na to pismo

Zamawiający w dniu 15 listopada 2022 roku o godzinie 13:38 udostępnił dokumentację postępowania. Wskutek powyższego Odwołującemu pozostało zaledwie 3 dni na przygotowanie odwołania. Kwestia ta powinna być podkreślana i powinna być brana pod uwagę przez Izbę, gdyż ma to oczywisty wpływ na jakość argumentacji odwołania – trudno bowiem przygotować profesjonalne odwołanie w zaledwie 3 dni.

Zarzut 1 – naruszenie art. 239 ust. 1 w związku z art. 18 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 16 PZP poprzez ogłoszenie dokonania i zakończenia czynności oceny i badania ofert, pomimo iż czynność ta wciąż jest w toku – gdyż Zamawiający nie zakończył czynności badania i oceny oferty DXC w zakresie dokumentów złożonych wraz z ofertą.

Odwołujący podkreślił, że na dzień wniesienia odwołania nie zostały udostępnione wykonawcom żadne dokumenty z oferty DXC poza formularzem ofertowym, wadium, KRS DXC i części JEDZ. W obrocie prawnym istnieje wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1936/22 i KIO 1962/22, który nakazuje Zamawiającemu odtajnienie całości dokumentów złożonych przez DXC wraz z ofertą. Zamawiający ani nie wykonał wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 1936/22 i KIO 1962/22, ani też nie wniósł skargi na ten wyrok. Tym samym mamy do czynienia z sytuacją, w której Zamawiający po prostu ignoruje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, nie wykonuje tego wyroku i – co najważniejsze – dokonuje czynności oceny oferty DXC z pominięciem prawomocnego wyroku Izby. Zrozumiałe byłoby, gdyby Zamawiający czekał na wyrok Sądu Zamówień Publicznych odnośnie wniesionych skarg i nie dokonywał czynności oceny ofert. Wtedy nie można by Zamawiającemu postawić zarzutu naruszenia prawa, czy też ignorowania wyroków Krajowej Izby Odwoławczej. Jednak Zamawiający zdecydował się na dokonanie czynności oceny ofert bez uprzedniego wykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. A takie zaniechanie czyni czynność oceny ofert po prostu wadliwą.

Zgodnie z Prawem zamówień publicznych po wyborze oferty najkorzystniejszej jedyną czynnością, jaką Zamawiający może podjąć w postępowaniu – jest zawarcie umowy, udzielenie zamówienia. Powstaje zatem pytanie – co uczyni Zamawiający, jeśli w dniu 30 listopada 2022 roku Sąd Okręgowy w Warszawie oddali skargę wniesioną przez DXC? Czy wtedy unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej? Bo przecież nie będzie mógł odtajnić dokumentów złożonych przez DXC wraz z ofertą - nie będzie mógł tego dokonać, bo po wyborze oferty najkorzystniejszej nie wolno mu dokonać żadnej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tak wyraźnie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 czerwca 2022 roku, KIO 1347/22.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający zapewne nie zauważył, że jednym z elementów czynności badania i oceny ofert jest podjęcie przez Zamawiającego decyzji o udostępnieniu dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę (przykładowo wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 12 czerwca 2013 roku, sygn. akt KIO 1297/13, czy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2013 roku, sygn. akt KIO 938/13). Nie jest bowiem możliwe ocenianie zasadności zastrzeżenia jawności części dokumentacji postępowania w oderwaniu od czynności badania i oceny ofert. W wyroku z dnia 27 października 2017 roku, sygn. akt KIO 2108/17 Krajowa Izba Odwoławcza wyraźnie stwierdziła, że badanie i ocena ofert to czynności poprzedzające wybór oferty najkorzystniejszej i obejmuje ona także ocenę zasadności i skuteczności zastrzeżeń jawności.

Odwołujący podał, że na dzień 8 listopada 2022 roku Zamawiający nie wykonał wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, która nakazała odtajnić dokumenty DXC dołączone do oferty. Tym samym – Zamawiający nie podjął decyzji o udostępnieniu dokumentów zastrzeżonych przez DXC, pomimo iż wyrok Izby wyraźnie mu to nakazywał. Fakt wniesienia skargi na przedmiotowy wyrok przez DXC nie uchyła wykonalności wyroku Izby. Dopiero ewentualny wyrok Sądu Zamówień Publicznych może ten wyrok zmienić. Jednak do dnia wydania takiego wyroku – Zamawiający miał do wyboru tylko jedną z 2 opcji:

- a) mógł wykonać wyrok Izby, zakończyć czynność oceny ofert i wybrać (jeśli tak uważał za słuszne) ofertę DXC jako najkorzystniejszą; lub
- b) mógł nie wykonywać wyroku Izby, czekać na rozstrzygnięcie skargi DXC i zakończyć czynność oceny ofert po tym wyroku.

Odwołujący stwierdził: tertium non datur. Trzeciego wyjścia zgodnego z prawem Zamawiający nie miał. ARiMR wybrał co prawda trzecie wyjście – lecz jest to działanie bezprawne, rażąco naruszające podstawowe zasady Prawa zamówień publicznych i prowadzące do tego, że Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa świadomie i celowo dokonała wyboru oferty DXC przy zaniechaniu wykonania wykonalnego wyroku Izby.

Odwołujący podkreślił, że w przypadku Asseco i Comarch – jawne są wszystkie dokumenty, oprócz części wykazu osób składanego w zakresie kryterium oceny ofert. Tym samym mamy do czynienia z sytuacją kuriozalną – a mianowicie w zakresie oferty wybranej jako najkorzystniejsza nie jest możliwa jakakolwiek weryfikacja tej oferty, nie jest możliwe podnoszenie zarzutów – gdyż bez dostępu do treści dokumentów DXC nie jest możliwe zbudowanie podstawy faktycznej zarzutu. Tym samym nasuwa się wniosek, że działanie Zamawiającego jest celowe – świadomie dokonał on czynności oceny ofert przed ogłoszeniem wyroku przez Sąd Zamówień Publicznych. Zrobił to właśnie po to, aby chronić wykonawcę DXC. Pomimo zasady jawności postępowania – Zamawiający w praktyce przyzwala na naruszenie zasady jawności przez DXC i tak prowadzi postępowanie, aby w praktyce uniemożliwić konkurentom zapoznanie się z ofertą DXC. Tylko tak bowiem

można zakwalifikować dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej za ledwie na 2 dni przed rozprawą w Sądzie Zamówień Publicznych. Zdaniem Odwołującego taka koincydencja terminów miała na celu stworzenie powyższego stanu faktycznego – tj. takiej sytuacji, w której nie jest możliwym budowanie podstawy faktycznej zarzutu na podstawie innego dokumentu niż formularz ofertowy. Skoro Zamawiający nie wniósł skargi na wyrok w sprawie sygn. akt KIO 1936/22 i KIO 1962/22, to w sposób domniemany uznał ten wyrok za prawidłowy. Tym samym nie powinien sam tworzyć sytuacji, w której ocena oferty najkorzystniejszej ma miejsce przed wykonaniem wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 1936/22 i KIO 1962/22 i udostępnieniem dokumentów DXC bezprawnie zastrzeżonych.

Taka sama sytuacja zachodzi w przypadku dokumentów składanych przez DXC w toku postępowania, co do których Zamawiający uznał, że DXC nieskutecznie zastrzegło całą ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W dniu upływu terminu na wniesienie odwołania na czynność wyboru DXC dokumenty te nadal są tajne i Asseco nie uzyska do nich wglądu. A przecież nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający zachował się tak samo, jak w przypadku oceny skuteczności zastrzeżenia dokumentów złożonych wraz ofertą – dokona tej oceny wcześniej, tak, aby możliwe było zapoznanie się z dokumentami przed upływem terminu na wniesienie odwołania.

Odwołujący podał, że wyprzedzając argumentację Zamawiającego i DXC, że Zamawiający nie naruszył żadnego przepisu Prawa zamówień publicznych, Odwołujący wskazuje, że oprócz oczywistego faktu ignorowania przez Zamawiającego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, naruszone zostały przez Zamawiającego także zasady Prawa zamówień publicznych wskazane w art. 16 ustawy. Zamawiający naruszył zarówno zasadę przejrzystości, jak i zasadę prowadzenia postępowania z zapewnieniem zachowania uczciwej konkurencji. Powyższa sekwencja czynności Zamawiającego sugeruje, że Zamawiający czyni wszystko, aby uniemożliwić wykonawcom podnoszenie zarzutów wobec DXC. Nie jest zrozumiałe, dlaczego Zamawiający w tak oczywisty sposób preferuje tego wykonawcę.

ZARZUT EWENTUALNY:

Zarzut 2 – naruszenia przepisu art. 18 ust. 1 – 3 Ustawy PZP w związku z art. 11 ust. 4 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 Ustawy PZP poprzez utajnienie i zaniechanie udostępnienia Odwołującemu w całości pism Zamawiającego z dnia 15.07.2022r. i 19.08.2022r. kierowanych do DXC, pomimo iż informacje zawarte w tych wezwaniach nie zostały skutecznie zastrzeżone przez DXC i/lub nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

(...)

ZARZUT EWENTUALNY: Zarzut 3 – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 8 Ustawy PZP w związku

z art. 224 ust. 6 Ustawy poprzez:

a) nieprawidłową ocenę złożonych przez wykonawcę DXC wyjaśnień (dalej „Wyjaśnienia RNC”), podczas gdy z treści złożonych wyjaśnień wynika, że oferta zawiera cenę rażąco niską;

b) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DXC, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś wykonawca DXC nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 ust. 1 – 3 Ustawy;

c) niezasadne powtórne wezwanie wykonawcy DXC do złożenia wyjaśnień, pomimo iż wykonawca DXC w odpowiedzi na pierwsze wezwanie nie przedstawił wyjaśnień i dowodów zgodnie z wezwaniem Zamawiającego.

(...)

ZARZUT EWENTUALNY – Zarzut 4: Naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy PZP w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 Ustawy PZP w związku z art. 16 PZP – poprzez zaniechanie wykluczenia Comarch i zaniechanie odrzucenia oferty Comarch, pomimo że wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, w zakresie doświadczenia:

- a) Administratora OpenShift;
- b) Analityka GIS;
- c) Architekta rozwiązań ESB, JEE, BPM, mikrousługowych;
- d) Architekta rozwiązań GIS;

i/lub przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego

(...)

ZARZUT EWENTUALNY: Zarzut 5. Naruszenie art. 223 ust. 1 Ustawy PZP w związku z art. 16 Ustawy PZP, tj. zaniechanie wezwania Comarch do złożenia wyjaśnień w zakresie Wykazu osób

(...)

Wszystkie zarzuty ewentualne tj. zarzut 2, 3, 4 i 5 zostały wycofane przez Odwołującego pismem z dnia 16 grudnia 2022 roku, w którym oświadczył: (...)

Odwołujący ogranicza żądania odwołania wniesionego w dniu 18 listopada 2022 r. w ten sposób, że:

- 1. Odwołujący wycofuje zarzuty podniesione w odwołaniu w punktach 2,3,4,5;*
- 2. Odwołujący podtrzymuje zarzut główny wskazany w punkcie 1 odwołania: Zarzut 1. Naruszenie art. 239 ust. 1 w związku z art. 18 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 16 PZP poprzez ogłoszenie dokonania i zakończenia czynności oceny i badania ofert, pomimo iż czynność ta wciąż jest w toku – gdyż Zamawiający nie zakończył czynności badania i oceny oferty DXC*

w zakresie dokumentów złożonych wraz z ofertą.

Pismem z dnia 23 lutego 2023 roku - „Pismo procesowe Asseco Poland S.A.” Odwołujący złożył oświadczenie:

W pierwszej kolejności Asseco wskazuje, że:

a. podtrzymuje odwołanie w zakresie Zarzutu 1

b. wnosi o uwzględnienie odwołania w zakresie Zarzutu 1 i stwierdzenie

naruszenia art. 239 ust. 1 PZP w związku z art. 18 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 16 PZP poprzez ogłoszenie dokonania i zakończenia czynności oceny i badania ofert, pomimo iż czynność ta wciąż jest w toku – gdyż Zamawiający nie zakończył czynności badania i oceny oferty DXC w zakresie dokumentów złożonych wraz z ofertą.

Po przeprowadzeniu posiedzeń i rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2022 roku od czynności Zamawiającego z dnia 8 listopada 2023 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez Strony postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie. Izba zaznacza w tym miejscu, że w zakresie rozpoznania przedmiotowej sprawy odwoławczej terminy kolejnych posiedzeń były odraczane odpowiednio na wniosek stron postępowania odwoławczego oraz/lub uczestników postępowania odwoławczego.

Do akt sprawy odwoławczej wpłynęły następujące pisma merytoryczne:

- 1) pismo wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (dalej: „wykonawcy Comarch”) z dnia 30 listopada 2023 roku „*Pismo przystępującego Konsorcjum Comarch do odwołania Asseco Poland S.A*”
- 2) pismo Zamawiającego z dnia 2 grudnia 2022 roku „*Odpowiedź na odwołanie*” – w piśmie tym Zamawiający wniósł o:
 - *zawieszenie postępowania odwoławczego w połączonych sprawach i wystąpienie do TSUE z zapytaniami prejudycjalnymi wskazanymi w treści niniejszego pisma.*
 - *oddalenie Odwołań Asseco Poland S.A (KIO 3061/22).*
- 3) pismo Odwołującego z dnia 16 grudnia 2022 roku „*Pismo procesowe Asseco Poland S.A.*” – w piśmie tym wykonawca Asseco złożył następujące oświadczenie:

Działając w imieniu Asseco Poland S.A. (dalej: „Odwołujący”), w związku z zawarciem w dniu 29 listopada 2022 roku umowy o realizację zamówienia publicznego pomiędzy Zamawiającym a DXC Technology Polska Sp. z o. o w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZiK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus, Odwołujący ogranicza żądania odwołania wniesionego w dniu 18 listopada 2022 r. w ten sposób, że:

 1. *Odwołujący wycofuje zarzuty podniesione w odwołaniu w punktach 2,3,4,5;*
 2. *Odwołujący podtrzymuje zarzut główny wskazany w punkcie 1 odwołania:*

Zarzut 1. Naruszenie art. 239 ust. 1 w związku z art. 18 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 16 PZP poprzez ogłoszenie dokonania i zakończenia czynności oceny i badania ofert, pomimo iż czynność ta wciąż jest w toku – gdyż Zamawiający nie zakończył czynności badania i oceny oferty DXC w zakresie dokumentów złożonych wraz z ofertą.
- 4) Pismo DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie z dnia 23 lutego 2023 roku
- 5) pismo Odwołującego z dnia 23 lutego 2023 roku - „*Pismo procesowe Asseco Poland S.A.*” w którym Odwołujący złożył oświadczenie:

W pierwszej kolejności Asseco wskazuje, że:

 - a. *podtrzymuje odwołanie w zakresie Zarzutu 1*
 - b. *wnosi o uwzględnienie odwołania w zakresie Zarzutu 1 i stwierdzenie naruszenia art. 239 ust. 1 PZP w związku z art. 18 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 16 PZP poprzez ogłoszenie dokonania i zakończenia czynności oceny i badania ofert, pomimo iż czynność ta wciąż jest w toku – gdyż Zamawiający nie zakończył czynności badania i oceny oferty DXC w zakresie dokumentów złożonych wraz z ofertą.*

- 6) Pismo Odwołującego z dnia 28 lutego 2023 roku – „Pismo procesowe Asseco Poland S.A. w związku z pismem DXC Technology Polska sp. z o.o. z 23.02.2023r.”
- 7) Pismo DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie z dnia 28 lutego 2023 roku,
- 8) Pismo procesowe Odwołującego z dnia 13 kwietnia 2023 roku – „Pismo procesowe Asseco Poland S.A.”,
- 9) Pismo DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie z dnia 17 kwietnia 2023 roku,
- 10) Pismo Zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2023 roku – „Odpowiedź na pismo procesowe Asseco z dnia 13 kwietnia 2023 r. (dalej: „Pismo Asseco”)co do jego części pt. „Stan faktyczny realizacji umowy (...)””.

Izba ustaliła, że w ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Zakup usługi utrzymania i rozwoju aplikacji ZSZiK, IACS plus, GIS, SIZ, PZSiP plus, PA, eWniosekplus, eWoP oraz IRZplus”* Krajowa Izba Odwoławcza w dniu 16 sierpnia 2022 rok wydała wyrok w sprawach o sygn. akt KIO 1936/22 i KIO 1962/22. Zgodnie z ww. wyrokiem Izba nakazała:

(...) uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1936/ 22 i nakazuje zamawiającemu: Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie odtajnienie i udostępnienie złożonych przez wykonawcę: DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie, Comarch S.A. z siedzibą w Krakowie, uzasadnień zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z załącznikami;

uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1962/ 22 i nakazuje zamawiającemu: Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie odtajnienie i udostępnienie:

- złożonych przez wykonawcę: DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie następujących informacji i dokumentów: (1) Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami; (2) Załączników do oferty od numeru 15.7 do numeru 15.17 (wyciągi z rejestru handlowego dla podmiotów używających zasoby, zobowiązania podmiotów używających zasoby, JEDZ DXC Technology Polska sp. z o. o. cz. Tajna, JEDZ podmiotów używających zasoby, wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, oświadczenia podmiotów używających zasoby);

- złożonych przez wykonawcę: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie następujących informacji i dokumentów: (1) Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami; (2) Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia” (zał. 15.2. do oferty) w zakresie danych, które zostały przez tego wykonawcę objęte tajemnicą przedsiębiorstwa (w tym: imion i nazwisk osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego zawartych w wykazie, numerów certyfikatów oraz dat ważności certyfikatów wskazanych w wykazie, projektów realizowanych na rzecz instytucji komercyjnych, okresu udziału w projektach komercyjnych podmiotu/ podmiotów na rzecz których zrealizowano projekty komercyjne);

Wyrokiem z dnia 15 lutego 2023 roku Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych wydał wyrok w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 129/22, oddalając skargę wykonawcy DXC Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

W sprawie o sygn. akt XXIII Zs 138/22 zawisłej ze skargi Asseco na ww. orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wydane zostało postanowienie z uwagi na wycofanie skargi.

Izba ustaliła, że **pismem z dnia 8 listopada 2023 roku Zamawiający** przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. wykonawcy DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Jednocześnie w treści pisma z dnia 8 listopada 2022 roku skierowanego do Odwołującego oraz w piśmie skierowanym do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Comarch Polska spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie (pełnomocnik) oraz Comarch spółka akcyjna z siedzibą w Krakowie Zamawiający podał również:

Zamawiający informuje o zakończeniu czynności związanych z badaniem i oceną spełniania ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w dokumentach i wyjaśnieniach składanych w trakcie postępowania przez Wykonawcę DXC Technology Polska Sp. z o.o.

1. *Pismo z dn. 1 sierpnia 2022 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień” wraz z załącznikami (dowodami).*

Zamawiający uznaje wszystkie informacje zawarte w ww. dokumentach za jawne.

2. *Pismo z dn. 26 września 2022 r. pn. „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa” wraz z załącznikami (dowodami) oraz wszystkie złożone podmiotowe środki dowodowe*

podmiotów udostępniających zasoby, wykaz osób i wykaz usług wraz z referencjami na warunek Udziału w postępowaniu.

Zamawiający uznaje wszystkie informacje zawarte w ww. dokumentach za jawne.

- 3. Pismo z dn. 18 października 2022 r. wraz z załącznikami od nr I do nr 13 stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 06 października 2022 r., znak: ZP.280.DPiZP.2610.19.2021 .BS.*

Zamawiający uznaje wszystkie informacje zawarte w ww. dokumentach za jawne.

- 4. Pismo z dn. 1 sierpnia 2022 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny” wraz z dowodami od nr I do nr 156.*

Zamawiający uznaje wszystkie informacje zawarte w ww. dokumentach za jawne.

- 5. Pismo z dn. 26 sierpnia 2022 r. pn. „Odpowiedź na wezwanie do wyjaśnień” wraz z dowodem nr I .*

Zamawiający uznaje wszystkie informacje zawarte w ww. dokumentach za jawne.

Zamawiający nadmienia, że wszystkie informacje uznane przez Zamawiającego za niestanowiące tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy będą podlegały udostępnieniu innym podmiotom po upływie terminu na wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od wskazanej czynności Zamawiającego.

W piśmie z tej samej daty tj. dnia 8 listopada 2022 roku skierowanym do wykonawcy DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie Zamawiający przedstawił również stanowisko co do zakończonych czynności związanych z badaniem i oceną spełniania ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w dokumentach i wyjaśnieniach składanych w trakcie postępowania przez wykonawcę DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie – pismo to, zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego (opis pliku) stanowi Tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła, co zgodne jest również z oświadczeniami Stron, że dokumenty DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wskazane w piśmie z dnia 8 listopada 2022 roku skierowanym do wykonawców nie zostały udostępnione przez Zamawiającego żadnemu wykonawcy.

Izba ustaliła również, co zgodne jest również z oświadczeniami Stron, że dokumenty objęte wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 sierpnia 2022 rok

o sygn. akt KIO 1936/22 i KIO 1962/22 oraz wyrokiem z dnia 15 lutego 2023 roku Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 129/22 nie zostały udostępnione przez Zamawiającego żadnemu wykonawcy.

Izba stwierdziła z urzędu, co zakomunikowała Stronom postępowania oraz uczestnikom postępowania odwoławczego w trakcie posiedzenia z ich udziałem w dniu 2 grudnia 2022 roku, że **w dniu 25 listopada 2022 roku, z wniosku Zamawiającego, zostało wydane przez Izbę postanowienie sygn. akt KIO/W 38/22 w przedmiocie uchylenia zakazu zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne.**

W trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 2 grudnia 2022 roku Zamawiający oświadczył do protokołu, że **w dniu 29 listopada 2022 roku zawarł umowę z wykonawcą DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, co stanowiło podstawę odroczenia posiedzenia.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie:

W zakresie zarzutów ewentualnych (zarzutów 2, 3, 4 i 5) tj.: zarzutu nr 2 – naruszenia przepisu art. 18 ust. 1, 2, 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w związku z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych; zarzutu nr 3 – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych; zarzutu nr 4 – naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 w związku z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych; zarzutu nr 5 – naruszenia art. 223 ust. 1 w związku z art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba wydała w tenorze wyroku **postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego** z uwagi na wycofanie zarzutów odwołania przez Odwołującego za pismem Odwołującego z dnia 16 grudnia 2022 roku „Pismo procesowe Asseco Poland S.A.”.

Wobec powyższego do rozpoznania na rozprawie skierowany został zarzut 1.

Izba zważyła:

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes

w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego ten ostatni musi wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu. Pogląd ten jest jednoznaczny i ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej od lat (tak np.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-03-29 sygn. akt KIO 752/23 - *Wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego ten ostatni musi wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu*; podobnie: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-03-20, sygn. akt KIO 596/23; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-08-18, sygn. akt KIO 2350/21; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-10-13, sygn. akt KIO 2811/21; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-08-06, sygn. akt KIO 2043/21; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-03-03, sygn. akt KIO 427/22; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2020-10-26, sygn. akt KIO 2540/20).

Ten sam pogląd funkcjonował i ugruntowany był w oparciu o przepisy, nieobowiązujące już na dzień dzisiejszy, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (art. 179 ust. 1 tejże ustawy), w oparciu o który to przepis, interes w uzyskaniu danego zamówienia badany jest na moment wniesienia odwołania (tak np.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2010-11-12, sygn. akt KIO 2345/10; Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 2014-11-28, sygn. akt V Ca 3383/14; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-08-11, sygn. akt KIO 1488/14, KIO 1548/14; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2014-06-04, sygn. akt KIO 960/14, KIO 961/14; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2015-09-16, sygn. akt KIO 1901/15, KIO 1922/15 - *Interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, badany jest na moment wniesienia odwołania.*; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2015-03-20, sygn. akt KIO 438/15; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2018-05-16, sygn. akt KIO 859/18).

W odniesieniu do przedmiotowej sprawy odwoławczej Izba dostrzega – zgodnie z regulacją art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego – że w dniu 29 listopada 2022 roku Zamawiający zawarł umowę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym zawarcie tej umowy nastąpiło po wydaniu w dniu 25 listopada 2022 roku postanowienia z wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy, który złożył Zamawiający. Wniesienie

odwołania blokuje Zamawiającemu możliwość zawarcia w postępowaniu umowy (art. 577 ustawy), tym samym zdarzeniem pierwotnym jest wniesienie odwołania. Prawodawca pozostawił Zamawiającemu możliwość złożenia wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu, a Izba może uchylić zakaz zawarcia umowy. Uchylenie zakazu zawarcia umowy w postępowaniu, a w konsekwencji zawarcie przez Zamawiającego umowy, zgodnie z obowiązującymi przepisami, nie zmienia sytuacji wykonawcy w kontekście oceny skuteczności wykazania na moment wniesienia odwołania materialnoprawnych przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy (tak też: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-01-02, sygn. akt KIO 3407/22; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2021-08-06, sygn. akt KIO 1739/21), których skuteczne wykazanie niezbędne jest dla oceny zasadności podnoszonych zarzutów merytorycznych odwołania (tak też: Wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 5 maja 2008 roku sygn. akt IX Ga 44/08; Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 17 października 2008 roku sygn. akt XII Ga 308/08; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2020-10-26 sygn. akt KIO 2193/20, KIO 2196/20, KIO 2198/20; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2021-09-21 sygn. akt 2565/21; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2022-02-25 sygn. akt 373/22; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-03-29 sygn. akt KIO 752/23).

Fakt zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie pozbawia wykonawcy „z automatu” interesu w uzyskaniu zamówienia, który badany jest na moment wniesienia odwołania, co w sposób jednoznaczny potwierdza regulacja art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy, zgodnie z którym to przepisem Izba uwzględniając odwołanie w przypadku, jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie – a takiego przypadku dotyczy przedmiotowe postępowanie odwoławcze – stwierdza naruszenie przepisów prawa. Potwierdza to w sposób jednoznaczny, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Izba bada na moment wniesienia odwołania, co jest również ugruntowane w orzecznictwie Izby.

Wymaga zaznaczenia i podkreślenia w tym miejscu, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku dokonania i zakomunikowania wykonawcom wyboru oferty najkorzystniejszej dochodzi, pomiędzy wykonawcą wybranym a Zamawiającym, do nawiązania stosunku, który w doktrynie uznawany jest za nawiązanie umowy przedwstępnej. Przy czym, co istotne z punktu widzenia zamówienia publicznego ustawodawca nie ograniczył Zamawiającemu, po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, możliwości podejmowania czynności w postępowaniu o zamówienie. Oznacza to, że Zamawiający może dokonać czynności jak np.: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej czy też, jak w rozpoznawanej sprawie, zawarcia umowy

w oparciu o uchylony zakaz zawarcia umowy. Różnica jednakże jest taka, że w przypadku czynności zawarcia umowy o zamówienie publiczne, zgodnie z art. 254 pkt 1 ustawy dochodzi do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (również w przypadku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego art. 254 pkt 2 ustawy). Zakończenie postępowania o zamówienie, w skutek zawarcia umowy w okolicznościach dopuszczonych ustawą, nie zmienia jednakże okoliczności badania przesłanek materialnoprawnych z art. 505 ustawy i ich oceny na moment wniesienia odwołania, co potwierdza w sposób jednoznaczny regulacja art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy, oraz ugruntowane orzecznictwo Izby (o czy wyżej) i doktryna w zakresie tego przedmiotu, i tak np.: w Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 roku Urzędu Zamówień Publicznych red. H. Nowak i M. Winiarz, str. 1369 - *Jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w Pzp, Izba może stwierdzić naruszenie przepisów ustawy (art. 554 ust. 3 pkt 3 Pzp)*; Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak rok 2022 (Legalis) - *W tych przypadkach Izba ogranicza się do stwierdzenia naruszenia przepisów PZP*; Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. dr hab. M. Sieradzka, rok 2022 (Legalis) - *Wyrok KIO, gdy umowa w sprawie zamówienia została zawarta w okolicznościach dopuszczalności KIO może jedynie stwierdzić naruszenie przepisów ustawy (art. 554 ust. 3 pkt 3 PrZamPubl)*.

Mając na uwadze powyższe nie sposób również uznać, że w skutek zawarcia umowy w okolicznościach dopuszczonych ustawą, zaistniały podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy, zgodnie z którym Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innych przyczyn zbędne lub niedopuszczalne. Umorzenie przez Izbę postępowania odwoławczego w przypadku rozpoznawanej sprawy odwoławczej należałoby ocenić jako działanie *contra legem*, wobec regulacji zobowiązującej Izbę, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania, do wydania wyroku stwierdzającego naruszenie przepisów ustawy.

Konkludując, Izba w przypadku poddania pod rozpoznanie odwołania, po wniesieniu którego doszło do zawarcia umowy w okolicznościach dopuszczonych ustawą, bada wykazanie przesłanek materialnoprawnych określonych w art. 505 ust. 1 ustawy na moment wniesienia odwołania. Nie zachodzi również w takich okolicznościach podstawa umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy.

Izba postanowiła nie uwzględniać wniosków o zadania pytań prejudycjalnych (wszystkich zgłoszonych pytań tj.: w piśmie Zamawiającego z 2 grudnia 2022 roku oraz pismach Odwołującego z dnia 23 i 28 lutego br. W ocenie Izby, w zakresie postępowania

odwoławczego prowadzonego przed Krajową Izbą Odwoławczą, przy uwzględnieniu powyższej argumentacji, proponowane pytania do TSUE są niezasadne.

W zakresie zarzutu (zarzut 1) odwołania:

naruszenie art. 239 ust. 1 w związku z art. 18 ust. 1 i 3 ustawy oraz art. 16 ustawy przez ogłoszenie dokonania i zakończenia czynności oceny i badania ofert, pomimo iż czynność ta wciąż jest w toku – gdyż Zamawiający nie zakończył czynności badania i oceny oferty DXC w zakresie dokumentów złożonych wraz z ofertą – **Izba zarzut uznała za zasadny.**

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- 2) przejrzysty,
- 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

- art. 18 ust. 3 ustawy - Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

- art. 239 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. z dnia 8 października 2020 r. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913) – przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem

informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Izba dopuściła postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy dowód zawnioskowany przez Odwołującego, a złożony do akt sprawy o sygn. akt KIO 3059/22 przez Zamawiającego (dowód nr 2) – artykuł prasowy „Kontrowersyjny przetarg ARiMIR”.

W zakresie rozpoznania zarzutu odwołania niezbędnym jest wskazanie, że pismem z dnia 23 lutego 2023 roku Odwołujący złożył oświadczenie, że *wnosi o uwzględnienie odwołania w zakresie Zarzutu 1 i stwierdzenie naruszenia art. 239 ust. 1 PZP w związku z art. 18 ust. 1 i 3 PZP oraz art. 16 PZP poprzez ogłoszenie dokonania i zakończenia czynności oceny i badania ofert, pomimo iż czynność ta wciąż jest w toku – gdyż Zamawiający nie zakończył czynności badania i oceny oferty DXC w zakresie dokumentów złożonych wraz z ofertą.*

Izba zaznacza w tym miejscu, że zawarcie umowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nastąpiło w dniu 29 listopada 2022 roku w wyniku uchylenia zakazu zawarcia umowy postanowieniem Izby z dnia 25 listopada 2022 roku. Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 10 ustawy odwołanie zawiera żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania. Natomiast żądanie powinno być sformułowane zgodnie z treścią art. 554 ust. 3 ustawy, który zawiera katalog rozstrzygnięć w przypadku uwzględnienia odwołania. W rozpoznawanej sprawie odwoławczej doszło do zmiany treści wniosku Odwołującego ww. pismem z dnia 23 lutego, co stanowi konsekwencję zmiany sytuacji w związku z zawarciem umowy przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania w przedmiotowej sprawie odwoławczej.

Kluczowym dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu odwołania jest ustalenie, czy możliwe jest zakończenie czynności badania i oceny ofert przez Zamawiającego w sytuacji, gdy nie zostały udostępnione przez Zamawiającego dokumenty składane wraz z ofertą przez danego wykonawcę, a które zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, co do których wydany został wyrok nakazujący ich udostępnienie.

Czynności związane z badaniem i oceną spełniania ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w dokumentach i wyjaśnieniach składanych w trakcie postępowania przez wykonawcę w ocenie Izby stanowią element czynności badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ramach czynności badania i oceny ofert podejmowanych jest / może być wiele różnych działań, tak jak np.: wezwanie

do złożenia wyjaśnień treści oferty czy też wyjaśnień w zakresie oferowanej ceny – które to są wynikiem podjętych czynności badania oferty i jednocześnie pierwszym z etapów wielowątkowej czynności, której uwieńczeniem jest zakończenie badania ofert. Niewątpliwie jednoznacznym jest dla każdego, że czynności te mają wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem brak złożenia wyjaśnień czy też gdy wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny skutkować będzie odrzuceniem oferty z postępowania. Ewentualnie, złożone wyjaśnienia, w oparciu o które Zamawiający dokonuje oceny oferty mogą stanowić podstawę do kwestionowania czynności Zamawiającego polegającej na wyborze tej oferty. Oczywistym również jest, że etap badania i oceny ofert nie kończy się na wezwaniu do złożenia wyjaśnień, do których wykonawca/ wykonawcy byli wzywani lecz trwa nadal, a jego uwieńczeniem jest dokonanie oceny złożonych wyjaśnień wraz z ofertami i wybór oferty najkorzystniejszej (ewentualnie unieważnienie postępowania).

Również w przypadku podjętych czynności przez Zamawiającego związanych z badaniem i oceną spełniania ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dokonanie samych tych czynności przez Zamawiającego, stanowi czynność w postępowaniu w zakresie badania i oceny ofert. Jednocześnie wynik tej czynności, to jest zakomunikowanie wykonawcy, który objął tajemnicą przedsiębiorstwa dane dokumenty / informacje stanowi jedynie etap w czynności badania i oceny ofert. W odniesieniu do pozostałych w postępowaniu wykonawców również zakomunikowanie przez Zamawiającego zakończenia czynności związanych z badaniem i oceną spełniania ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji także stanowi jedynie etap postępowania o udzielenie zamówienia, który może podlegać kwestionowaniu przez wykonawców. Najlepiej obrazującym tą sytuację jest przykład postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 1936/22 i 1962/22 dotyczącego tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie wykonawcy wnosili odwołania w zakresie podanej informacji dotyczącej tego, że Zamawiający zakończył czynności związane z badaniem i oceną spełniania ustawowych przesłanek warunkujących skuteczne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający miał zatem pełną świadomość tego, że kończy on pewien etap badania i oceny ofert odnoszący się do weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów złożonych wraz z ofertą.

Dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej stanowi uwieńczenie zakończenia czynności badania i oceny ofert, która w swoim zakresie zawiera również czynność badania oferty w kontekście zasadności zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów przez

wykonawców (tak np.: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2019-04-29, sygn. akt KIO 702/19). W rozpoznawanej sprawie odwoławczej Izba wyrokiem z dnia 16 sierpnia 2022 roku nakazała Zamawiającemu odtajnienie i udostępnienie dokumentów złożonych w postępowaniu przez DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: DXC). Oznacza to, że w ramach czynności badania i oceny ofert Zamawiający, wyrokiem Izby, został zobowiązany do określonego działania.

Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że udostępnienie dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa po dokonaniu weryfikacji zasadności zastrzeżenia tych informacji może / ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co jest stanowiskiem ugruntowanym w orzecznictwie i doktrynie (tak np.: Wyrok Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 2018-04-06, sygn. akt VI Ga 114/18 – (...) *naruszenie tych przepisów miało wpływ na wynik postępowania odwoławczego, albowiem doprowadziło do braku ujawnienia niewłaściwie zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji.*; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2023-01-17, sygn. akt KIO 3533/22 - *Nie można też zgodzić się z Przystępującym, iż zarzuty odwołania odnoszące się wyłącznie do tajemnicy przedsiębiorstwa nie mają wpływu na wynik postępowania - jest wręcz przeciwnie. Brak ujawnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach Przystępującego dotyczących wyliczenia ceny pozbawia Odwołującego prawa do ich weryfikacji, co (jak opisano powyżej) ma bezpośredni wpływ na jego prawo do wniesienia odwołania, które z kolei może mieć wpływ na losy oferty Przystępującego w postępowaniu, a tym samym na jego wynik (podobnie m.in. Izba w wyroku z dnia 7 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3019/20).*

W ocenie Izby Zamawiający nie był uprawniony do zakończenia czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej nie wykonując wyroku w sprawach o sygn. akt KIO 1936/22 i 1962/22. Udostępnienie dokumentów objętych ww. wyrokiem stanowi element czynności badania ofert w postępowaniu o zamówienie, który to został Zamawiającemu nakazany tym orzeczeniem. Zamawiający nie wykonując wyroku Izby nie dokonał prawidłowo, w sposób należyty i zgodny z zasadami jawności, przejrzystości i konkurencyjności czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w zasadzie w takim przypadku nie sposób mówić o prawidłowym zakończeniu czynności badania i oceny ofert w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem nie została ukończona czynność badania i oceny oferty DXC. Słusznie wskazał Odwołujący, że w okolicznościach tej sprawy, skoro Zamawiający chciał zakończyć czynność badania i oceny ofert przed ogłoszeniem wyroku przez Sąd Okręgowy, to musiał wykonać wyrok Izby co uprawniałby go jednocześnie do dokonania skutecznie wyboru oferty najkorzystniejszej w poszanowaniu prawa. Zamawiający mógł

również wstrzymać się w podejmowaniu czynności w postępowaniu i nie kończyć czynności badania oferty DXC oraz nie dokonywać czynności wyboru oferty najkorzystniejszej do czasu wydania wyroku ze skargi na orzeczenie Izby.

Izba uznała odwołanie za zasadne i działając w oparciu o art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy – zgodnie z którym Izba uwzględniając odwołanie, jeżeli umowa została zawarta w okolicznościach dopuszczonych w ustawie, może stwierdzić naruszenie przepisów ustawy – stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. zasady jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy), zasady zachowania uczciwej konkurencji (art. 16 pkt 1 ustawy) oraz zasady przejrzystości (art. 16 pkt 2 ustawy) przez dokonanie i zakończenie czynności badania i oceny ofert w sytuacji, gdy nie dokonał Zamawiający czynności mogącej mieć wpływ na wynik postępowania tj. odtajnienia i udostępnienia dokumentów DXC Technology Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie złożonych wraz z ofertą.

Nie zostało stwierdzone przez Izbę, a podnoszone w zakresie zarzutu odwołania, naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy, bowiem Odwołujący nie podnosił żadnej argumentacji dającej podstawę do oceny naruszenia ww. przepisu. Izba stwierdza, że w żadnej części odwołania nie było przedstawionej argumentacji odnoszącej się do naruszenia w działaniu Zamawiającego odnoszących się do kryteriów oceny ofert, ich zastosowania lub nie czy też stosowania kryteriów niewskazanych w SWZ. Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia faktycznego naruszenia powyższej podstawy prawnej odnoszącego się do nieprawidłowej czynności Zamawiającego w zakresie oceny ofert w ramach ukształtowanych kryteriów oceny ofert.

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt w sposób przejrzysty i konkurencyjny. Naruszenie zasad postępowania o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego, przez nieuprawnione i naruszające zasady zakończenia czynności badania i oceny ofert przy jednoczesnym niezakończeniu elementu tej czynności tj. czynności badania i oceny oferty DXC, które mogło mieć wpływ na wyniki postępowania, a które zgodnie z wyrokiem Izby z 16 sierpnia 2022 roku winien był wykonać Zamawiający chcąc dokonać skutecznego i prawidłowego zakończenia musiało, skutkować stwierdzeniem naruszenia przez Izbę zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i szczególnie określonych w zasadach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie należy podkreślić, że pominięcie przez Zamawiającego wyroku Izby, w którym nakazane zostały określone działania w zakresie czynności badania i oceny ofert, a polegające na odtajnieniu i udostępnieniu wykonawcom w postępowaniu określonych w wyroku dokumentów DXC, skutkuje wadliwością czynności Zamawiającego. Dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem wyroku Izby – niewykonaniem orzeczenia - należy ocenić bardzo krytycznie, a jednocześnie niewykonanie wyroku Izby i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej powoduje, że ta ostatnia czynność jest dokonana przez Zamawiającego w sposób wadliwy.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za bezprzedmiotowy dla rozpoznania sprawy dowód zawnioskowany przez Odwołującego. Wypowiedzi i stanowiska prasowe co do rozumienia i stosowania prawa nie stanowią argumentacji jaka miałyby poddać się ocenie w trakcie postępowania odwoławczego. Jednocześnie nie stanowią żadnego źródła wykładni przepisów prawa, są jedynie odzwierciedleniem przekonania autora danej wypowiedzi.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W przedmiotowej sprawie odwołanie, z przyczyn wskazanych powyżej, Izba działając w oparciu o art. 554 ust. 3 pkt 3 ustawy stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....