

Sygn. akt: KIO 1900/17

WYROK
z dnia 25 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk
Katarzyna Prowadzisz
Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, PROAUDIO-AVT Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Przedsiębiorstwo Specjalistyczne TEATR M. G. z siedzibą w Piasecznie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach**,

przy udziale wykonawcy **TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1900/17 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, PROAUDIO-AVT Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Przedsiębiorstwo Specjalistyczne TEATR M G. z siedzibą w Piasecznie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, PROAUDIO-AVT Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Przedsiębiorstwo Specjalistyczne TEATR M. G. z siedzibą w Piasecznie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, PROAUDIO-AVT Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Przedsiębiorstwo Specjalistyczne TEATR M. G. z siedzibą w Piasecznie** na rzecz Zamawiającego - **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach** kwotę 4 054 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, koszty dojazdu pełnomocników na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych wraz z dostawą i montażem systemów prezentacji treści w ramach inwestycji pn. „Budowa nowoczesnej hali widowiskowo – sportowej PODIUM w Gliwicach”* (znak postępowania: 01/20/2017).

W dniu 11 września 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia TRIAS AVI Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, PROAUDIO-AVT Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz Przedsiębiorstwo Specjalistyczne TEATR M. G. z siedzibą w Piasecznie [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 - 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) [dalej "ustawa Pzp"] w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) [dalej "ustawa znk"], poprzez zaniechanie odtajnienia oraz udostępnienia oferty złożonej przez wykonawcę TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu;
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy znk, poprzez zaniechanie udostępnienia uzasadnienia dla zastrzeżenia poufności oferty złożonej przez wykonawcę TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu oferty złożonej przez TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia oferty złożonej przez TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu;
4. dopuszczenie dowodów z dokumentów dołączonych do odwołania na okoliczności szczegółowo wskazane w jego uzasadnieniu;
5. przyznanie Odwołującemu, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z §3 pkt 2) lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41, poz. 238) kosztów poniesionych w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w kwocie 3.600,00 zł oraz kosztów dojazdu na rozprawę, które zostaną potwierdzone poprzez przedłożenie na rozprawie stosownych rachunków.

Odwołujący wskazał, że legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył w niniejszym postępowaniu ofertę zgodną z wymaganiami Zamawiającego, zaś do dnia złożenia odwołania Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca w postępowaniu, w którym złożył ofertę ma prawo kwestionować każdą czynność i zaniechanie Zamawiającego. Przysługuje mu także prawo do wglądu i porównania złożonych w postępowaniu ofert.

Zastrzeżenie dokumentów złożonych w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa uniemożliwia Odwołującemu analizę oferty konkurencyjnej celem oceny prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny ofert. Zasadą w postępowaniu jest jego jawność, każdemu z wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu przysługuje więc prawo dokonania wglądu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne. Z tego względu Odwołującemu przysługuje prawo do złożenia odwołania w sytuacji, gdy Zamawiający nie zdecydował się na odtajnienie części oferty. Nieodtajnienie przez Zamawiającego treści oferty powoduje, że Odwołujący nie ma możliwości skorzystania z przysługującego mu prawa (dokonania wglądu do oferty wykonawcy, który złożył ofertę konkurencyjną, celem dokonania oceny prawidłowości czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie oferty wykonawcy w postępowaniu oraz wniesienia środka ochrony prawnej w przypadku, gdyby zaoferowany sprzęt nie spełniał wymagań Zamawiającego).

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że w jego ocenie oferowany w niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia nie mógł być utajniony przez TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, gdyż wszystkie dane, w tym dane o zaoferowanych urządzeniach i elementach są powszechnie dostępne na stronach ich producentów lub można w sposób legalny uzyskać o nich informacje.

Podał, że Zamawiający wyspecyfikował wszelkie niezbędne informacje i parametry pozwalające na przygotowanie oferty i wykonanie zamówienia, więc w konsekwencji nie były wymagane prace projektowe, czy jakiegokolwiek inne czynności wymagające działań twórczych po stronie Wykonawców, których rezultaty mogłyby podlegać utajnieniu.

Wykonawcy dla przygotowania oferty mieli jedynie dobrać i zaoferować sprzęt o parametrach wskazanych i wymaganych przez Zamawiającego.

W świetle powyższego Odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu właściwie nie było żadnych informacji, które mogłyby zostać utajnione przez wykonawcę, gdyż sama umiejętność doboru sprzętu odpowiadającego szczegółowym wymogom postawionym przez Zamawiającego nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że w obecnym brzmieniu przepisów ustawodawca jednoznacznie określił termin na zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jak również na wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tj. wykonawca zobligowany jest dokonać tego nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wynika z powyższego, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie. Tymczasem Zamawiający nie wyjaśnił Odwołującemu czy takie zastrzeżenie zostało w ogóle poczynione przez TDC Polska sp. z o.o.

Odwołujący wyraził przypuszczenie, iż w niniejszej sprawie wykonawca TDC Polska sp. z o.o. nie wykazał już na etapie składania oferty dlaczego objęte przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i dlatego też Zamawiający nie miał podstaw do wzywania go do składania jakichkolwiek wyjaśnień. Wskazał że brak wykazania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, brak uzasadnienia tej czynności obciąża wykonawcę składającego ofertę i zwalnia zarazem Zamawiającego z utrzymania określonych i wskazanych w ofercie informacji w tajemnicy.

W końcu wskazał, że zachodzi uzasadnione podejrzenie, że w zastrzeżonej części oferty znajdowały się informacje mogące stanowić podstawę do odrzucenia oferty TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ – tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wyłącznie to stanowiło faktyczną podstawę utajnienia informacji.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 września 2017 r. wniósł o jego oddalenie jako całkowicie bezzasadnego argumentując w następujący sposób.

Zamawiający wskazał, że odwołanie na moment jego składania, tj. w dniu 11 września 2017 r. było przedwcześnie, gdyż Zamawiający w dniu 8 września 2017 r.

poinformował Odwołującego, iż nadal trwa weryfikacja zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i że o zakończeniu tej weryfikacji Odwołujący (jak i pozostali wykonawcy) zostanie poinformowany. Informacja o zakończeniu weryfikacji i możliwości zapoznania się z odtajnioną częścią oferty TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu została przekazana Odwołującemu w dniu 13 września 2017 r.

Ponadto Zamawiający wskazał, iż zarzut dotyczący zaniechania udostępnienia zastrzeżenia poufności oferty złożonej przez TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu był bezpodstawny, jako że udostępnienie tego uzasadnienia Odwołującemu miało miejsce w dniu 15 września 2017 r.

Z kolei odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, jakoby oferowany w postępowaniu przedmiot zamówienia nie mógł być utajniony, Zamawiający podkreślił, że przedmiot zamówienia obejmował projektowanie i wykonanie określonych robót budowlanych oraz dostaw z montażem. To wykonawca wybrany do realizacji przedmiotu zamówienia miał obowiązek sporządzenia, w oparciu o program funkcjonalno – użytkowy stanowiący część opisu przedmiotu zamówienia projekt, a po akceptacji tego projektu przez Zamawiającego zrealizować pozostałą część przedmiotu zamówienia. Czynności te miały mieć miejsce na etapie realizacji umowy. Zamawiający w żadnym postanowieniu SIWZ nie wymagał od wykonawców, aby przedłożyli wraz z ofertą jakiegokolwiek dokumenty przedmiotowo istotne, czy aby sporządzili ofertę techniczną, która odzwierciedlałaby oferowane przez wykonawców urządzenia. Nieprawdą jest, że Zamawiający nie wymagał od wykonawcy prac projektowych – wymagał, jednak, jak wskazano powyżej – na etapie realizacji umowy. Nieprawdą jest także twierdzenie Odwołującego, jakoby wykonawcy składający ofertę mieli obowiązek oferowania wybranego przez siebie sprzętu. Takie postanowienia SIWZ były zawarte w jego pierwotnej wersji, która jednak w toku postępowania uległa istotnym zmianom. Odwołujący jako podmiot, który złożył ofertę w postępowaniu powinien mieć tego świadomość, zwłaszcza, że sam nie dołączył do oferty żadnych dokumentów dotyczących oferowanego sprzętu. Stąd niezrozumiałe dla Zamawiającego są twierdzenia Odwołującego co do utajnienia oferowanego przedmiotu zamówienia.

W opinii Zamawiającego także teza Odwołującego, z której wynika, że „w niniejszym postępowaniu właściwie nie ma żadnych informacji, które mogłyby zostać utajnione przez wykonawcę” była nieprawdziwa. Zamawiający wskazał, że po pierwsze sam Odwołujący dokonał zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Po drugie, to dany podmiot, który jest dysponentem określonych informacji decyduje, czy są one tajemnicą

przedsiębiorstwa, czy też nie i inny podmiot nie może ogólnie za niego decydować, czy jakaś informacja może być traktowana jako poufna.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że Zamawiający „nie wyjaśnił odwołującemu, czy takie zastrzeżenie [tajemnicy przedsiębiorstwa] zostało w ogóle poczynione przez TDC Polska Sp. z o.o.” Zamawiający stwierdził, że po pierwsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest pisemnie, a w aktach postępowania nie odnotował żadnego pisma Odwołującego zwracającego się o udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie ww. wykonawcy zostało poczynione ani o udostępnienie takiego uzasadnienia. W związku z powyższym Zamawiający nie udzielił takiej informacji, skoro nie było zapytania. Po drugie, w dniu 15 września 2017 r. uzasadnienie zastrzeżenia określonych informacji w ofercie ww. wykonawcy jako tajemnicy przedsiębiorstwa zostało Odwołującemu przekazane. Podobnie podejrzenie Odwołującego, jakoby ww. wykonawca nie wykazał już na etapie składania oferty, dlaczego objęte przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa było nieprawdziwe. Ww. wykonawca już wraz z ofertą złożył stosowne zastrzeżenia, które poczyniono w dwóch miejscach oferty, tj. w Formularzu oferty w pkt 13) oraz na str. 4 oferty, a także wykazał przyczyny zastrzeżenia.

W ocenie Zamawiającego żaden z zarzutów odwołania nie potwierdził się, gdyż Zamawiający po odtajnieniu części oferty wykonawcy TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu udostępnił wykonawcom, w tym Odwołującemu, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte w ofercie ww. wykonawcy. Z kolei w zakresie nieodtajnienia i nieudostępnienia oferty ww. wykonawcy, Zamawiający stwierdził że był związany zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie wykonawcy TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu poczynionym wraz ze złożoną ofertą, stąd nie mogło być mowy o zaniechaniu przez Zamawiającego odtajnienia czy też udostępnienia tej oferty, skoro Zamawiający dokonał czynności zgodnie z obowiązującymi przepisami.

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

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów

ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 12 września 2017 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 15 września po stronie Zamawiającego.

Izba nie dopuściła natomiast do udziału w postępowaniu Spółki Perfect Displays Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 13 września 2017 r. po stronie Odwołującego. W ocenie Izby ww. Spółka nie podjęła nawet próby wykazania interesu, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, którego wykazanie warunkuje skuteczność powyższej czynności.

Ponadto zauważyć należy, iż zgodnie z art. 2 pkt 11) ustawy Pzp pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało złożone przez Spółkę Perfect Displays Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tymczasem ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj.: Perfect Displays Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Wizja Multimedia Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na rozprawie.

Odwołujący na posiedzeniu z udziałem Stron cofnął zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy znk, poprzez zaniechanie udostępnienia uzasadnienia dla zastrzeżenia poufności oferty złożonej przez wykonawcę TDC Polska spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 24 sierpnia 2017 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego drogą elektroniczną w formacie PDF.

W odpowiedzi na powyższy wniosek, Zamawiający w dniu 29 sierpnia 2017 r. poinformował Odwołującego, iż z uwagi na obszerność ofert nie ma możliwości przekazania ich Odwołującemu drogą elektroniczną, zapraszając jednocześnie Odwołującego do swojej siedziby w celu wglądu w oferty.

Z przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania wynika, że w dniu 31 sierpnia 2017 r. umocowany przedstawiciel Odwołującego w godz. 11.00 – 12.00 dokonał wglądu w dokumentację – oferty złożone przez wykonawców ubiegających się o udzielenie ww. zamówienia publicznego, tj.: 1) konsorcjum: Perfect Displays Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider) oraz Wizja Multimedia Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie, 2) ColosseoEAS a.s. z siedzibą w Bratysławie, 3) TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz 4) SHADOK AV Piechuła Sp. k. z siedzibą w Zabrze.

Jednocześnie z ww. pisma wynika, iż Zamawiający, na wniosek Odwołującego, bezpłatnie przekazał mu wersję elektroniczną (skan PDF) przeglądanych oferty bez informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Jak wynika z treści odwołania oraz oświadczenia Odwołującego złożonego na rozprawie, w dniu 31 sierpnia 2017 r., Odwołujący stawił się w siedzibie Zamawiającego i uzyskał wgląd w treść złożonych ofert, przy czym w zakresie oferty wykonawcy TDC Polska Sp. z o.o. Zamawiający udostępnił Odwołującemu jedynie pierwszą stronę formularza oferty, informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców KRS (str. 99 – 105 oferty wykonawcy TDC Polska Sp. z o.o.) oraz oświadczenie poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium z dnia 27 lipca 2017 r. (str. 106 - 107 oferty wykonawcy TDC Polska Sp. z o.o.).

Pismem z dnia 7 września 2017 r. Odwołujący wezwał Zamawiającego do odtajnienia zastrzeżonych przez wykonawcę TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu dokumentów oraz udostępnienia treści oferty ww. wykonawcy.

W odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 8 września 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż w związku z weryfikacją przez Zamawiającego zasadności i prawidłowości zastrzeżenia przez wykonawcę TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tajemnicy przedsiębiorstwa, Zamawiający w ww. dacie nie miał możliwości udostępnienia oferty ww. wykonawcy do wglądu pozostałym wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Nadto wskazał, że informację o możliwości zapoznania się z ofertą wykonawcy TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przekaze niezwłocznie po dokonaniu weryfikacji ww. kwestii.

W dniu 13 września 2017 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego, że w związku z zakończoną weryfikacją zasadności i prawidłowości zastrzeżenia przez wykonawcę TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tajemnicy przedsiębiorstwa, istnieje możliwość zapoznania się z ofertą ww. wykonawcy w zakresie odtajnionej części.

Odwołujący oświadczył na rozprawie, że w dniu 15 września 2017 r. zapoznał się z treścią oferty przystępującego w odtajnionym zakresie w siedzibie Zamawiającego, co też Zamawiający potwierdził.

Izba zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy znk, poprzez zaniechanie odtajnienia oraz udostępnienia oferty złożonej przez wykonawcę TDC Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, w ocenie Izby, był przedwczesny z uwagi na niezakończoną na dzień 31 sierpnia 2017 r., procedurę weryfikacji przez Zamawiającego skuteczności i prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, co do tego, że termin na wniesienie odwołania na ww. zaniechanie Zamawiającego rozpoczął swój bieg od chwili udostępnienia Odwołującemu jawnej części oferty przystępującego TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, tj. w dniu 31 sierpnia 2017 r.

Izba wskazuje, że ustawodawca nie uregulował w ustawie Pzp konkretnego momentu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do którego zamawiający powinien zakończyć weryfikację zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, jak również czasu na dokonanie tej czynności. Mając jednak na uwadze treść art. 96 ust. 3 ustawy Pzp stwierdzić należy, że zasadą jest, iż o zaniechaniu zamawiającego w dokonaniu weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa można mówić w sposób pewny od momentu wyboru oferty najkorzystniejszej.

W tym miejscu należy przytoczyć jednak treść art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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.

W ocenie Izby, w przedmiotowej sprawie, moment zakończenia weryfikacji przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie przystępującego TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu był bezsporny i nastąpił wcześniej aniżeli przed wyborem najkorzystniejszej oferty (Zamawiający na rozprawie oświadczył, że na dzień 20 września 2017 r. nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty).

Zamawiający bowiem dopiero w dniu 13 września 2017 r. poinformował Odwołującego o zakończeniu weryfikacji tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie przystępującego oraz o możliwości zapoznania się z odtajnioną częścią jego oferty. Tym samym dopiero od tego dnia (13 września 2017 r.), tj. wtedy gdy Zamawiający poinformował Odwołującego o zakończeniu badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie przystępującego można mówić o ewentualnym zaniechaniu Zamawiającego w kontekście nieprawidłowego zbadania przez Zamawiającego ww. kwestii.

Co więcej, w ocenie Izby, Odwołujący przed wniesieniem odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (11 września 2017 r.) na zaniechanie Zamawiającego polegające na nieodtajnieniu oraz nieudostępnieniu oferty złożonej przez wykonawcę TDC Polska Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu miał wiedzę o trwającej w ww. dacie procedurze weryfikacji przez Zamawiającego zasadności i prawidłowości zastrzeżenia przez ww. wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa, o czym przecież został poinformowany pismem z dnia 8 września 2017 r. Nie można zatem w dacie 31 sierpnia 2017 r. przypisać Zamawiającemu jakiegokolwiek zaniechania, skoro Zamawiający w ww. dacie był w trakcie badania poprawności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego, co w przedmiotowej sprawie zostało udowodnione.

Ponadto zdaniem Izby nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego podnoszoną na rozprawie jakoby okoliczność zaniechania udostępnienia Odwołującemu w dniu 31 sierpnia 2017 r. całej treści oferty wykonawcy TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu z uwagi na objęcie jej części tajemnicą przedsiębiorstwa była równoznaczna z całkowitym zaniechaniem jej udostępnienia Odwołującemu. Z dokumentacji przedmiotowej sprawy, jak również z oświadczeń Stron złożonych podczas rozprawy jednoznacznie bowiem wynika, że w dniu 31 sierpnia 2017 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu część jawną oferty wykonawcy TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, tj. pierwszą stronę formularza ofertowego, informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców KRS (str. 99 – 105 oferty TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu) oraz oświadczenie poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium z dnia 27 lipca 2017 r. (str. 106 - 107 oferty TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu). Pozostała zaś część oferty przystępującego objęta tajemnicą przedsiębiorstwa nie została Odwołującemu udostępniona z uwagi na niezakończenie przez Zamawiającego weryfikacji skuteczności i prawidłowości ww. czynności przystępującego do dnia 31 sierpnia 2017 r.

Następnie odnosząc się do argumentacji Odwołującego podnoszonej na rozprawie dotyczącej zasadności odtajnienia oferty przystępującego w zakresie JEDZ w części nieodtajnionej, oświadczenia dotyczącego opisu projektanta dedykowanego do zamówienia oraz oświadczeń dotyczących potencjału podmiotu trzeciego, jak również podwykonawców, a także ewentualnego niewykazania przez przystępującego przesłanek określonych w art. 11

ust. 4 ustawy znk, w szczególności w zakresie przesłanki wartości gospodarczej zauważyć należy, iż Odwołujący w istocie usiłował zakwestionować czynność Zamawiającego polegającą na odtajnieniu części oferty przystępującego dokonaną w dniu 13 września 2017 r., po przeprowadzonej przez Zamawiającego weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez przystępującego.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż stosownie do treści art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz analogicznie § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 czerwca 2017 r. sygn. akt: KIO 1187/17).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy wskazać należy, iż w uzasadnieniu faktycznym odwołania, brak jest zarzutu (obejmującego nie tylko podstawę prawną, ale wskazującego okoliczności faktyczne) w ww. zakresie. Powyższej argumentacji zresztą być nie mogło w treści odwołania wniesionego do Prezesa Izby w dniu 11 września 2017 r. z uwagi na okoliczność, że jest ona konsekwencją czynności Zamawiającego z dnia 13 września 2017 r. polegającej na odtajnieniu części oferty przystępującego TDC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, a także uznaniu części oferty ww. przystępującego za skutecznie zastrzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa, a nie, jak twierdził na rozprawie Odwołujący, zaniechań Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2017 r. polegających na odmowie odtajnienia i udostępnienia oferty ww. przystępującego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41 poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba uznała wniosek zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości 4 054 zł, tj. z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, kosztów dojazdu na rozprawę dwóch pełnomocników w kwocie 420 zł (150 zł + 60 zł) zgodnie z przedłożonymi biletami PKP oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw w kwocie 34 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....