

Sygn. akt: KIO 945/22

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 21 kwietnia 2022 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron oraz uczestników postępowania w dniu **21 kwietnia 2022 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 kwietnia 2022 r.** przez Odwołującego **S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, ul. Konstruktorska 3A, 02-673 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Empire Business Machine Sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 50/515, 00-695 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**

**2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kwoty uiszczanego wpisu na rzecz wykonawcy **S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa**

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

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

Dnia 4 kwietnia 2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie złożył wykonawca S&T Services Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 21D, 02-676 Warszawa (dalej jako: „S&T Services Polska Sp. z o.o.” albo „Odwołujący”). Odwołanie zostało złożone przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 30 lutego 2022 r. udzielonego przez P. Z. i C. Z. osoby ujawnione w załączonym wydruku KRS-u i umocowane do łącznej reprezentacji.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Budowa Zintegrowanego Systemu Informatycznego (ZSI) wraz z usługami utrzymania i rozwoju oraz usługami migracji obecnie eksploatowanych systemów informatycznych”* - przez Zamawiającego - Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej, ul. Konstruktorska 3A, 02-673 Warszawa (dalej jako: „Narodowy Fundusz Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej” albo „Zamawiającym”), znak postępowania: WZ/13/2021 Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 003-004796 w dniu 5 stycznia 2022 r. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), zwana dalej *„NPzp”* albo *„ustawy Prawa zamówień publicznych z 2019 r.”* albo *„ustawy PZP”* albo *„ustawy Pzp”*.

Odwołujący zarzucił:

- 1) zaniechanie odtajnienia przedstawionych przez wykonawcę Empire Business Machine Sp. z o.o., ul. Nowogrodzka 50/515, 00-695 Warszawa zwana dalej: „Empire Business Machine Sp. z o.o.” albo „EBM” albo „Przystępującym”, a zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa niżej wskazanych dokumentów (części dokumentów):
  - a) uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy informacji zawartych w ofercie,
  - b) załącznika nr 8 do SWZ (wykaz osób), zawierającego informacje dot. osób skierowanych przez EBM do realizacji zamówienia oraz informacje o spełnieniu wymogów zamówienia,
  - c) zobowiązania do udostępnienia zasobów,
  - d) załącznik nr 7 do SWZ (wykaz usług), zawierającego informacje na temat zrealizowanych umów oraz informacje o spełnieniu wymogów zamówienia;
2. zaskarżonym czynnościami Zamawiającego zarzucił naruszenie: art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „znku”)

poprzez zaniechanie odtajnienia w całości przedstawionych przez wykonawcę EBM wskazanych w pkt 1 dokumentów, a zastrzeżonych przez tego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa;

3. z uwagi na powyższe zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

3.1. nakazanie Zamawiającemu odtajnienia w całości przedstawionych przez wykonawcę EBM dokumentów wskazanych w pkt 1,

3.2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu, w zakresie czynności z dnia 24 marca 2022 r. (e-mailem – data przekazania Wykonawcy wnoszącemu odwołanie) zakończenia procedury badania zasadności zastrzeżenia dokumentów Wykonawcy Empire Business Machine Sp. z o. o. (utajnione w części).

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania tego samego dnia co odwołanie wraz z załącznikami Zamawiającemu (e-mailem).

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:**

Zamawiający w dniu 5 kwietnia 2022 r. wezwał (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 7 kwietnia 2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Empire Business Machine Sp. z o. o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zostało podpisane przez pełnomocnika umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 06 kwietnia 2022 r. udzielonego przez P.Z., tj. osobę ujawnioną i umocowaną do samodzielnej reprezentacji zgodnie z załączonym do zgłoszenia wydrukiem KRS-u. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Empire Business Machine Sp. z o. o.

W dniu 15 kwietnia 2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Zamawiający poinformował Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, że na podstawie art. 522 ust. 1 Pzp, iż uwzględnienia w całości zarzuty odwołania. Stwierdził, że: "(...) *W przypadku dopuszczenia*

odwołania do rozpatrzenia - po analizie zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz ich uzasadnienia, a także po ponownej analizie dokumentów i wyjaśnień złożonych w toku postępowania przez Przystępującego w celu wykazania zasadności dokonanych przez niego zastrzeżeń informacji, jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego, Zamawiający podjął decyzję o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz dokonaniu w zakresie posiadanych dokumentów czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, z zastrzeżeniem, iż ewentualny zarzut wskazany w pkt 1 lit d) dot. Zaniechania odtajnienia załącznika nr 7 do SWZ (wykazu usług), zawierającego informacje na temat zrealizowanych umów oraz informacje o spełnieniu wymogów zamówienia, jest bezprzedmiotowy z uwagi na fakt, iż Zamawiającemu dokument ten nie został przedłożony przez Empire Business Machine Sp. z o.o. (...)

Odwołujący złożył odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, w toku ww. Postępowania oraz wobec czynności zaniechanych, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

a) art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy znk, poprzez zaniechanie odtajnienia w całości przedstawionych przez Przystępującego wskazanych w pkt b) poniżej dokumentów, a zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa;

b) zaniechania odtajnienia przedstawionych przez Przystępującego, a zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, niżej wskazanych dokumentów (części dokumentów):

- uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy informacji zawartych w ofercie,
- załącznika nr 8 do SWZ (wykaz osób), zawierającego informację dot. osób skierowanych przez Przystępującego do realizacji zamówienia oraz informacje o spełnieniu wymogów zamówienia,
- zobowiązania do udostępnienia zasobów,
- załącznika nr 7 do SWZ (wykaz usług), zawierającego informacje na temat zrealizowanych umów oraz informacje o spełnieniu wymogów zamówienia.

Przystępujący składając ofertę w niniejszym postępowaniu złożył następujące dokumenty:

- Formularz ofertowy,
- Jednolity Europejski Dokument Zamówienia Wykonawcy,
- Jednolity Europejski Dokument Zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby,
- Wykaz osób,
- Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji zawartych w ofercie,
- Zobowiązanie (podmiotu udostępniającego zasoby).

Jednocześnie, składając ww. dokumenty Przystępujący zastrzegł, iż informacje zawarte w dokumentach:

- Wykaz osób,
- Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji zawartych w ofercie,

- Zobowiązanie (podmiotu udostępniającego zasoby), stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.

W toku badania zasadności zastrzeżenia złożonych dokumentów, Zamawiający poinformował Odwołującego, że zamierza odtajnić w całości informacje zawarte w następujących dokumentach (treść tych dokumentów):

„Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji zawartych w ofercie” i „Zobowiązanie”, argumentując to faktem, iż w ocenie Zamawiającego, dokumenty te:

- nie zawierały informacji, które można by uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa,
- w uzasadnieniu zastrzeżenia informacji, Przystępujący nie odnosił się wprost do dokumentów „Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji zawartych w ofercie” i „Zobowiązanie”, jakoby również stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa,
- fakt współpracy Wykonawcy z podmiotem udostępniającym zasoby wynikał wprost z treści Formularza ofertowego oraz załączonego oświadczenia JEDZ ww. podmiotu, tym samym był jawny (Przystępujący w pkt. 4k formularza oferty wskazał, iż tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi Wykaz osób). Odwołujący nie zgodził się na odtajnienie ww. dokumentów w całości, a jedynie w części zastrzegając jednocześnie, że nie może zostać ujawniony zakres współpracy Przystępującego z podmiotem udostępniającym zasoby, Wykaz osób i Wykaz usług. Jednocześnie należy zauważyć, że Wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie nie został przez Przystępującego na tym etapie postępowania w ogóle złożony.

W wyniku wniesionego odwołania, Zamawiający dokonał ponownej analizy złożonych przez Przystępującego uzasadnień dotyczących spełnienia warunków pozwalających na zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumentach.

Po analizie Zamawiający uznał, że dokumenty te nie zostały skutecznie zastrzeżone.

Przedstawione przez Przystępującego uzasadnienia zastrzeżenia informacji zawartych w ww. dokumentach jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa są ogólnikowe i nie odnoszą się w sposób jednoznaczny do wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jakie muszą być wypełnione celem skutecznego zastrzeżenia informacji.

Biorąc pod uwagę, że zgodnie z art. 18 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienie publicznego jest jawne, a ograniczenie dostępu do informacji związanych z postępowaniem jest wyjątkiem od tej zasady, który dla swej skuteczności wymaga należytego uzasadnienia, Zamawiający podjął decyzję o uwzględnieniu żądania Odwołującego w tym zakresie.

Reasumując, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, Zamawiający:

a) odtajni w całości dokumenty zastrzeżone przez Przystępującego jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, tj.:

- Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy informacji zawartych w ofercie,

- Zobowiązanie (podmiotu udostępniającego zasoby),
- Wykaz osób.

b) udostępni Odwołującemu odtajnione dokumenty.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że ze względu na fakt, iż Przystępujący nie przedłożył Zamawiającemu Wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie (zgodnie z treścią SWZ nie był do tego zobowiązany na tym etapie postępowania), żądanie odtajnienia ww. dokumentów jest bezprzedmiotowe, a spełnienie przez Zamawiającego w tym zakresie żądania przedstawionego w Odwołaniu, jest niemożliwe.(...)”. Odpowiedź została podpisana przez Dyrektora Biura Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 14 kwietnia 2022 r. udzielonego przez P.Z. powołanego przez Ministra Klimatu i Środowiska zgodnie z załączoną kopią aktu powołania z 31 marca 2022 r.

W dniu 15 kwietnia 2022 r. (e-mailem) Prezes KIO w związku z zarządzeniem Izby z 15 kwietnia 2022 r. wezwał Empire Business Machine Sp. z o. o. na podstawie § 13 ust. 1 pkt 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

Do dnia 19 kwietnia 2022 r. (włącznie) Empire Business Machine Sp. z o. o. nie wniósł sprzeciwu od uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego w całości. Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 1 oraz art. 568 pkt 3 NPzp – należało umorzyć.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatom postawionym w odwołaniu. Wobec powyższego należy stwierdzić, że Zamawiający uznał w całości słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie w całości, natomiast Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego podmiot, który mógłby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionych zarzutów, nie skorzystał z przysługującego mu prawa, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 522 ust. 2 NPzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu. Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca, który nie skorzystał z prawa do wniesienia sprzeciwu

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod uwagę okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie stosownie do § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

**Przewodniczący:**

.....