

WYROK
z dnia 1 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę Auto-Trans Asfalty spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gierałtowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Powiat Wodzisławski – Powiatowy Zarząd Dróg w Wodzisławiu Śląskim z siedzibą w Syryni

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: S. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą T. S. Drogród

orzeka:

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do załącznika nr 2 do wyjaśnień ceny wykonawcy S. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą T. S. Drogród.
2. W pozostałym zakresie postępowanie odwoławcze umarza.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 568 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy)

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze 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:

Uzasadnienie

Zamawiający: Powiat Wodzisławski – Powiatowy Zarząd Dróg w Wodzisławiu Śląskim z siedzibą w Syryni prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa drogi powiatowej nr 5020S”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 12 maja 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00052737/01.

I. W dniu 12 lipca 2021 r. wykonawca Auto-Trans Asfalty spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gierałtowicach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. czynności zamawiającego polegającej na uznaniu, że załączniki do wyjaśnień ceny przedstawione przez wykonawcę S. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą T. S. Drogród (dalej jako „S. T. Drogród”) zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, a w konsekwencji wobec zaniechania czynności udostępnienia tych dokumentów odwołującemu;
2. zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy „S. T. Drogród”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

1. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że załączniki do wyjaśnień ceny przedstawione przez wykonawcę S. T. Drogród zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy S. T. Drogród, podczas gdy wykonawca ten oświadczył w złożonej ofercie, że jest związany ofertą tylko do dnia 26 czerwca 2021 r., a zamawiający wymagał, żeby wykonawcy pozostawali związani ofertą do dnia 29 czerwca 2021 r.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. udostępnienia odwołującemu załączników do wyjaśnień ceny przedstawionych przez wykonawcę S. T. Drogród;
3. odrzucenia oferty wykonawcy S. T. Drogród;

W piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 30 sierpnia 2021 r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu: zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do załącznika nr 1 do wyjaśnień ceny wykonawcy S. T. Drogród oraz zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W związku z powyższym, oraz mając na uwadze częściowe uwzględnienie zarzutów odwołania przez zamawiającego, odwołujący stwierdził, że spór pomiędzy stronami dotyczy zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do załącznika nr 2 do wyjaśnień ceny wykonawcy S. T. Drogród. W piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 31 sierpnia 2021 r. odwołujący przedstawił dodatkowe stanowisko w sprawie w odniesieniu do podtrzymanego zarzutu odwołania.

II. Pismem wniesionym w dniu 26 lipca 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie części załączników do wyjaśnień ceny wykonawcy S. T. Drogród, tj. zanonimizowanych umów o pracę oraz zanonimizowanych dokumentów wykazujących tytuł prawny do sprzętu wykonawcy. W pozostałym zakresie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca S. T. Drogród. W pismach wniesionych do akt sprawy w dniu 28 oraz 30 lipca 2021 r. wykonawca S. T. Drogród oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów odwołania. W piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 28 lipca 2021 r. wykonawca S. T. Drogród przedstawił stanowisko w sprawie. W zakresie, w którym nie nastąpiło uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego, ww. wykonawca wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie części załączników do wyjaśnień ceny wykonawcy S. T. Drogród, tj. zanonimizowanych umów o pracę oraz zanonimizowanych dokumentów wykazujących tytuł prawny do sprzętu wykonawcy, oraz braku sprzeciwu wykonawcy przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego – postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Wobec cofnięcia przez odwołującego części zarzutów odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do załącznika nr 1 do wyjaśnień ceny wykonawcy S.

T. Drogród oraz zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – postępowanie odwoławcze podlegało w tym zakresie umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 stosowanego odpowiednio w sytuacji cofnięcia w części zarzutów odwołania.

W pozostałym zakresie, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do załącznika nr 2 do wyjaśnień ceny wykonawcy S. T. Drogród – odwołanie podlegało oddaleniu.

Zgodnie z przepisem art. 18 ust. 3 ustawy Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649), 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. Z przywołanego przepisu wynika, że zamawiający obowiązany jest do nieujawniania określonych informacji pochodzących od wykonawcy, jeżeli wykonawca dokonał ich skutecznego zastrzeżenia, do czego konieczne jest wykazanie, że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. O tym, czy informacje zostały przez wykonawcę skutecznie zastrzeżone decyduje zatem treść przedstawionego przez wykonawcę uzasadnienia. W przypadku uznania przez zamawiającego, że wykonawca nie wykazał zasadności poczynionego zastrzeżenia, zamawiający zawiadamia o tym wykonawcę. Zamawiający wstrzymuje się z udostępnieniem takich informacji innym wykonawcom do czasu upływu terminu na wniesienie odwołania, a w sytuacji skorzystania przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej – do czasu wydania wyroku przez Izbę lub sąd.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że również skuteczne podniesienie zarzutu zaniechania przez zamawiającego udostępnienia informacji nieskutecznie zastrzeżonych przez innego wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa wymaga odniesienia się przez odwołującego do treści przedstawionego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca wnoszący odwołanie powinien wykazać dlaczego w jego ocenie uzasadnienie w zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawione przez innego wykonawcę należy uznać za niewystarczające. Powyższemu obowiązkowi nie sprostał odwołujący w niniejszej sprawie. Należy wskazać, że wykonawca S. T. Drogród zastrzegając załączniki do wyjaśnień jako stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa przedstawił uzasadnienie poczynionego zastrzeżenia na drugiej stronie pisma z dnia 18 czerwca 2021 r. Odwołujący winien był zatem uzasadnić postawiony zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wskazanie, dlaczego w jego ocenie przedstawione przez ww.

wykonawcę uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa należy uznać za niewystarczające. Natomiast w treści odwołania, poza przytoczeniem przepisów prawa, stanowisk wyrażonych w orzecznictwie oraz poglądów doktryny, odwołujący ograniczył się do następującego stwierdzenia: „21. W niniejszym stanie faktycznym wykonawca Drogród jedynie zastrzegł, że informacje nie mogą zostać udostępnione. Wykonawca Drogród nie wykazał natomiast, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Żadna z przesłanek uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie została wykazana.”. Należy przypomnieć, że pod pojęciem zarzutu rozumie się przede wszystkim wskazane przez odwołującego okoliczności faktyczne, które w jego ocenie świadczą o naruszeniu przez zamawiającego określonych przepisów prawa. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołujący nie przedstawił w odwołaniu uzasadnienia zarzucanego zamawiającemu naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Pzp. Zaniechanie powyższego skutkuje brakiem możliwości uwzględnienia przez Izbę odwołania (w podtrzymanym zakresie). Izba uprawniona jest do rozpoznawania zarzutów, a nie zastępowania wykonawców w ich konstruowaniu. Należy również dodać, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 9 ust. 3 pkt 2 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).

Przewodniczący: