

POSTANOWIENIE
z dnia 23 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 23 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:

1. ECM Group Polska S.A., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa; 2. GRAPH'IT Sp. z o.o., ul. Stępińska 22/30 lok. 424, 00-739 Warszawa; 3. M. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą N+parametic design M. N., ul. Stanisława Kostki Potockiego nr 2B/20, 02-958 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu, Pl. Hirszfelda 12, 53-413 Wrocław**

przy udziale wykonawcy: **Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o., ul. Snopkowa 2B, 52-225 Wrocław** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1) umarza postępowanie odwoławcze;

2) koszty postępowania odwoławczego znosi wzajemnie i nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: 1. ECM Group Polska S.A., Rondo ONZ 1, 00-124 Warszawa; 2. GRAPH'IT Sp. z o.o., ul. Stępińska 22/30 lok. 424, 00-739 Warszawa; 3. M. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą N+parametic design M. N., ul. Stanisława Kostki Potockiego nr 2B/20, 02-958 Warszawa kwoty **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie Programu Funkcjonalno-użytkowego oraz świadczenie usług doradztwa technicznego podczas postępowania o zamówienie publiczne na budowę nowego szpitala onkologicznego”, Numer referencyjny: ZP/PN/56/19/NPR/JG, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15.10.2019 r. pod numerem: 2019/S 199-483956.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: 1. ECM Group Polska S.A.; 2. GRAPH'IT Sp. z o.o.; 3. M. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą N+parametic design M. N. - z siedzibami w Warszawie – wniósł odwołanie na czynności Zamawiającego obejmujące:

– zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010, dalej jako: uznk) dokumentów w zakresie: 1) plik JEDZ formy Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o., 2) plik JEDZ firmy Architecture Workshop Finland OY, 3) uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o., 4) pełnomocnictwa do reprezentacji Architecture Workshop Finland OY, 5) dokumentu rejestrowego (odpowiednika polskiego KRS), Architecture Workshop Finland OY wraz z tłumaczeniem; 6) Załącznika nr 8 - zobowiązania Architecture Workshop Finland OY.

Powyższym czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

– art. 8 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk i art. 96 ust. 3 poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji nieuzasadnione uznanie za skuteczne dokonanego przez Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. zastrzeżenia jako niepodlegających ujawnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa i wskutek tego nieudostępnienie Odwołującemu dokumentów w zakresie: 1) plik JEDZ formy Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o., 2) plik JEDZ firmy Architecture Workshop Finland OY, 3) uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o., 4) pełnomocnictwa do reprezentacji Architecture Workshop Finland OY, 5) dokumentu rejestrowego (odpowiednika polskiego KRS), Architecture Workshop Finland OY wraz z tłumaczeniem; 6) Załącznika nr 8 -

zobowiązania Architecture Workshop Finland OY;

– art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

– udostępnienia Odwołującemu dokumentów wskazanych w zarzucie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 20 grudnia 2019 r. – *Uznanie odwołania przez Zamawiającego*), przedstawił następujące stanowisko, m.in.:

Dokonując analizy odwołania i odnosząc się merytorycznie do zarzutu, Zamawiający postanowił, co następuje: Zamawiający przychyliła się do wniosku Odwołującego i w całości uwzględniła jego żądanie.

W ocenie Zamawiającego zarzuty podniesione w odwołaniu są słuszne, bowiem Wykonawca Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. nieskutecznie technicznie dokonał zastrzeżenia tajemnicy w swojej ofercie.

W tym miejscu należy przypomnieć, że tajemnicę przedsiębiorstwa definiuje art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej. Zgodnie z tym przepisem przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- *ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,*
- *nie została ujawniona do wiadomości publicznej,*
- *podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.*

Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r., sygn. akt XVII Amz 1/96). Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie mogą natomiast być uznane w szczególności następujące dokumenty (Informacje):

- *aktualny odpis z właściwego rejestru, bowiem np. zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym, rejestr jest jamy; przepis art. 11 ust. 1 i 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana*

może uzyskiwać w zwykłej i dozwolonej drodze (wyrok SN z dnia 5 września 2001 r., sygn. akt I CKN 1159/00),

- *informacje ujawniane przez zamawiającego w czasie otwarcia ofert (art. 86 ust. 4), a więc, nazwę (firmę) oraz adres (siedzibę) wykonawcy, którego oferta jest otwierana, a także informacje dotyczące ceny oferty, terminu wykonania zamówienia publicznego, okresu gwarancji, warunków płatności zawartych w ofercie,*

- *kosztorys, ceny jednostkowe stanowiące podstawę obliczenia ceny na roboty budowlane.*

Biorąc pod uwagę powyższe ale przede wszystkim analizując sposób przygotowania oferty złożonej przez Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. wraz z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazać należy, że w ocenie Zamawiającego, to sam Wykonawca nieskutecznie dokonując zastrzeżenia tajemnicy, odtajnił w zasadzie wszystkie swoje informacje. Plik jawny oferty, zawierał wszystkie informacje w cz. IV i VI, tzn., Wykonawca zamiast pozostawić je puste, ewentualnie z informacją „zastrzeżone”, uzupełnił je danymi, które następnie podpisał oświadczeniem, że są tajemnicą. To Wykonawca był odpowiedzialny za techniczne przygotowanie oferty w taki sposób, aby skutecznie zastrzec informacje, które w jego ocenie są tajne i to on nie podjął odpowiednich działań w celu zachowania danych w poufności. Skoro bowiem jest podmiotem profesjonalnym, to analizując zapisy SIWZ w sposób jasny i oczywisty został pouczone w jaki sposób należy zastrzec tajemnicę. Zamawiający przypomina, że postępowanie toczy się w sposób elektroniczny, dokumenty przesyłane poprzez portal trafiają w zaszyfrowanych plikach i Zamawiający nie ma żadnych narzędzi prawnych ani technicznych do ingerowania w ich treść i wyłączenia niektórych informacji. Jeśli więc Wykonawca chciał w sposób skuteczny zastrzec niektóre dane (np. pracowników lub współpracowników), to został poinformowany w jaki sposób może to zrobić. Niezastosowanie się do instrukcji spowodowało niemożność zastrzeżenia niektórych danych na dalszym etapie. Jednocześnie w ocenie Zamawiającego dokumenty rejestrowe podwykonawcy, pełnomocnictwo do reprezentowania podwykonawcy oraz zobowiązania podwykonawcy nie mają także waloru tajemnicy przedsiębiorstwa. Są to bowiem z jednej strony dokumenty jawne ze swej istoty (vide: rejestr), jak i pozostałe dokumenty pozwalające na dokonanie oceny, czy Wykonawca spełnia wymogi SIWZ. Nie mają one także charakteru technicznego, technologicznego, organizacyjnego przedsiębiorstwa ani nie posiadają wartości gospodarczej. Są to jedynie dokumenty potwierdzające współpracę, ale w żadnym stopniu nie naruszają tajemnicy.

Na podstawie powyższego Zamawiający uwzględnia żądanie Odwołującego w całości i odtajni zastrzeżone przez Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. informacje, co zostanie opublikowane w ciągu kilku dni.

Krajowa Izba Odwoławcza – na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego (w obecności tylko Odwołującego) uznała, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Do postępowania odwoławczego przystąpił skutecznie po stronie Zamawiającego wykonawca Miastoprojekt Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (zgłoszenie przystąpienia z dnia 16.12.2019 r.), stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego (Przystępującym). W imieniu Przystępującego, zawiadomionego o terminie i miejscu posiedzenia w dniu 17.12.2019 r., nikt nie stawiał się na posiedzenie Izby.

W związku z rezygnacją z udziału w posiedzeniu, ze skutkiem niepodejmowania czynności w postępowaniu odwoławczym, Izba uznała, że Przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W tych okolicznościach Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Wskazany przepis zobowiązuje Zamawiającego do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, Izba uwzględniła przepisy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b tej ustawy oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a 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. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący: