Sygn. akt: KIO 381/21

WYROK
z dnia 10 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Beata Pakulska-Banach
Członkowie: Aleksandra Patyk
Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 marca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2021 roku przez wykonawcę **Transition Technologies-Software Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

A. wykonawcy **Britenet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Nexio Management Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, New Solutions Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów wycofanych przez odwołującego, tj. zarzutów wskazanych w pkt 1, 2, 3, 4 i 6 petitum odwołania, a także w zakresie zarzutu nr 5 w odniesieniu do dokumentów: dwóch formularzy elementów pozacenowych i oświadczenia wykonawcy o rocznym obrocie, złożonych przez wykonawcę Britenet Sp. z o.o.
2. W pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Transition Technologies-Software Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 2019 r., poz. 2019 z późn. 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: ……
……..

Sygn. akt: KIO 381/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Bank Gospodarstwa Krajowego z siedzibą w Warszawie –prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieorganicznego pn.: *Świadczenie usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich w obszarze IT (3 części).* Zamówienie zostało podzielone na 3 części. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 grudnia 2020 roku pod numerem 2020/S 235-580418.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) (zwanej dalej: „ustawą Pzp").

Natomiast do postępowania odwoławczego, mając na uwadze fakt, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej po 31 grudnia 2020 roku, zgodnie z art. 92 ust. 2 ww. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) (zwanej dalej: „ustawą nPzp").

W dniu 5 lutego 2021 roku wykonawca - Transition Technologies-Software Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w części I, wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:
1. dokonaniu oceny ofert w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ i wyborze oferty wykonawcy Britenet Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, podczas gdy dokonanie oceny zgodnej z postanowieniami SIWZ powinno prowadzić do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
2. dokonaniu oceny ofert z naruszeniem zasad pisemności, przejrzystości i jawności;
3. zaniechaniu ujawnienia w całości i udostępnienia odwołującemu dokumentów złożonych przez wykonawcę Britenet Sp. z o.o., tj.:
- uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych wraz z dokumentami zawierającymi zastrzeżone informacje,
- dwóch formularzy elementów pozacenowych,
- informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych,
- oświadczenia wykonawcy o rocznym obrocie,
- wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodami określającymi, czy te zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie,

- wykazu osób;
4. zaniechaniu ujawnienia i udostępnienia odwołującemu dokumentów złożonych przez konsorcjum firm: IT Solution Factor Sp. z o.o., Nexio Management Sp. z o.o. i New Solutions Factor Sp. z o.o., tj.:
- uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych wraz z dokumentami zawierającymi zastrzeżone informacje,
- dwóch formularzy elementów pozacenowych;
5. wezwaniu wykonawców: Britenet Sp. z o.o. oraz konsorcjum firm: IT Solution Factor Sp. z o.o., Nexio Management Sp. z o.o. i New Solutions Factor Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa uzasadnień tajemnicy przedsiębiorstwa oraz do ponownego złożenia tych uzasadnień w zakresie nieobjętym tajemnicą przedsiębiorstwa, co nastąpiło po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Britenet Sp. z o.o., w wyniku dokonania oceny ofert w sposób niezgodny z kryteriami oceny ofert ustalonymi w SIWZ, podczas gdy dokonanie oceny oferty zgodnie z postanowieniami SIWZ powinno prowadzić do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
2. art. 96 ust. 1 i 2 w zw. z art. 9 ust. 1 i art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieudokumentowanie czynności oceny ofert w formie pisemnej oraz niezałączenie, stwierdzającego tą czynność dokumentu do protokołu postępowania, co skutkowało naruszeniem zasad pisemności, przejrzystości i jawności postępowania oraz uniemożliwiło merytoryczną kontrolę dokonanej czynności co do zgodności dokonanej oceny z postanowieniami SIWZ, przepisami ustawy Pzp oraz zasadą równego traktowania wykonawców;
3. art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 i 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 *a contrario* i w zw. z art. 7 ust. 1 oraz w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z ust. 17 pkt 15 i 16 SIWZ poprzez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia odwołującemu w całości uzasadnień zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez Britenet Sp. z o.o. oraz wezwanie ww. wykonawcy, po wyborze najkorzystniejszej oferty, do złożenia wyjaśnień dotyczących ww. uzasadnień, które to wyjaśnienia miały polegać na wyodrębnieniu z zastrzeżonych dokumentów informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i ponownym przesłaniu treści nieobjętych tajemnicą przedsiębiorstwa, podczas gdy:
uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ogóle nie podlega utajnieniu, wobec nadrzędności zasad jawności i przejrzystości postępowania; zastrzeżeniu podlegają jedynie informacje, co do których zostały spełnione przesłanki zastrzeżenia, a nie całe dokumenty; wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie jest dopuszczalne po wyborze oferty najkorzystniejszej; zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie podlega w ogóle uzupełnieniu na wezwanie; zamawiający zastrzegł w SIWZ, że warunkiem skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyodrębnienie tych informacji oraz wyraźne i niebudzące wątpliwości uzasadnienie ich zastrzeżenia złożone wraz z dokumentami zawierającymi zastrzeżone informacje; zamawiający zobowiązany był do udostępnienia ww. dokumentów na wniosek odwołującego, niezwłocznie po dokonaniu oceny ofert;
4. art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 i 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 *a contrario* i w zw. z art. 7 ust. 1 oraz w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z ust. 17 pkt 15 i 16 SIWZ poprzez zaniechanie ujawnienia i udostępnienia uzasadnień zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez konsorcjum firm: IT Solution Factor Sp. z o.o., Nexio Management Sp. z o.o. i New Solutions Factor Sp. z o.o. oraz wezwanie ww. wykonawców, po wyborze najkorzystniejszej oferty, do złożenia wyjaśnień dotyczących ww. uzasadnień, które to wyjaśnienia miały polegać na wyodrębnieniu z zastrzeżonych dokumentów informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa i ponownym przesłaniu treści nieobjętych tajemnicą przedsiębiorstwa,
podczas gdy:
zamawiający zobowiązany był do udostępnienia ww. dokumentów na wniosek odwołującego, niezwłocznie po dokonaniu oceny ofert, gdyż uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ogóle nie podlega utajnieniu, wobec nadrzędności zasad jawności i przejrzystości postępowania; zastrzeżeniu podlegają jedynie informacje, co do których zostały spełnione przesłanki zastrzeżenia a nie całe dokumenty; wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie jest dopuszczalne po wyborze oferty najkorzystniejszej; zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie podlega w ogóle uzupełnieniu na wezwanie; zamawiający zastrzegł w SIWZ, że warunkiem skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyodrębnienie tych informacji oraz wyraźne i niebudzące wątpliwości uzasadnienie ich zastrzeżenia;
5. art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 i 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w zw. z art. 8 ust. 1 i ust. 3 *a contrario* PZP poprzez nieujawnienie i nieudostępnienie odwołującemu dokumentów złożonych przez Britenet Sp. z o. o., tj.:
- dwóch formularzy elementów pozacenowych,
- informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych,
- oświadczenia wykonawcy o rocznym obrocie,
- wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodami określającymi, czy te zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie,
- wykazu osób,
podczas gdy:
zamawiający zobowiązany był do udostępnienia ww. dokumentów niezwłocznie po dokonaniu oceny ofert, gdyż wykonawca nie zastrzegł skutecznie ww. dokumentów; zastrzeżeniu podlegają jedynie wyraźnie wskazane informacje, co do których wykonawca wykazał spełnienie przesłanek ich zastrzeżenia, czemu ww. wykonawca nie sprostał, zastrzeżone dokumenty zawierały informacje, które nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa;
6. art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 i 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 *a contrario* PZP poprzez nieujawnienie i nieudostępnienie odwołującemu dokumentów złożonych przez wykonawcę: konsorcjum firm: IT Solution Factor Sp. z o.o., Nexio Management Sp. z o.o. i New Solutions Factor Sp. z o.o., tj.:
- dwóch formularzy elementów pozacenowych,
podczas gdy :
zamawiający zobowiązany był do udostępnienia ww. dokumentów niezwłocznie po dokonaniu oceny ofert, wykonawca nie zastrzegł skutecznie ww. dokumentów jako całości; zastrzeżeniu podlegają jedynie wyraźnie wskazane informacje,

co do których wykonawca wykaże spełnienie przesłanek ich zastrzeżenia; zastrzeżone dokumenty zawierały informacje nie mogące stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o:
1. unieważnienie czynności wyboru ofert oraz poprzedzającej ją czynności oceny ofert w zakresie wszystkich kryteriów pozacenowych oraz nakazanie zamawiającemu ponownego dokonania ww. czynności;
2. nakazanie zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia odwołującemu w całości uzasadnień zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, złożonych przez wykonawców: Britenet Sp. z o.o. oraz konsorcjum firm: IT Solution Factor Sp. z o.o., Nexio Management Sp. z o.o. i New Solutions Factor Sp. z o.o.;
3. nakazanie zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia w całości odwołującemu dokumentów złożonych przez wykonawcę Britenet Sp. z o.o., tj.:
- dwóch formularzy elementów pozacenowych,
- informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych,
- oświadczenia wykonawcy o rocznym obrocie,
- wykazu zamówień wykonanych wraz z dowodami określającymi, czy te zamówienia zostały wykonane lub są wykonywane należycie,
- wykazu osób;
4. nakazanie zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia odwołującemu w całości dokumentów złożonych przez wykonawcę - konsorcjum firm: IT Solution Factor Sp. z o.o., Nexio Management Sp. z o.o. i New Solutions Factor Sp. z o.o., tj.:
- dwóch formularzy elementów pozacenowych;
oraz o:
5. dopuszczenie dowodu ze wszystkich wymienionych w odwołaniu dokumentów, zgromadzonych przez zamawiającego w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokumentów dodatkowo dołączonych do odwołania, na potwierdzenie faktów i okoliczności wynikających z treści odwołania.

W dniu 5 lutego 2021 roku zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią.

W dniu 8 lutego 2021 roku wykonawca Britenet Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Także w dniu 8 lutego 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IT Solution Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Nexio Management Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, New Solutions Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień ww. wykonawców wobec spełnienia wymogów określonych w art. 525 ust. 1 i 2 nPzp i dopuściła ich do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w charakterze uczestników tego postępowania.

W dniu 22 lutego 2021 roku zamawiający przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, że w dniu 16 lutego 2021 roku unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz rozpoczął czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

W dniu 4 marca 2021 roku zamawiający przekazał informację o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w Części nr 1 postępowania o udzielenie zamówienia, dokonanym w dniu 23 lutego 2021 roku.

W dniu 8 marca 2020 roku zamawiający przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej kolejną odpowiedź na odwołanie, w której podnosił, że z uwagi na unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie istnieją już czynności/zaniechania pierwotnie objęte odwołaniem.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego – w dniu 8 marca 2021 roku – pełnomocnik odwołującego złożył oświadczenie, iż cofa zarzuty wskazane w pkt 1, 2, 3, 4 i 6 *petitum* odwołania, a także zarzut nr 5 w odniesieniu do dokumentów: dwóch formularzy elementów pozacenowych i oświadczenia wykonawcy o rocznym obrocie, złożonych przez wykonawcę Britenet Sp. z o.o.

Odwołujący podtrzymał swoje odwołanie w zakresie zarzutu nr 5 w odniesieniu do dokumentów: informacji bankowej, wykazu wykonanych zamówień i referencji oraz wykazu osób.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 10 marca 2021 roku z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ"), protokołu postępowania, informacji z otwarcia ofert, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, informacji o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, informacji o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w Części I. Izba wzięła pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 10 marca 2021 roku.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *„Świadczenie usług z zakresu zapewnienia zasobów ludzkich w obszarze IT (3 części)”.*

W dniu 26 stycznia 2021 roku zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w Części nr 1 postępowania o udzielenie zamówienia, tj. o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Britenet Sp. z o.o.

W dniu 5 lutego 2021 roku odwołujący wniósł odwołanie, podnosząc zarzuty, szczegółowo przytoczone na wstępie uzasadnienia niniejszego wyroku.

W dniu 16 lutego 2021 roku zamawiający, działając na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował wykonawców, biorących udział w postępowaniu, o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w Części nr 1 postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał, że powtórzy czynność badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, o której poinformuje w oddzielnej informacji.

W dniu 23 lutego 2021 roku zamawiający poinformował wykonawców o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w Części nr 1 postępowania o udzielenie zamówienia, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Britenet Sp. z o.o., przedstawiając jednocześnie w tym zakresie uzasadnienie faktyczne i prawne. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający podał m.in., iż: *„Dodatkowo, Zamawiający informuje, że w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania ofert, oświadczeń oraz dokumentów uczestników przedmiotowego postępowania pozytywnie przesądził, że zastrzeżone przez Wykonawców informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz.U.2020 poz. 1913) dalej „uznk” i zostały skutecznie zastrzeżone. Zasada jawności postępowania jest jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień (art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) i może doznać ograniczenia tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp). Za jeden z takich przypadków ustawodawca uznał zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp).”.*

W toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 marca 2021 roku zamawiający wyjaśnił, iż w związku z unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 16 lutego 2021 roku, przeprowadził ponowne badanie i ocenę ofert w pełnym zakresie, objętym zarzutami odwołania, w tym także w zakresie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa względem dokumentów, złożonych przez wykonawcę Britenet Sp. z o.o., a mianowicie wobec: informacji bankowej, wykazu wykonanych zamówień i referencji oraz wykazu osób.

Izba zważyła co następuje.

Wobec oświadczenia odwołującego o cofnięciu zarzutów wskazanych w pkt 1, 2, 3, 4 i 6 *petitum* odwołania, a także zarzutu wskazanego w pkt 5 w odniesieniu do dokumentów: dwóch formularzy elementów pozacenowych i oświadczenia wykonawcy o rocznym obrocie, złożonych przez wykonawcę Britenet Sp. z o.o., Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w części, tj. w zakresie zarzutów opisanych powyżej, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji niniejszego wyroku.

Izba, miała na względzie to, że zarówno czynność cofnięcia odwołania, jak i poszczególnych zarzutów, jest czynnością w pełni dyspozytywną wykonawcy odwołującego się.

Zgodnie z art. 568 pkt 1 ustawy nPzp Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania. Przepisy ustawy nPzp nie regulują bezpośrednio sytuacji, gdy odwołujący wycofa jedynie część zarzutów podniesionych w odwołaniu, a pozostałe będą podlegać rozpoznaniu. Należałoby uznać, tak jak orzekała Krajowa Izba Odwoławcza na gruncie przepisów dotychczas obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku, iż skoro, odwołujący może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania z większego na mniejsze dopuszczalne jest także wycofanie odwołania w części (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2018 roku, sygn. akt: KIO 389/18).

Z tych też względów Izba orzekła, jak w punkcie 1 sentencji.

W pozostałym zakresie, tj. w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 5 *petitum* odwołania w odniesieniu do dokumentów: informacji bankowej, wykazu wykonanych zamówień i referencji oraz wykazu osób, złożonych przez wykonawcę Britenet, odwołujący podtrzymał swoje odwołanie, wobec czego odwołanie w tym zakresie Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie. Izba uznała, że odwołanie w tej części podlega oddaleniu.

Izba przede wszystkim wzięła pod uwagę przepis art. 552 ust. 1 ustawy nPzp, zgodnie z którym wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Jednocześnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy nPzp wynika, iż Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Izba zauważa, że odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 26 stycznia 2021 roku, która następnie została przez zamawiającego unieważniona w dniu 16 lutego 2021 roku. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie przeprowadził czynność ponownego badania i oceny ofert, także w zakresie w jakim czynność ta była kwestionowana przez odwołującego, a zarzut podtrzymany został na rozprawie. Jak bowiem wynika z treści przytoczonego powyżej (w ustaleniach faktycznych) uzasadnienia ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w Części nr 1 z dnia 23 lutego 2021 roku, zamawiający dokonał ponownej weryfikacji zastrzeżenia skuteczności tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w dokumentach, złożonych przez wykonawców. Co też dodatkowo potwierdził w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 10 marca 2021 roku, wyjaśniając na pytanie członka składu orzekającego, iż przeprowadził także ponowne badanie i ocenę co do skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w dokumentach złożonych przez wykonawcę Britenet Sp. z o.o., w tym w odniesieniu do: informacji bankowej, wykazu wykonanych zamówień i referencji oraz wykazu osób.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,

zniweczyła czynność z dnia 26 stycznia 2021 roku, wobec której odwołujący wnosił odwołanie. Innymi słowy, Izba uznała, że na moment wyrokowania nie ma już substratu zaskarżenia (podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 lutego 2019 roku, wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 226/19, na gruncie dotychczas obowiązujących przepisów ustawy Pzp).

Izba na mocy powyżej powołanego przepisu jest zobowiązana do tego, aby wydając wyrok, wziąć pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Przy czym uwzględnić odwołanie może tylko wówczas, gdy stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W niniejszej sprawie, taka sytuacja nie wystąpiła, bowiem czynność będąca przedmiotem zaskarżenia, została wyeliminowana z obrotu, decyzją zamawiającego o jej unieważnieniu.

Z całą stanowczością podkreślić należy, że w okolicznościach niniejszej sprawy, od czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 lutego 2021 roku, który został poprzedzony ponowną weryfikacją skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa także w zakresie dokumentów, złożonych przez wykonawcę Britenet, w tym: informacji bankowej, wykazu wykonanych zamówień i referencji oraz wykazu osób, odwołującemu przysługiwał środek ochrony prawnej w postaci odwołania, z którego zresztą wykonawca skorzystał.

Wobec powyższego, Izba uznała, że odwołanie, w zakresie w jakim zostało podtrzymane ono przez odwołującego, podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy nPzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:……..
Członkowie: ……....
……