

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 5 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Adam Skowroński

Po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2024 r przez wykonawcę TDC POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Warszawska 53 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Muzeum Lotnictwa Polskiego w Krakowie Al. Jana Pawła II 39

Uczestnik po stronie zamawiającego: wykonawca Perfect Displays Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Ku Wiśle 7/60

postanawia:

1. umorzyć postępowanie
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TDC POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Warszawska 53 tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na opracowanie projektu wykonawczego, wykonanie, dostarczenie oraz montaż elementów wystawy w formule zaprojektuj i wykonaj w Hangarze nr 5 w ramach przedsięwzięcia „Heksagon Z wiatrem i pod wiatr – lotnictwo cywilne wystawa stała w Muzeum Lotnictwa Polskiego w Krakowie zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: numer: 231776-2024

Zamawiający w dniu 7 czerwca 2024 r. przekazał wykonawcy TDC Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu - odwołującego jawne elementy ofert. W dniu 11 czerwca 2024 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia przedmiotowych środków dowodowych.

W dniu 14 czerwca 2024 r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 czerwca 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu. Od odwołania uiszczono w terminie i wymaganej wysokości wpis.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 74 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z § 5 ust. 1, 3 i 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy oraz art. 18 ust. 1 i 3 ustawy przez bezpodstawne, niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, utajnienie i w konsekwencji zaniechanie niezwłocznego udostępnienia odwołującemu załączników do protokołu postępowania w postaci kompletnych ofert wykonawców wraz z załącznikami, pomimo wniosków odwołującemu w tym zakresie;

2) art. 107 ust. 2 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy oraz art. 18 ust. 1 i 3 ustawy przez bezpodstawne, niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, wezwanie odwołującego do złożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci kart katalogowych lub innych równoważnych dokumentów potwierdzających wymagane minimalne parametry oferowanego sprzętu, innych niż przedłożone przez odwołującego i sporządzone przez producenta, podczas gdy dokumentacja przetargowa nie wymagała, by przedmiotowe środki dowodowe zostały sporządzone lub podpisane przez producenta, a przedmiotowe środki dowodowe przedłożone przez odwołującego wraz z ofertą były kompletne i spełniały wymagania określone w dokumentacji przetargowej.

Wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1) nakazanie przez Izbę niezwłocznego udostępnienia odwołującemu załączników do protokołu postępowania w postaci wszystkich załączników załączonych do ofert pozostałych wykonawców, innych niż odwołujący, w tym w szczególności:

a. kalkulacji ceny oferty stanowiącej załącznik 1A do SWZ w zakresie ofert Deko-Bau sp. z o. o., Perfect Displays sp. z o. o., New Amsterdam sp. z o. o. b. przedmiotowych środków dowodowych (dla urzędzeń dla których zamawiający wymaga w Załączniku 1A do SWZ podania producenta, typu, modelu wykonawca zobowiązany jest do złożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci kart katalogowych lub innych równoważnych dokumentów potwierdzających wymagane minimalne parametry) w zakresie ofert Fabryka Dekoracji sp. z o. o., Kopton sp. z o. o. sp. k., New Amsterdam sp. z o. o. c. próbki - projektu konstrukcyjny zespołu uchwytów montażowych do podwieszenia samolotu, do specjalnie przewidzianych do tego belek stalowych hangaru, celem potwierdzenia zgodności zaoferowanego produktu z wymaganiami specyfikacji, w zakresie ofert Deko-Bau sp. z o. o., Fabryka Dekoracji sp. z o. o., Perfect Displays sp. z o. o., New Amsterdam sp. z o. o., Kopton sp. z o. o. sp. k., Ejsak Group sp. z o. o., d. wniosków o utajnienie dokumentów stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa,

2) nakazanie przez Izbę unieważnienia czynności zamawiającego w postaci wezwania odwołującego pismem z dnia 10 czerwca 2024 r. (doręczonym 11 czerwca 2024 r.) do złożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci kart katalogowych lub innych równoważnych dokumentów potwierdzających wymagane minimalne parametry oferowanego sprzętu, innych niż przedłożone przez odwołującego;

3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Ponadto o wyznaczenie terminu rozprawy w dniu, w którym ma odbyć się rozprawa przed Wysoką Izbą w sprawie z odwołania TDC Polska sp. z o. o. dot. postępowania prowadzonego przez zamawiającego – Muzeum Historii Polski w Warszawie pn. „Zaprojektowanie i wykonanie dwóch wystaw w sali wystaw czasowych Muzeum Historii Polski w podziale na dwie części: część I - „Rzeczpospolita Powstańcza”, część II - „1025. Narodziny królestwa”, nr zamówienia RZP/17/PN/U/2024, ponieważ wyznaczenie terminów rozpraw w tym samym dniu w tej oraz ww. sprawie ułatwi udział w nich pełnomocnikowi odwołującego.

Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania w postaci:

- 1) Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z wyjaśnieniami,
- 2) Ofert wszystkich wykonawców wraz z załącznikami,
- 3) Informacji z otwarcia ofert,
- 4) wniosków odwołującego z dnia 5 i 11 czerwca 2024 r.,

5) wezwania zamawiającego do odwołującego z dnia 10 czerwca 2024 r. na fakty wskazane w treści uzasadnienia odwołania, a w szczególności na fakty: przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieprzejrzysty przez bezzasadne utajnienie i w konsekwencji zaniechanie niezwłocznego udostępnienia odwołującemu kompletnych załączników do protokołu postępowania, pomimo wniosków Odwołującej w tym zakresie oraz poprzez bezpodstawne wezwanie odwołującego przez zamawiającego do złożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci kart katalogowych lub innych równoważnych dokumentów potwierdzających wymagane minimalne parametry oferowanego sprzętu, innych niż przedłożone przez odwołującego i sporządzonych przez producenta, podczas gdy dokumentacja przetargowa nie wymagała, by przedmiotowe środki dowodowe zostały sporządzone lub podpisane przez producenta, a przedmiotowe środki dowodowe przedłożone przez odwołującego wraz z ofertą były kompletne i spełniały wymagania określone w dokumentacji przetargowej. W razie braku ww. dokumentu w aktach postępowania wniósł by Wysoka Izba zobowiązała zamawiającego do ich przedłożenia, jako iż winny one znajdować się w aktach postępowania, także jako załączniki do protokołu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia tego odwołania, polegający na tym, że odwołujący jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem jej przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po otwarciu ofert zamawiający nie udostępnił odwołującemu kompletny załączników do protokołu niniejszego postępowania. Na wniosek odwołującego z dnia 5 czerwca 2024 r. zamawiający udostępnił niekompletną dokumentację dnia 7 czerwca 2024 r. Dnia 11 czerwca 2024 r. odwołujący ponownie wystosowała wniosek o udostępnienie dokumentacji. W związku z powyższym odwołujący posiada interes prawny w żądaniu udostępnienia jej załączników do protokołu niniejszego postępowania. Analiza żądanych dokumentów pozwoli jej bowiem na dochodzenie swych racji i w konsekwencji może doprowadzić do udzielenia jej zamówienia. W szczególności, na podstawie tych dokumentów odwołujący może zweryfikować poprawność ofert konkurencji, kwestionować oferty innych wykonawców, żądać ich odrzucenia w razie dostrzeżonych braków albo podnosić zarzut rażąco niskiej ceny. Odwołujący posiada też interes do domagania się nakazania unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu jej do przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych. Odwołujący ma bowiem wątpliwość czy jest w stanie przedłożyć środki dowodowe w formie wymaganej przez zamawiającego, a w szczególności sporządzone przez producenta sprzętu. Tymczasem brak ich przedłożenia w obliczu braku unieważnienia wezwania, prowadził będzie do odrzucenia

oferty odwołującego. Tym samym, przez dokonanie zaskarżonych czynności zamawiający doprowadził do sytuacji, w której odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołująca chce osiągnąć w wyniku jego realizacji.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią art. 74 ust. 1 i 2 ustawy, protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek, zaś załączniki do tego protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, przy tym oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. § 5 ust. 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi, że protokół postępowania udostępnia się zamawiającemu „niezwłocznie”. Ustęp 3 tego samego przepisu stanowi przy tym, że w razie niemożliwości lub trudności w udostępnieniu protokołu lub załączników do niego, zamawiający powinien „niezwłocznie” poinformować o tym wnioskodawcę. Przepis § 5 ust. 4 rozporządzenia z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2020 r. poz. 2434), nie stoi w opozycji do regulacji art. 74 ust. 1 i 2 p.z.p., jako przepis niższej rangi. Rozporządzenie stanowi wyłącznie o kwestiach technicznych i organizacyjnych udostępnienia protokołu, a termin "niezwłocznie" należy rozpatrywać w kontekście regulacji ustawowej. Tym samym zamawiający jest zobowiązany udostępnić protokół wraz z załącznikami odpowiednio wobec oferty i załączników do oferty niezwłocznie po ich otwarciu (Wyrok KIO z 11.02.2022 r., KIO 101/22, LEX nr 3357987). Załącznikami do protokołu są, zgodnie z treścią art. 73 ust. 1 Pzp oferty, opinie biegłych, oświadczenia, informacja z zebrania z wykonawcami, zawiadomienia, wnioski, dowód przekazania ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców oraz umowa w sprawie zamówienia publicznego. Dnia 4 czerwca 2024 r. zamawiający udostępnił wykonawcom informację z otwarcia ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Opracowanie projektu wykonawczego, wykonanie, dostarczenie oraz montaż elementów wystawy w formule zaprojektuj i wykonaj w Hangarze nr 5 w ramach przedsięwzięcia „Heksagon - Z wiatrem i pod wiatr – lotnictwo cywilne - wystawa stała w Muzeum Lotnictwa Polskiego w Krakowie”. Na wniosek odwołującego z dnia 5 czerwca 2024 r. zamawiający udostępnił niekompletną dokumentację dnia 7 czerwca 2024 r. Dnia 11 czerwca 2024 r. odwołujący ponownie wystosował wniosek o udostępnienie dokumentacji. Odwołujący nie otrzymał dotychczas od zamawiającego wszystkich dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, m. in. wskazanych w zarzucie załączników do ofert złożonych przez pozostałych Wykonawców, pomimo złożenia w tym zakresie wniosku. W szczególności odwołujący nie otrzymał części kalkulacji ceny oferty (załącznik nr 1A do SWZ), stanowiącej obligatoryjny załącznik do oferty każdego z wykonawców. Odwołujący powołał wyrok KIO z 25.11.2021 r., KIO 3210/21, LEX nr 3353727) Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem dostępu do ofert innych wykonawców wraz z załącznikami. Brak udostępnienia kluczowych dokumentów składających się na protokół postępowania, w szczególności załączników do ofert w postaci kalkulacji ceny ofert, przedmiotowych środków dowodowych oraz próbek stanowi istotne utrudnienie dla odwołującego, gdyż brak ich udostępnienia wiąże się ze znaczącymi trudnościami w dochodzeniu swoich racji i praw, zwłaszcza w zakresie udzielenia jej zamówienia. Odwołujący posiada uzasadnione podstawy, aby sądzić, że brak udostępnienia pełnej dokumentacji ofertowej innych wykonawców wraz z załącznikami (zwłaszcza w zakresie kalkulacji ceny oferty) wynika z dokonania przez innych wykonawców zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zgodnie z treścią art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: u.z.n.k.), 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. Sąd Najwyższy wskazał na konieczność łącznego spełnienia w/w przesłanek (wyrok z dnia 3 października 2000 r. o sygn. akt I CKN 304/00) oraz sprecyzował, że "na tajemnicę przedsiębiorstwa składa się całokształt informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych, handlowych i innych, a nie jedynie poszczególne elementy" (wyrok z 28 lutego 2007 r., sygn. akt V CSK 444/06). Charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa nie mają oferty składane w tej sprawie przez innych niż odwołujący wykonawców, ani ich części. W szczególności zaś charakteru takiego nie mają przedłożone przez innych wykonawców kalkulacje ceny oferty. Odwołujący podkreślił, że to na wykonawcy dokonującym zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa ciąży obowiązek wykazania, że dana informacja spełnia kryteria tajemnicy przedsiębiorstwa w art. 11 ust. 2 u.z.n.k. Nie jest zatem wystarczające samo złożenie, nawet uzasadnionego oświadczenia, że dana informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Zasadą generalną prawa zamówień publicznych jest, obok zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasada jawności (art. 18 ustawy PZP). Funkcją zasady jawności jest zapewnienie przejrzystości na każdym etapie postępowania, przy założeniu, że wszelkie ograniczenia jawności mogą być wprowadzane jedynie w drodze wyjątku i na podstawie wyraźnego upoważnienia wyrażonego wprost w przepisie ustawy. Dlatego też brak wyjaśnień, względnie udzielenie zbyt ogólnikowych lub niepopartych dowodami wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia. Powołał wyrok KIO z 20.03.2023 r., KIO 623/23, LEX nr

3517007. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że kalkulacja ceny oferty, której złożenia wymagał zamawiający wraz z ofertą, kwalifikuje się jako tajemnica przedsiębiorstwa. Sama kalkulacja ceny, bez odniesienia się do innych informacji (technicznych, technologicznych, organizacyjnych) nie posiada dla wykonawców wartości gospodarczej. Tym samym nie może być skutecznie zastrzeżona w tym postępowaniu i powinna podlegać ujawnieniu. Ponadto jednostkowe informacje zawarte w kalkulacji w przeważającej większości są dostępne publicznie, co również stanowi argument przeciwko zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa. Sam dobór elementów zamieszczonych przez Wykonawców w kalkulacji ceny ofert nie jest efektem pracy twórczej. Podobnie nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa przedmiotowe środki dowodowe oraz próbki, jakich złożenia wymaga zamawiający – dokumenty te nie mają wartości gospodarczej, a zapoznanie się z ich treścią przez osoby trzecie nie wiąże się z odniesieniem żadnej korzyści przez te osoby, za wyjątkiem możliwości rozbudowania argumentacji odwołania w tym postępowaniu oraz obrony swych praw w tym zakresie. W szczególności odwołujący podniósł, że próbka wymagana przez zamawiającego jest przygotowywana według ścisłych ram określonych w SWZ, przez co nie mają one istotnej wartości gospodarczej. Odwołujący podkreślił, że w udostępnionych zastrzeżeniach tajemnicy przedsiębiorstwa pozostali wykonawcy, powołując się na „know-how”, czynią to wyłącznie w sposób ogólny i powierzchowny. Tym samym nie wykazują, że zastrzeżone informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa podlegającą utajnieniu. Odwołujący kwestionuje m. in. również powołanie się przez pozostałych wykonawców na stosowanie umów ws. poufności z pracownikami i osobami współpracującymi z pozostałymi wykonawcami – do udostępnionych zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały dołączone żadne umowy, które stosują pozostali wykonawcy. Udostępnienie wszystkich załączników do ofert, w szczególności kalkulacji ceny ofert, przedmiotowych środków dowodowych oraz próbek jest niezbędne w celu dokonania weryfikacji, porównania oraz oceny ofert. Odwołujący posiada bowiem istotne wątpliwości co do mającego nastąpić wkrótce sposobu oceny ofert, w związku z czym konieczne i zasadne jest poznanie kompletu dokumentacji załączonej do ofert przez pozostałych wykonawców. W ocenie odwołującego zastrzeżenie dochowania poufności, złożone przez pozostałych wykonawców stanowi jedynie próbę uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów ofertowych, nie stanowi natomiast podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności, a uwzględnienie przez organ dokonanych zastrzeżeń naruszałoby podstawową zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stąd też odwołujący kwestionuje czynności zamawiającego, polegające na bezpodstawnym, niezgodnym z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, utajnieniu i w konsekwencji zaniechaniu niezwłocznego udostępnienia odwołującemu załączników do protokołu postępowania, pomimo wniosków odwołującego w tym zakresie, oraz wniośł o uwzględnienie odwołania i zawartych w nim wniosków.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 107 ust. 2 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy oraz art. 18 ust. 1 i 3 ustawy, wskazał, że z treści SWZ ani żadnych innych dokumentów przetargowych nie wynika obowiązek wykonawcy do przedłożenia kart katalogowych lub innych środków dowodowych sporządzonych przez konkretny podmiot, zwłaszcza przez producenta urządzenia. Z SWZ wynika jedynie obowiązek wykonawcy do przedłożenia kart katalogowych lub innych równoważnych dokumentów potwierdzających określone wymagane minimalne parametry. Takie parametry z całą pewnością potwierdzają dokumenty złożone przez odwołującego wraz z ofertą. Brak jest jakichkolwiek podstaw, by wzywać odwołującego do przedłożenia innych środków, zwłaszcza zaś sporządzonych przez producenta urządzenia. Wezwanie to, jako mogące prowadzić do odrzucenia oferty odwołującego, jest wyrazem naruszenia przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

W dniu 17 czerwca 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 19 czerwca 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Perfect Displays Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Ku Wiśle 7/60 Przystępujący wskazał, że jego interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystępuje polega na tym, że w przypadku oddalenia odwołania, a co za tym idzie podtrzymania decyzji o skutecznym utajnieniu zastrzeżonych informacji przekazanych wraz z ofertą przystępujący uniknie szkody w postaci zapoznania się przez odwołującego oraz inne potencjalne podmioty konkurencyjne na rynku z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa przystępującego.

Przystępujący wniośł o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia części oferty zastrzeżonej przez przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa. Składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący skutecznie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa część oferty dotyczącej:

- a) kalkulacji ceny oferty — załącznik nr IA do SWZ — w części dotyczącej wskazania producenta, modelu i symbolu oferowanych urządzeń;
- b) próbki, tj. projektu konstrukcyjnego zespołu uchwytów montażowych do podwieszenia samolotu - przedstawiając zamawiającemu zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy szczegółowe uzasadnienie dokonane zastrzeżenia.

Przystępujący w pełni podzielił stanowisko zamawiającego w przedmiocie odmowy odtajnienia ww. informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233). Szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne wskazujące na zasadność dokonania ww. czynności przez zamawiającego oraz bezpodstawność przedmiotowego odwołania w części dotyczącej ww. zarzutu przystępujący przedstawi na późniejszym etapie postępowania odwoławczego. Zgłoszenie zostało wniesione przez członka zarządu uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

W dniu 1 lipca 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty 1. i 2., tj. wszystkie zarzuty zawarte przez odwołującego w odwołaniu z dnia 14 czerwca 2024 r. Wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy.

W dniu 1 lipca 2024 r. zamawiający zakończył procedurę analizy prawnej skuteczności zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych przez poszczególnych wykonawców postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które jest przedmiotem odwołania i podjął decyzję o odtajnieniu wszystkich dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, w odniesieniu do wszystkich wykonawców. W związku z tym, w dniu 1 lipca 2024 r. zamawiający przesłał do wykonawców informacje o odtajnieniu.

W związku z możliwie przysługującymi wykonawcom środkami ochrony prawnej określonym w Dziale IX PZP, zamawiający ujawni odtajnione dokumenty i informacje po upływie 10 dni od daty przekazania wykonawcom pisma o ich odtajnieniu.

Zamawiający wskazał, że decyzją o odtajnieniu były objęte:

- kalkulacje ceny oferty stanowiącej załącznik 1A do SWZ w zakresie ofert Deko-Bau sp. z o. o., Perfect Displays sp. z o. o., New Amsterdam sp. z o. o.

- przedmiotowe środki dowodowe (dla urzędów dla których zamawiający wymaga w Załączniku 1A do SWZ podania producenta, typu, modelu wykonawca zobowiązany jest do złożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci kart katalogowych lub innych równoważnych dokumentów potwierdzających wymagane minimalne parametry) w zakresie ofert Fabryka Dekoracji M.P., New Amsterdam sp. z o. o.

- próbki – projektu konstrukcyjny zespołu uchwytów montażowych do podwieszenia samolotu, do specjalnie przewidzianych do tego belek stalowych hangaru, celem potwierdzenia zgodności zaoferowanego produktu z wymaganiami specyfikacji, w zakresie ofert Deko-Bau sp. z o. o., Perfect Displays sp. z o. o.,

Co stanowi wszystkie dokumenty, co do których wykonawcy złożyli wnioski o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odtajnienie wyżej wskazanych dokumentów pokrywa w całości wniosek odwołującego, w zakresie w jakim wykonawcy złożyli wnioski o zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający oświadczył, że w zakresie pozostałych dokumentów, co do których odtajnienia odwołująca wystosowała żądanie, wykonawcy nie zgłosili wniosków o utajnienie.

Zamawiający podniósł, iż zarzut 1 odwołania został uwzględniony w całości.

W dniu 1 lipca 2024 r. zamawiający unieważnił swoją czynność polegającą na wezwaniu odwołującego do uzupełnienia środków dowodowych z dnia 11 czerwca 2024 r., co w sposób całkowity czyni zadość wnioskowi odwołującej zawartym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, wobec uwzględnienia odwołania w zakresie obu zarzutów odwołania, zamawiający wniósł o umorzenie postępowania na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy.

W dniu 2 lipca 2024 r. odwołujący wniósł o:

1. uznanie czynności zamawiającego wyrażonej w piśmie z dnia 1 lipca 2024 r. jako częściowe uznanie odwołania TDC Polska sp. z o. o., tzn. jako uznanie odwołania w zakresie pkt. 2 i jako pozorne uznanie odwołania w zakresie pkt. 1;

2. nieumarzanie tego postępowania odwoławczego z uwagi na jedynie częściowe uznanie odwołania przez zamawiającego.

Pismem z dnia 1 lipca 2024 r. zamawiający oświadczył, że uznaje w całości odwołanie odwołującego z dnia 14 czerwca 2024 r., tj. w zakresie żądań odwołującego wyrażonych pkt. 1 i 2. Jednocześnie, w zakresie żądania wyrażonego w pkt. 1 odwołania (udostępnienie załączników do protokołu postępowania w postaci dokumentów wadliwie zastrzeżonych wcześniej jako tajemnica przedsiębiorstwa) zamawiający oświadczył, że nie dokona wnioskowanej czynności w okresie 10 dni od deklarowanego odtajnienia. W świetle tak przedstawionego stanowiska zamawiającego, według odwołującego należy uznać, że w istocie nie uznał on odwołania w zakresie pkt. 1, bowiem norma prawna wyrażona w art. 522 ust. 1 zd. 2 PZP jednoznacznie nakazuje zamawiającemu, w razie uznania odwołania, wykonanie wnioskowanej czynności, a za takowe nie można uznać deklarowanych przez zamawiającego działań, co wykazano poniżej. Jednocześnie, w razie tylko częściowego uznania odwołania przez zamawiającego, niemożliwe jest umorzenie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą na podstawie art. 522 ust. 1 PZP (P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 522.).

Wykonaniem czynności w tym postępowaniu, zgodnie z żądaniem odwołującej wyrażonym zawartym w odwołaniu, może być wyłącznie udostępnienie wnioskowanych załączników do protokołu postępowania, w dodatku wykonane w terminie przewidzianym w ustawie. Zgodnie z art. 74 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 protokół postępowania udostępniany jest na wniosek, przy czym następuje to co do zasady niezwłocznie, a w razie złożenia wniosku o udostępnienie przed sesją otwarcia ofert – nie później niż w terminie 3 dni od tego otwarcia. Co do wniosku złożonego później, nastąpić to powinno niezwłocznie (A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 74.). Ponadto, nie ma podstaw aby stwierdzić, że zamawiając potrzebuje więcej czasu na analizę dokumentów pod kątem badania poufności dokumentów, bowiem zamawiający sam przesądził o braku posiadania przez owe dokumenty charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, czemu dał wyraz w piśmie z dnia 1 lipca 2024 r. W przedmiotowym postępowaniu otwarcie ofert nastąpiło 4 czerwca 2024 r., natomiast wnioski odwołującego odnośnie udostępnienia protokołu postępowania datowane są na 5 i 11 czerwca 2024 r. Nawet przyjmując 1 lipca 2024 r. (dzień uwzględnienia odwołania) za datę powstania obowiązku udostępnienia protokołu z załącznikami, to udostępnienie powinno nastąpić niezwłocznie, a nie po odczekaniu przez zamawiającego 10 dni, zwłaszcza zważywszy na fakt, że przesądził on już, że wnioskowane dokumenty nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że wbrew twierdzeniom zamawiającego zawartym w ww. piśmie, nie uznał on odwołania w zakresie pkt. 1. Świadczą o tym złożone przez niego deklaracje co do planowanych działań, które są sprzeczne z żądaniem odwołującego i jeżeli zostaną wykonane, doprowadzą do obejścia prawa i będą niezgodne z żądaniem zawartym w odwołaniu, a także z przywołanymi przepisami ustawy.

Powyższe stanowisko znajduje podparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 24 maja 2024 r. (sygn. akt: KIO 1499/24, LEX nr 3724918.), uwzględnienie zarzutów odwołania przez zamawiającego nie może stanowić czynności pozornej, bowiem pozbawiałby to sensu i znaczenia prawnego określonych ustawą przepisów i prowadziło w prostej linii do wniosku, że ustawodawca był nieracjonalny w przyjmowaniu takiego rozwiązania legislacyjnego, a nadto skoro zamawiający uznał w całości zarzuty odwołania to zgodnie z art. 552 ust. 1 zd. 2 ustawy obowiązany był do wykonania w postępowaniu o zamówienie publiczne czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Uwzględnienie zarzutów odwołania należy postrzegać w kategorii podzielenia przez zamawiającego stanowiska prezentowanego przez odwołującego. To nie jest instytucja prawa pozwalająca zamawiającemu na działania asekuracyjne, lecz postanowienia art. 552 ust. 1 ustawy jednoznacznie przewidują określone skutki czynności procesowej uwzględnienia zarzutów odwołania, jakie obowiązkowo wywołują w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z pewnością za działanie zgodne z żądaniem w odwołaniu nie można traktować zadeklarowanej przez zamawiającego, planowanej przez niego czynności.

Podsumowując, deklarowane przez zamawiającego udostępnienie załączników do protokołu po upływie 10 dni nie będzie stanowić wykonania czynności wnioskowanej w odwołaniu, w związku z czym nie może prowadzić do umorzenia postępowania odwoławczego, bowiem nie spełnia wymogów prawidłowego uznania odwołania.

W dniu 3 lipca 2024 r. zamawiający podtrzymał wniosek o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 ust. 3 ustawy, zawarty w piśmie z dnia 1 lipca 2024 r.; ewentualnie, wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 ust. 2 ustawy. Zamawiający wskazał, że twierdzenia co do rzekomo częściowego, a nie całościowego uznania odwołania przez zamawiającego są bezpodstawne. Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 1 lipca 2024 r. zakończył weryfikację ofert wykonawców pod kątem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Weryfikacja ta została przeprowadzona niezwłocznie, przy czym na jej czas trwania miały wpływ wezwania do przedstawienia przedmiotowych środków dowodowych, które to środki dowodowe mogły obejmować tajemnicę przedsiębiorstwa danego wykonawcy, jak również konieczność udziału w tym procesie osób mających wiedzę specjalistyczną z zakresu technologii i wyposażenia wystaw. W wyniku ww. weryfikacji, zamawiający podjął decyzję o odtajnieniu wszystkich dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, w odniesieniu do wszystkich wykonawców. W tym samym dniu (1 lipca 2024 r.), zamawiający poinformował o fakcie odtajnienia poszczególnych wykonawców. Zamawiający poinformował także odwołującego o odtajnieniu oraz wskazał termin udostępnienia żądanej przez nią dokumentacji. W treści pisma z dnia 2 lipca 2024 r., odwołujący błędnie twierdzi, że aby uwzględnienie odwołania przez zamawiającego mogło być uznane za skuteczne, czynności zamawiającego będące skutkiem tego uwzględnienia muszą już być wykonane. W braku wykonania przez zamawiającego wszystkich tych czynności, zdaniem odwołującego, czynność uwzględnienia odwołania przez zamawiającego ma charakter pozorny, a tym samym postępowanie odwoławcze nie może być umorzone na podstawie art. 568 ust. 3 ustawy. Stanowisko to nie znajduje oparcia w treści art. 522 w zw. z art. 568 ustawy, które to przepisy przewidują możliwość umorzenia postępowania odwoławczego w przypadku uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, nie nakazując przy tym uprzedniego wykonania określonych czynności przez zamawiającego. Przepisy te nie przewidują przy tym żadnego terminu na wykonanie tych czynności przez zamawiającego. Jak wynika z orzeczeń

Krajowej Izby Odwoławczej, art. 522 zawiera w sobie dwie normy.

Pierwsza norma związana jest z kwestią umorzenia postępowania odwoławczego w przypadku, gdy zamawiający uwzględni zarzuty odwołania. Druga norma jest natomiast skierowana do zamawiającego i zobowiązuje go do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem odwołania „przy czym norma ta jest powiązana z normą adresowaną do Izby w ten sposób, że obowiązek zamawiającego określony adresowaną do niego normą powstaje w przypadku wykonania obowiązku określonego normą adresowaną do Izby” (Wyrok KIO z 27.03.2023 r., KIO 680/23, LEX nr 3529796). W konsekwencji, w realiach tej sprawy, obowiązek zamawiającego zachowania się zgodnie z żądaniem odwołania powstałby dopiero wraz z umorzeniem postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art. 568 ust. 3. Mając na względzie powyższe, nie powinno ulegać najmniejszym wątpliwościom, że odwołanie może być skutecznie uznane w całości przez zamawiającego, mimo braku uprzedniego wykonania wszystkich żądań zawartych w odwołaniu. Zamawiający zauważył, że wnioski odwołania są w obecnym stanie rzeczy bezprzedmiotowe, a postawiony zarzut w postaci rzekomego przyjęcia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców z całą pewnością uległ dezaktualizacji. Zamawiający nie tylko zadeklarował, ale dokonał już odtajnienia wskazanych w odwołaniu dokumentów, a także oznaczył konkretny termin ich udostępnienia, który uznał za niezwłoczny. Wskazanie przez zamawiającego terminu rzeczywistości na brak pozorności uwzględnienia odwołania, stanowi bowiem skonkretyzowaną zapowiedź wykonania czynności zgodnej z wnioskami odwołania.

Zamawiający podjął decyzję o uwzględnieniu odwołania, z uwagi na zbieżność wniosków odwołania z dokonanymi w dniu 1 lipca 2024 r. czynnościami, co pozwala na umorzenie niniejszego postępowania na podstawie art. 568 ust. 3 ustawy. Wskazał jednak należy, że umorzenie tego postępowania jest możliwe również na podstawie art. 568 ust. 2 ustawy – gdyż dalsze prowadzenie postępowania w niniejszej sprawie jest zbędne, z uwagi na jego bezprzedmiotowość. Przystępujący w dniu 4 lipca 2024 r. oświadczył, że nie zgłasza sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła Perfect Displays Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Ku Wiśle 7/60.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny: zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, a przystępujący po jego stronie wykonawca nie wniósł sprzeciwu. Powyższa sytuacja nadaje się do subsumpcji pod normę art. 522 ust. 2 ustawy. Zażalenie podstawy z art. 522 ust. 2 ustawy skutkuje umorzeniem postępowania na podstawie art. 568 pkt 3 ustawy, co znalazło odzwierciedlenie w sentencji rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do polemiki pomiędzy odwołującym i zamawiającym co do charakteru uwzględnienia zarzutów jak i co do możliwości umorzenia postępowania z powodu jego bezprzedmiotowości Izba podnosi, co następuje:

1. rację należy przyznać zamawiającemu, że oświadczenie o uwzględnieniu odwołania było oświadczeniem o uwzględnieniu odwołania w całości. Fakt, że zamawiający nie upublicznił z chwilą złożenia oświadczenia o uwzględnieniu odwołania dokumentów utajnionych przez skarżonych wykonawców i wskazał, że upublicznienia dokona po upływie 10 dni, nie ma znaczenia dla oceny oświadczenia procesowego zamawiającego, jako uwzględnienia zarzutów odwołania w całości. Zamawiający bowiem składa takie oświadczenie przed umorzeniem postępowania i o ile zająd okoliczności przewidziane w przepisie art. 522 ustawy pozwalające Izbie na umorzenie postępowania, to Izba wyda postanowienie o umorzeniu. Dopiero z chwilą wydania takiego postanowienia po stronie zamawiającego powstaje obowiązek wykonania żądań odwołującego. Nie jest zatem tak, jak twierdzi odwołujący, że to złożenie oświadczenia o uwzględnieniu odwołania obliguje zamawiającego niezwłocznie do wykonania żądań odwołania. Słusznie zauważa zamawiający, że to dopiero postanowienie Izby staje się taką podstawą prawną dla zamawiającego. Przepisy bowiem nie przewidują wydania postanowienia o umorzeniu, w każdej sytuacji uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, w szczególności jeśli po stronie zamawiającego występuje uczestnik postępowania, to ma on prawo wnieść sprzeciw, wówczas do umorzenia postępowania nie dojdzie, a Izba jest obowiązana rozpoznać odwołanie merytorycznie, co mogło, ale nie nastąpiło w tym postępowaniu.

2. Z kolei zamawiający nie jest zobowiązany do odczekiwania 10 dni pomiędzy poinformowaniem wykonawców o odtajnieniu ich utajnionych informacji, bowiem wszyscy wykonawcy, których to odtajnienie dotyczy zostali przez zamawiającego poinformowani o wniesieniu odwołania i mieli możliwość zgłoszenia przystąpienia, a z tej możliwości skorzystał jedynie wykonawca Perfect Displays. Wykonawca prawidłowo wezwany, który nie zgłosił przystąpienia, nie może następnie wnieść odwołania na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z żądaniem odwołującego – art. 5 Z kolei przystępujący Perfect Displays choć zgłosił przystąpienie, nie wniósł sprzeciwu, tym samym jemu również nie będzie już służyć odwołanie na czynność wykonaną zgodnie z żądaniem odwołującego, której się nie sprzeciwił. Tym

samym zamawiający może upublicznić informacje odtajnione nie czekając na ewentualne odwołania (bowiem te podlegałyby odrzuceniu).

3. Izba nie może umorzyć tego postępowania z bezprzedmiotowości, bo zamawiający nie powinien upubliczniać informacji przed umorzeniem postępowania w tej sprawie i sam stwierdził, że tego nie zrobi, gdyż w przeciwnym wypadku pozbawiłby praw procesowych przystępującego do zgłoszenia sprzeciwu. Skoro informacje nie zostały odtajnione i upublicznione na datę rozpoznania odwołania, to spór pomiędzy stronami nie można było ocenić jako nieistniejący, tym samym nie możliwe było umorzenie postępowania z bezprzedmiotowości na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 9 ust. 1 pkt. 2 lit. a cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu, oraz znosząc wzajemnie koszty pomiędzy stronami i nakazując zwrot wpisu uiszczanego przez odwołującego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: