

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 22 września 2022 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska

**Protokolant:** Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu w dniu 22 września 2022 roku w Warszawie, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, CTG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, 4 OP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku**

przy udziale wykonawcy **AWIMA Spółka jawna B. W. w Józefowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**postanawia**

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, CTG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, 4 OP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej równowartość uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), 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**

Zamawiający – Skarb Państwa – 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku – działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 – ustawa P.z.p.), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest kompleksowa usługa utrzymania czystości na terenie administrowanym przez 24 WOG w latach 2022-2025.

W dniu 12 września 2022 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, CTG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy, 4 OP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Legnicy (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie, wobec niezgodnych z przepisami ustawy P.z.p. czynności zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, podjętych w wyżej wymienionym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części 4 polegających na:

1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez: AWIMA SP. JAWNA B. W. z siedzibą w Józefowie,

2) uznaniu za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w wyjaśnieniach ceny oferty tegoż wykonawcy zawarte w treści dokumentów oznaczonych przez tegoż wykonawcę jako załączniki 2,3,4,5,6,7,9 do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w zakresie części 4, złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 Pzp, w konsekwencji utajnieniu wyjaśnień ceny oferty w szczególności informacji zawartych w treści załączników 2,3,4,5,6,7,9, zaniechaniu odtajnienia informacji znajdujących się w ww. dokumentach, zaniechaniu udostępnienia ww. dokumentów odwołującemu,

3) przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się w poprzez (1) utajnienia informacji i dokumentów, które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, (2) odmowie odtajnienia i udostępnienia informacji znajdujących się w opisanych powyżej dokumentach, (3) uniemożliwienie odwołującemu zapoznaniu się z treścią wyjaśnień ceny wykonawcy, ich weryfikację oraz uniemożliwienie wniesienia środków ochrony prawnej wobec ewentualnych uchybień dostrzeżonych w treści wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ustawy P.z.p. (4) wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy w szczególności bez umożliwienia odwołującemu jej rzeczywistej weryfikacji,

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego w zakresie części 4 odwołujący zarzucili naruszenie:

1) art. 18 ust. 1, ust.2 i ust. 3 w zw. z art. 74 ustawy P.z.p. w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ( t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1233 z późn.zm. dalej jako „ustawa o znk”) w zw. z art. 11 ust. 1 ustawy o znk w zw. z art. 16 w zw. z art. 17 w zw. z art. 239 ustawy P.z.p. poprzez:

a) błędną ocenę i błędne uznanie skuteczności zastrzeżenia przez Wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa całości informacji znajdujących się w dokumentach oznaczonych przez Wykonawcę jako załączniki 2,3,4,5,6,7,9 do wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ustawy P.z.p. (w szczególności takich jak szczegółowa kalkulacja ceny i wszystkich jej składowych, zestawienie porównawcze kosztów) polegającą w szczególności na przyjęciu, że całość treści ww. dokumentów (wszystkie informacje zawarte ww. dokumentach) podlega utajnieniu, że wykonawca prawidłowo oznaczył informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, Wykonawca prawidłowo wykazał, iż informacje zawarte w ww. dokumentach spełniają przesłanki z art. 11 ustawy o znk., w konsekwencji:

b) zaniechanie uznania za bezskuteczne dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa,

c) zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) informacji zawartych w ww. dokumentach,

d) zaniechanie udostępnienia odwołującemu informacji znajdujących się w ww. dokumentach mimo, iż:

(1) dokonane zastrzeżenie jest bezpodstawne (2) Wykonawca nieprawidłowo oznaczył informacje jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, informacje te z uwagi na ich treść nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa (nie spełniają przesłanek z art. 11 ust 2 ustawy o znk , nie przedstawiają wartości gospodarczej, są jednorazowe z uwagi na możliwość ich wykorzystania wyłączenie w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia a ich ujawnienie nie może narazić Wykonawcy na szkodę (3) Wykonawca nie wykazał, że zastrzegane przez niego informacje mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie wykazania przesłanek opisanych w art. 11 znk, m.in. że są to informacje techniczne, organizacyjne, przedstawiają wartość gospodarczą, (4) Wykonawca nie dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (3) wyłącznie niektóre informacje zwarte w ww. dokumentach mogły ewentualnie stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy znk oraz (4) mimo że uzasadnienie zastrzeżenia informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa jest ogólne, sztapowe i nie odnosi się szczegółowo do uzasadnienia zastrzegania konkretnych informacji znajdujących się w poszczególnych załącznikach, nie identyfikuje konkretnych informacji z uzasadnieniem konieczności każdorazowego wykazania wobec każdej z informacji przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o znk, nie odnosi się do specyfiki zastrzeganych informacji.

Konsekwencją zaś powyższych działań jest brak możliwości weryfikacji czy oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, jest zgodna z warunkami zamówienia, nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji postawienie stosownych zarzutów w odwołaniu.

Ponadto powyższe doprowadziło do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców co przejawiało się poprzez utajnienie informacji i dokumentów, (1) nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa (2) co do których nie wykazano przesłanek z art. 11 ust 2 ustawy znk, (3) które nie zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa; ponadto sama decyzja od odmowie udostępnienia nie zawierała żadnego uzasadnienia, odmowę odwołujący wywodzi z faktu nieudostępnienia ww. informacji zawartych w ww. dokumentach, nie są mu jednak znane motywy takiego postępowania zamawiającego. (3)

Wskazując na powyższe zarzuty w zakresie części 4 odwołujący wnieśli o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na ocenie ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, a w tym:
  - uznania za bezskuteczne zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, informacji znajdujących się w wyjaśnieniach ceny, zawartych w dokumentach oznaczonych przez Wykonawcę jako załączniki nr 2,3,4,5,6,7,9 do wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ustawy P.z.p.,
  - dokonania czynności polegającej na odtajnieniu (ujawnieniu) całości lub w odpowiedniej części informacji zawartych w wyjaśnieniach ceny, zawartych w dokumentach oznaczonych przez Wykonawcę jako załączniki nr 2,3,4,5,6,7,9 do wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ustawy P.z.p.,
  - udostępnienie odwołującemu powyższych dokumentów i informacji.

Ponadto wnieśli o:

- 1) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca AWIMA Spółka jawna B. W. w Józefowie (dalej: przystępujący).

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 września 2022 roku zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 22 września 2022 roku przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu i braku sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, postępowanie odwoławcze należało umorzyć na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy P.z.p. Zgodnie z art. 522 ust. 2 ustawy P.z.p., jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższego, postanowiono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 9 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r., poz. 2437), z którego wynika, że jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie, a Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący .....