

Sygn. akt: KIO 1052/18

**POSTANOWIENIE
z dnia 14 czerwca 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania w dniu 14 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2018 r. przez wykonawcę Seen Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Siennicka 29, 04-934 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Tauron Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Jaworznie, ul. Promienna 51, 43-603 Jaworzno

przy udziale:

A. wykonawcy J.T.C S.A. z siedzibą w Będzinie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: (1) Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie (30-732) przy ul. Konstantego Brandla 1 oraz (2) Hidrofilt Water Treatment Ltd. z siedzibą w Nygakanizsa (H-8800), Magyar Street 191, Węgry zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Seen Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Siennicka 29, 04-934 Warszawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Seen Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Siennicka 29, 04-934 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Seen Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Siennicka 29, 04-934 Warszawa na rzecz Zamawiającego: Tauron Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Jaworznie, ul. Promienna 51, 43-603 Jaworzno kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz ze zm.), na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Tauron Wytwarzanie S.A. z siedzibą w Jaworznie, ul. Promienna 51, 43-603 Jaworzno wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Odtworzenie stacji przygotowania wody zdemineralizowanej SDW w Tauron Wytwarzanie S.A. - Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie, nr referencyjny 2017/TW/TW/04814/L.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało dokonane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 grudnia 2017r. pod numerem 2017/S 243-508024.

Otwarcie ofert w przedmiotowym przetargu nastąpiło w dniu 10 maja 2018 r.

W dniu 11 maja 2018 r. Odwołujący: Seen Technologie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Siennicka 29, 04-934 Warszawa, działając na podstawie art. 96 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, wniósł o udostępnienie do wglądu ofert złożonych w postępowaniu przez pozostałych wykonawców.

Zawiadomieniem z dnia 11 maja 2018r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co do których wykonawca zastrzegł, że nie mogą być udostępniane, nie zostaną udostępnione w związku z treścią art.8 ust.3 ustawy Pzp.

W dniu 18 maja 2018 r., została zorganizowana czynność udostępnienia ofert.

Nie zgadzając się z powyższym stanem rzeczy Odwołujący w dniu 28 maja 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnego z przepisami ustawy Pzp ograniczenia przez Zamawiającego dostępu do informacji związanych z postępowaniem polegającego na zaniechaniu przez Zamawiającego ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazał, że niezgodna z przepisami ustawy Pzp czynność Zamawiającego dotyczyła odmowy udostępnienia informacji stanowiących część oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: (1) Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie (30-732) przy ul. Konstantego Brandla 1 oraz (2) Hidrofilt Water

Treatment Ltd. z siedzibą w Nygakanizsa (H-8800), Magyar Street 191, Węgry, które to informacje powinny być przez Zamawiającego udostępnione Odwołującemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7. ust. 1, art 8 ust 1, 2 i 3, art. 96 ust. 3 Pzp i art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej; „UZNK” tj. naruszenie zasady jawności postępowania, polegającej na niezgodnym z przepisami ustawy ograniczeniu dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie Zamówienia, poprzez błędną ocenę i uznanie, że informacje zawarte w dokumentach wchodzących w skład oferty złożonej przez Konsorcjum (tj. Załącznik nr 2B do Wzoru Umowy: Założenia techniczne. Opis techniczny Przedmiotu Umowy; Załącznik nr 3 do Wzoru Umowy: Harmonogram Rzeczowo-Finansowy; Załącznik nr 4 do Wzoru Umowy: Ramowy Harmonogram Realizacji Umowy; załącznik nr 5 do Wzoru Umowy: Gwarantowane Parametry Techniczne; Załącznik nr 16 do Wzoru Umowy: Specjalistyczne urządzenia,, przyrządy i narzędzia oraz części szybkozużywające się; Załącznik nr 17 do Wzoru Umowy: Zakres Przedmiotu Umowy powierzony Podwykonawcom) stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa pomimo, że informacje te nie mogą być na gruncie ustawy uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji uniemożliwienie Odwołującemu oraz pozostałym wykonawcom oceny zgodności oferty Konsorcjum z SIWZ, co z kolei stanowi utrudnienie uczciwej konkurencji w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. uznania za bezskuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji w dokumentach zawartych w ofercie Konsorcjum, o których mowa powyżej;
2. udostępnienia Odwołującemu i pozostałym wykonawcom zastrzeżonej części oferty Konsorcjum w zakresie dokumentów, o których mowa powyżej.

Na podstawie art. 190 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów oraz wydruków powołanych w treści niniejszego odwołania i do niego załączonych, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania oraz tego co jest w nich stwierdzone.

Odwołujący w swoim odwołaniu wskazał, że Zamawiający w dniu 11 maja 2018r. zaznaczył ogólnie (tj. bez wskazywania konkretnego zakresu), że nie udostępni Odwołującemu części informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa konkurentów.

Zdaniem Odwołującego - jednak dopiero w dniu 18 maja 2018 r., w toku czynności udostępnienia ofert okazało się jaka konkretnie część informacji została przez Konsorcjum zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dniu 30 maja 2018r. zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawca J.T.C S.A. z siedzibą w Będzinie, a po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w składzie: (1) Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie (30-732) przy ul. Konstantego Brandla 1 oraz (2) Hidrofilt Water Treatment Ltd. z siedzibą w Nygakanizsa (H-8800), Magyar Street 191, Węgry, zwani dalej Przystępującym.

Pismem z dnia 13 czerwca 2018r. stanowiącym odpowiedź na odwołanie Zamawiający wnosił między innymi odrzucenie odwołania na podstawie art.189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dokumentacyjnego przedmiotowego postępowania przetargowego, w tym akt sprawy odwoławczej Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym, po wysłuchaniu argumentacji stron i uczestnika, Izba doszła do przekonania, że zachodzi przesłanka do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Izba zważyła, że zgodnie z art.182 ust.3 pkt. 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Izba uznała, że Odwołujący już w dniu 11 maja 2018r. powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania tj. w dacie przesłania wykonawcom zawiadomienia, że informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co do których wykonawca zastrzegł, że nie mogą być udostępniane, nie zostaną udostępnione w związku z treścią art.8 ust.3 ustawy Pzp.

Przy czym, Izba ustaliła, że powyższa wiadomość Zamawiającego skierowana do trzech wykonawców konkurencyjnych, została przekazana im w okolicznościach, gdy każdy z nich poczynił zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa załączników do oferty w podobnym zakresie, jak jego konkurent.

Z tego należy wnioskować, że Odwołujący miał pełną świadomość co do tego, że Zamawiający odmówił mu udostępnienia oferty w części zastrzeżonej tajemnicą przedsiębiorstwa.

W związku z tym, Izba stwierdziła, że Odwołujący wniósł odwołanie dopiero w dniu 28 maja 2018 r., co potwierdza prezentata Izby znajdująca się na tym dokumencie, podczas gdy upływ 10 dniowego terminu prawem przewidzianego liczonego od dnia 11 maja 2018r. nastąpił w dniu 21 maja 2018r.

Z powyższego wynika, że odwołanie zostało wniesione po terminie, skoro Odwołujący dowiedział się o odmowie udostępnienia mu informacji z klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa już w dniu 11 maja 2018 r., po zbadaniu i ocenie przez Zamawiającego zasadności tajemnicy przedsiębiorstwa.

Stosownie do przepisu art.189 ust.2 pkt. 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:.....