

Sygn. akt: KIO 121/13

POSTANOWIENIE
z dnia 30 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 30 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **Integrity Solutions sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowe Centrum Badań Jądrowych w Otwocku- Świerku**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych) na rzecz wykonawcy **Integrity Solutions sp. z o.o. w Warszawie**, stanowiącej wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Narodowe Centrum Badań Jądrowych, zwane dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „wykonanie systemu przechowywania danych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 listopada 2012 r. nr 2012/S 218-359236. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 10 stycznia 2013 r. zamawiający zawiadomił faksem wykonawcę Integrity Solutions sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, iż uznaje za skuteczne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji znajdujących się w ofercie złożonej przez wykonawcę Koma Nord sp. z o.o. w Gdyni.

Wobec zaniechania czynności uznania za bezskuteczne zastrzeżenie informacji znajdujących się w ofercie złożonej przez wykonawcę Koma Nord sp. z o.o. w Gdyni jako tajemnica przedsiębiorstwa, odwołujący wniósł w dniu 21 stycznia 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia części oferty złożonej przez wykonawcę Koma Nord sp. z o.o. w Gdyni, zawierającej informacje zastrzeżone przez Koma Nord sp. z o.o. w Gdyni jako tajemnica przedsiębiorstwa, pomimo, że utajnione dokumenty nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. z dnia 26 czerwca 2003 r., Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), a tym samym niezachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców poprzez uniemożliwienie odwołującemu dokonania oceny zgodności złożonej przez Koma Nord sp. z o.o. w Gdyni oferty z treścią SIWZ,
- 2) art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niewłaściwe zastosowanie wobec uznania zasadności zastrzeżenia dokonanego przez firmę Koma Nord sp. z o.o. w Gdyni części oferty jako tajemnica przedsiębiorstwa, w sytuacji, gdy przesłanki uznania zamieszczonych w utajnionej części

oferty informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa określone ww. przepisem nie zostały spełnione.

W oparciu o przywołane zarzuty i przedstawioną w uzasadnieniu odwołania argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) odtajnienia oferty złożonej przez wykonawcę Koma Nord sp. z o.o. w Gdyni w części uznanej za tajemnicę przedsiębiorstwa,
- b) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kwoty 15.000 zł uiszczonej tytułem wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa odwołującego przez profesjonalnego pełnomocnika w postępowaniu na podstawie faktury VAT, która zostanie przedłożona w toku postępowania.

Na podstawie pisma zamawiającego z dnia 23 stycznia 2013 r. ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 21 stycznia 2013 r. faksem.

W dniu 23 stycznia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia złożono w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu należącym do Pana Wojciecha Kotasa. W treści zgłoszenia przystąpienia wskazano, że składane jest w imieniu Koma Nord sp. z o.o. w Gdyni. Do zgłoszenia przystąpienia nie załączono odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego ani pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie Pana Wojciecha Kotasa do składania oświadczeń woli w imieniu Koma Nord sp. z o.o. w Gdyni. Ponadto zgłaszający przystąpienie nie wykazał faktu przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia do zamawiającego ani odwołującego, gdyż nie dołączył do zgłoszenia przystąpienia dowodów przesłania tego dokumentu.

Stosownie do art. 185 ust. 2 ustawy Pzp Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Niezłożenie odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego ani pełnomocnictwa lub innego dokumentu, z którego wynikałoby umocowanie Pana W..... K..... do składania

oświadczeń woli w imieniu wykonawcy - Koma Nord sp. z o.o. w Gdyni jest brakiem formalnym zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Analogicznie należy ocenić niewykazanie przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego zamawiającemu i odwołującemu.

Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji usunięcia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego (w przeciwieństwie do instytucji usunięcia braków formalnych odwołania – art. 187 ust. 3 ustawy Pzp). Powyższe skutkowało koniecznością uznania za bezskuteczne zgłoszenia przystąpienia wykonawcy Koma Nord sp. z o.o. w Gdyni do analizowanego postępowania odwoławczego. Stwierdzono zatem, że w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Podzielono tym samym, wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie Izby pogląd, iż *Brak skutecznego, tj. zgodnego z art. 185 ust. 2 p.z.p., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego należy traktować jako brak przystąpienia w terminie opisanego w art. 186 ust. 2 ustawy. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie brał udziału żaden wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego (tak m.in. postanowienie KIO z dnia 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 348/10)*. Podzielono w omawianym zakresie również stanowisko wyrażane w piśmiennictwie, zgodnie z którym *Wobec braku przepisów ustalających zasady uzupełniania braków formalnych w interwencji ubocznej ich ewentualne wystąpienie sankcjonowane będzie odrzuceniem interwencji (por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz LEX 2010, Komentarz do art. 185 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.)*.

Ustalono także, że 25 stycznia 2013 r., przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie (pismo znak: NCBJ/DA/31/2013), w której zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywoływanym przepisem, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz

uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.

W związku z powyższym Izba, na podstawie art. 186 ust. 2, art. 186 ust. 6 pkt 1, art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, oraz § 13 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 13 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), postanowiła jak na wstępie.

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia 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), zgodnie z którym w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: