

Sygn. akt: KIO 2615/22

POSTANOWIENIE
z dnia 14 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie w dniu 14 października 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2022 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Integrated Solutions sp. z o.o., Orange Polska S.A., NTT Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy „T-Systems Polska” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Integrated Solutions sp. z o.o., Orange Polska S.A., NTT Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.
- 3. zasądzić od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Integrated Solutions sp. z o.o., Orange Polska S.A., NTT Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą

w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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 – Zakład Ubezpieczeń Społecznych z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), którego przedmiotem jest „system telefonii stacjonarnej IP dla C/ZUS oraz podległych jednostek terenowych ZUS”, nr postępowania: TZ/271/3/21. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 maja 2021 r., za numerem 2021/S 087-224398.

W dniu 3 października 2022 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Integrated Solutions sp. z o.o., Orange Polska S.A., NTT Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Odwołującego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca „T-Systems Polska” sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu.

Izba ustaliła, że w dniu 13 października 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości przedstawiając uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 14 października 2022 r. wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie Odwołującego o wyrażeniu zgody na odtajnienie informacji zawartych w piśmie z dnia 8 września 2022 r., złożonym w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia treści oferty, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący wniósł ponadto o:

1) umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp i zwrot całości wpisu od odwołania na rachunek bankowy Odwołującego,

2) ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia wniosku zawartego w pkt 1 – umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy pzp i zwrot 90 % wpisu od odwołania na rachunek bankowy Odwołującego.

W piśmie Odwołujący podniósł, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, zmienia i uzupełnia powody decyzji o odtajnieniu zastrzeżonych informacji. Odwołujący wskazał, że w piśmie o odtajnieniu Zamawiający podał powody swojej decyzji, z kolei w odpowiedzi na odwołanie – częściowo zmienił te powody i uzupełnił swoje uzasadnienie. Podniósł dalej, że odwołanie wnosi się m.in. na niezgodną z przepisami ustawy pzp czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na tę czynność składa się nie tylko czynność materialno-techniczna polegająca na odtajnieniu, ale także, a w zasadzie przede wszystkim, przyczyna jej dokonania, tj. ustalone przez Zamawiającego fakty, które zaktualizowały obowiązek – wynikający z normy prawnej – zachowania się zgodnie z jej dyspozycją (tu – odtajnienia informacji zastrzeżonych). Świadomość tych kwestii jest konieczna zarówno dla ustalenia na co można wnieść odwołanie i co w konsekwencji powinno być przedmiotem rozpoznania przez Izbę. Zaznaczył, że konieczność poznania przez wykonawcę motywów podjęcia przez Zamawiającego danej czynności, nie tylko wynika z wyrażonej w art. 16 pkt 2 zasady przejrzystości, ale jest niezbędne dla skorzystania ze środków ochrony prawnej, co wynika chociażby z art. 516 ust. 1 pkt 10, który wymaga, aby odwołanie zawierało wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W ocenie Odwołującego, wyjście przez Zamawiającego poza zakres czynności (zmiana powodów jej dokonania), oznaczałaby w istocie unieważnienie pierwotnej czynności Zamawiającego i dokonanie czynności nowej, a dopuszczenie do zmiany czynności przez Zamawiającego (poprzez np. podanie nowych przyczyn jej dokonania) de facto pozbawia Odwołującego prawa do skorzystania ze środków ochrony prawnej na zasadach przewidzianych w ustawie pzp. W konsekwencji zmiany powodów odtajnienia zastrzeżonych informacji w przesłanej odpowiedzi na odwołanie, Odwołujący oświadczył, że wyraża zgodę na odtajnienie informacji zastrzeżonych, co w ocenie Odwołującego skutkuje brakiem substratu zaskarżenia, gdyż Odwołujący nie wyraża dalszej woli utrzymania ich w tajemnicy, a zatem rozpatrywanie odwołania jest bezprzedmiotowe (zbędne), co powinno skutkować umorzeniem postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp i zwrotem całości wpisu od odwołania na rachunek bankowy Odwołującego. W przypadku nieuwzględnienia wniosku zawartego w pkt 1, Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania, i wniósł

o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy pzp oraz o zwrot 90 % wpisu od odwołania na rachunek bankowy Odwołującego.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego z pkt 1 pisma procesowego dotyczącego umorzenia postępowania na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy pzp. W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie nie można stwierdzić braku substratu zaskarżenia na podstawie wskazanych przez Odwołującego okoliczności. Zauważyć należy, że zgodnie z art. 513 pkt 1 ustawy pzp, odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu. Niewątpliwie w przedmiotowej sprawie czynnością zaskarżoną była czynność Zamawiającego z dnia 31 sierpnia 2022 r. odtajnienia wyjaśnień Odwołującego. W ocenie Izby stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie zawiera wyłącznie jego argumentację procesową i nie może być traktowane jako zmiana czynności z dnia 31 sierpnia 2022 r. Podkreślenia wymaga, że rozpoznanie merytoryczne odwołania wniesionego na czynność odtajnienia dokumentów w postępowaniu i rozstrzygnięcie sporu przez Izbę polega każdorazowo na odpowiedzi na pytanie, czy zamawiający prawidłowo uznał, że wykonawca w ustawowym terminie nie uzasadnił w sposób wystarczający dokonane przez siebie zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba rozstrzyga o prawidłowości czynności odtajnienia badając uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone wraz z dokumentami podlegającymi zastrzeżeniu pod kątem spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba podziela w tym zakresie stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, że ustawa pzp nie nakłada na zamawiającego obowiązku uzasadnienia czynności odtajnienia. W tym zakresie nie można by było także stwierdzić zamawiającemu naruszenia. Ustawodawca wyraźnie wskazał w ustawie te czynności, które determinują po stronie zamawiającego obowiązek ich uzasadnienia, jak czynność wyboru oferty najkorzystniejszej czy też czynność odrzucenia oferty (art. 252 ust. 1 ustawy pzp). Zamawiający po zbadaniu spełnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa podejmuje decyzję o udostępnieniu bądź nie zastrzeżonych dokumentów. Z pewnością podanie przyczyn nieuznania zastrzeżenia za skuteczne należy ocenić pozytywnie, jednak obowiązku takiego nie ustanawia ustawa. Mając powyższe na względzie, argumentacja dotycząca odtajnienia przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie, jako stanowisko Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym, nie oznacza zmiany czynności odtajnienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, skutkującej brakiem substratu zaskarżenia w przedmiotowej sprawie.

W ocenie Izby czynność, na którą zostało złożone odwołanie istnieje, a oświadczenie Odwołującego o braku woli utrzymywania informacji w tajemnicy należy traktować różnoznacznie z brakiem woli podtrzymywania odwołania złożonego na czynność odtajnienia.

Izba uwzględniła więc wniosek ewentualny Odwołującego opierający się na oświadczeniu Odwołującego o wycofaniu odwołania. W tym zakresie Izba stwierdziła, że pismo wycofujące odwołanie zostało złożone prawidłowo i podpisane przez osobę umocowaną, w konsekwencji czego uznała, że odwołanie zostało skutecznie wycofane przed otwarciem rozprawy.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie ustawy pzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie, ponieważ oświadczenie o cofnięciu odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego bez konieczności rozpoznawania zarzutów i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczanego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 13 500,00 zł, stosownie do art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.). Zgodnie z § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b, jako że oświadczenie o wycofaniu odwołania wpłynęło w dniu, na który zostało wyznaczone posiedzenie i rozprawa w przedmiotowej sprawie Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty poniesione z tytułu zastępstwa procesowego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie rachunku złożonego przez Zamawiającego na posiedzeniu.

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: