

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 23 lipca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Aneta Mlącka  
**Członkowie:** Małgorzata Matecka  
Agata Mikołajczyk  
**Protokolant:** Norbert Sierakowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 23 lipca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2019 r. przez Odwołującego **PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. (ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Wałbrzych (Plac Magistracki 1, 58-300 Wałbrzych)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o., Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. (ul. Piasta 16, 58-304 Wałbrzych)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**postanawia:**

1. odrzucić odwołanie
2. kosztami postępowania obciążyć Odwołującego **PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. (ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław)** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **PHU KOMUNALNIK Sp. z o.o. (ul. Św. Jerzego 1A, 50-518 Wrocław)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Świdnicy**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **UZASADNIENIE**

Zamawiający Gmina Wałbrzych prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór odpadów komunalnych oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu nieruchomości, objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi, zlokalizowanych w I i II Sektorze odbierania odpadów komunalnych na terenie miasta Wałbrzycha”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 06 marca 2019 roku w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr 2019/S 046-105760.

Odwołujący Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik sp. z o.o. wniósł odwołanie, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na zmianie przez Zamawiającego sposobu oceny informacji zastrzeżonych przez Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. (lider konsorcjum) oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba S.A. (członek konsorcjum) jako tajemnica przedsiębiorstwa (informacji stanowiących wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum w trybie art. 90 ust. 1 Pzp (i/lub art. 87 ust. 1 Pzp) w dniu 17 maja 2019r., w dniu 11 czerwca 2019r. oraz w ewentualnych ich późniejszych uzupełnieniach) i przyjęciu, mimo wcześniejszej odmiennej deklaracji w tym zakresie, że informacje te zostały przez Konsorcjum skutecznie zastrzeżone i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, co skutkowało zaniechaniem odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów zawierających te informacje, o czym Odwołujący dowiedział się z pisma Zamawiającego otrzymanego w dniu 8 lipca 2019r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 i 2 Pzp oraz w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: "u.z.n.k") oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezasadne przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum, tj. wyjaśnienia złożone Zamawiającemu w dniu 17 maja 2019r., w dniu 11 czerwca 2019r. wraz z ich ewentualnymi późniejszymi uzupełnieniami, stanowią w całości tajemnicę przedsiębiorstwa i zostały skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Konsorcjum, a w ślad za tym zaniechanie udostępnienia wskazanych dokumentów Odwołującemu, co w konsekwencji prowadzi do naruszenia naczelnej zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania, a także utrudnia pozostałym wykonawcom udział w postępowaniu, pozbawiając ich możliwości weryfikacji poprawności oferty złożonej przez Konsorcjum, co jednocześnie prowadzi do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz jest niezgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez nakazanie Zamawiającemu:

unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 8 lipca 2019r., tj. czynności cofnięcia (unieważnienia) wcześniejszej czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu przez Zamawiającego, że Konsorcjum w sposób skuteczny zastrzegło złożone przez siebie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp (i/lub art. 87 ust. 1 pzp) wyjaśnienia, co w konsekwencji winno prowadzić do nakazania Zamawiającemu udostępnienia informacji zawartych w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu przez Konsorcjum w dniu 17 maja 2019r., w dniu 11 czerwca 2019r. oraz w ewentualnych późniejszych uzupełnieniach tych wyjaśnień w całości, zgodnie z zapowiedzią Zamawiającego z dnia 26 czerwca 2019r.

**Izba ustaliła, że:**

Odwołujący w dniu 17 czerwca 2019 roku wniósł odwołanie, w którym podniósł zarzuty tożsame z zarzutami podniesionymi w odwołaniu w niniejszym postępowaniu, tj. dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na przyjęciu, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba S.A. w sposób prawidłowy i skuteczny zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w dniu 17 maja oraz 6 czerwca 2019 roku oraz ich ewentualne późniejsze uzupełnienia, co skutkowało zaniechaniem odtajnienia i udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu.

26 czerwca 2019 roku Zamawiający uwzględnił odwołanie.

28 czerwca 2019 roku Przystępujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba S.A. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

28 czerwca 2019 roku odwołanie zostało zwrócone Odwołującemu postanowieniem wydanym przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z uwagi na brak formalny, tj. brak uiszczenia wpisu od odwołania.

28 czerwca 2019 roku Odwołujący zwrócił się pismem do Zamawiającego z prośbą o odtajnienie i udostępnienie Odwołującemu dokumentów w postaci wyjaśnień złożonych w postępowaniu i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba S.A.

28 czerwca 2019 roku Zamawiający w odpowiedzi na powyższą prośbę Odwołującego o odtajnienie dokumentów w postaci wyjaśnień złożonych w postępowaniu i zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba S.A. poinformował, że dokumenty zostaną udostępnione Odwołującemu po spełnieniu się przesłanki, o której mowa w artykule 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, chyba

że zajdą okoliczności, o których mowa w ust. 4 tego artykułu, z uwzględnieniem postanowienia art. 198b ust. 2 ustawy Pzp.

22 lipca 2019 roku Odwołujący wniósł pismo procesowe, w którym rozszerzył żądania przedstawione w odwołaniu o żądanie unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

### **Izba zważyła co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z tym artykułem, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zarzuty podnoszone przez Odwołującego w niniejszym odwołaniu dotyczą tej samej czynności Zamawiającego, która była przedmiotem odwołania z dnia 17 czerwca 2019 roku, wniesionego wobec czynności Zamawiającego polegającej na przyjęciu, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba S.A. w sposób prawidłowy i skuteczny zastrzegli jako tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnienia złożone w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w dniu 17 maja oraz 6 czerwca 2019 roku oraz ich ewentualne późniejsze uzupełnienia, co skutkowało zaniechaniem odtajnienia i udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu.

Zamawiający w dniu 6 czerwca 2019 roku poinformował Odwołującego o uznaniu za tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba S.A. w dniu 17 maja 2019 roku w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i odmówił Odwołującemu udostępnienia tych dokumentów. Jednocześnie Odwołujący powziął wiadomość, że 4 czerwca 2019 roku Zamawiający wezwał ww. wykonawców do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień. Tym samym, jako termin początkowy wniesienia odwołania należy przyjąć 6 czerwca 2019 roku.

Odwołujący wniósł odwołanie 17 czerwca 2019 roku (a zatem zgodnie z terminem wskazanym w ustawie), jednakże z uwagi na nieuzupełnienie braków formalnych w wyznaczonym terminie, odwołanie zostało zwrócone. Zgodnie z art. 187 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie zwrócone nie wywołuje żadnych skutków, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby. Powyższe oznacza, że Odwołujący nie skorzystał z prawa do wniesienia odwołania w przewidzianym terminie na czynności Zamawiającego dotyczące zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba S.A.

Wniesienie przez Odwołującego odwołania z dnia 10 lipca 2019 roku od czynności polegającej, jak wskazał Odwołujący, na zmianie przez Zamawiającego sposobu oceny informacji zastrzeżonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa, stanowi wyłącznie próbę konwalidacji zaniechania Odwołującego polegającego na nieuiszczeniu w terminie do wniesienia odwołania wpisu od środka ochrony prawnej, który został złożony uprzednio, tj. w dniu 17 czerwca 2019 roku.

Ponownie podkreślić należy, że zarówno odwołanie z dnia 17 czerwca 2019 roku, które zostało zwrócone postanowieniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2019 roku, jak i odwołanie z 11 lipca 2019 roku, obejmują zarzuty dotyczące tej samej czynności Zamawiającego.

Nie sposób uznać za prawidłowe twierdzenia Odwołującego, aby Zamawiający zmienił stanowisko co do sposobu oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba S.A. i aby podjął w tym zakresie nową czynność, od której przysługuje nowy termin na wniesienie odwołania. Czynność Zamawiającego polegająca na ocenie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odmowie udostępnienia przez Zamawiającego wyjaśnień zastrzeżonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alba Dolny Śląsk sp. z o.o. oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba S.A. jako tajemnica przedsiębiorstwa, została przez Zamawiającego dokonana już wcześniej, tj. w dniu 6 czerwca 2019 roku. Zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, od tej daty rozpoczął bieg termin na wniesienie odwołania. Natomiast 11 lipca 2019 roku Odwołujący ponownie wniósł odwołanie od (materialnie) tej samej czynności Zamawiającego w sytuacji, gdy termin na wniesienie odwołania już upłynął. Takie działanie Odwołującego stanowi próbę uzyskania merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy, która nie została uprzednio rozpoznana z przyczyn leżących po stronie Odwołującego.

W niniejszym postępowaniu istotne znaczenia ma okoliczność, że Zamawiający uwzględnił odwołanie z dnia 17 czerwca 2019 roku. Jednakże w postępowaniu o sygnaturze akt KIO 1111/19, dokonanie czynności wynikających z uwzględnienia odwołania (tj. uwzględnienie żądania Odwołującego w zakresie odtajnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa) Zamawiający uzależnił od braku wniesienia przez Przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alba Dolny Śląsk sp. z o.o.

oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Alba S.A. sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu, co wynika z pisma Zamawiającego z dnia 28 czerwca 2019 roku skierowanego do Odwołującego. Przystępujący wniósł taki sprzeciw. Zatem czynność Zamawiającego polegająca na uwzględnieniu zarzutów podniesionych w odwołaniu nie stała się ostatecznie prawomocna. Jednocześnie odwołanie nie mogło zostać rozstrzygnięte merytorycznie przez Krajową Izbę Odwoławczą, bowiem Odwołujący nie wniósł odwołania skutecznie. Odwołujący mając możliwość złożenia odwołania w terminie, nie złożył go w sposób przewidziany w ustawie, a zatem na skutek działań Odwołującego nie mogło dojść do rozpoznania w terminie przewidzianym w ustawie prawidłowości czynności dokonanej przez Zamawiającego.

Wniesienie odwołania w dniu 11 lipca 2019 roku stanowi jedynie – jak już wskazywano - próbę przywrócenia terminu na zaskarżenie czynności Zamawiającego, o której Odwołujący dowiedział się już w dniu 6 czerwca 2019 roku i której termin zaskarżenia już upłynął.

Bez znaczenia w niniejszej sprawie pozostaje okoliczność rozszerzenia żądania przez Odwołującego w piśmie procesowym z dnia 22 lipca 2019 roku. Rozszerzenie zakresu odwołania o nowe czynności Zamawiającego nie jest dopuszczalne. Nowa czynność Zamawiającego stanowić może podstawę do wniesienia odwołania i przedstawienia w nim nowych zarzutów i żądań.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r.

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. 2018r. z dnia 7 maja 2018r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....