

Sygn. akt: KIO 1736/22

POSTANOWIENIE

z dnia 13 lipca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu w dniu 13 lipca 2022 roku w Warszawie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2022 roku przez wykonawcę **SWARCO POLAND Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Ekranowa 6, 32-085 Modlniczka w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Zakopane** ul. Kościuszki 13, 34-500 Zakopane

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **MAXTO Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, **MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo - Akcyjna** z siedzibą lidera ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) wpłaconej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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

Gmina Miasto Zakopane (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm. - dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Budowa Inteligentnego Systemu Transportowego (ITS) w mieście Zakopane w ramach zadania inwestycyjnego nr 2021/13 „Inteligentne Systemy Transportowe”, numer referencyjny: BZP.271.43.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 maja 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: Dz.U. 2022/S 087-235278.

29 czerwca 2022 r. wykonawca SWARCO POLAND sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: MAXTO Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Lider Konsorcjum) oraz MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowo-akcyjna dalej: „Konsorcjum” lub „Wykonawca MAXTO”. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 18 ust. 1 w zw. art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez naruszenie zasady jawności postępowania, przez uznanie, iż zastrzeżone przez Konsorcjum informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a także, że pismo z dnia 2 czerwca 2022 r. stanowiące uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spełnia przesłanki ustawowe, a zatem w konsekwencji, przez brak odtajnienia dokumentów zastrzeżonych, pomimo wniosków Odwołującego formułowanych w toku postępowania przetargowego;
- 2) art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez zaniechanie obligatoryjnych działań.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia zastrzeżonych przez Konsorcjum dokumentów i informacji, a mianowicie: formularza oferty (załącznik nr 1 do SWZ) w zakresie wskazania nazw (firm) podwykonawców, JEDZów oraz zobowiązań do użyczenia potencjału podmiotów trzecich użyczających potencjał Konsorcjum, dokumentów wykazujących umocowanie osób podpisujących dokumenty w imieniu podmiotów trzecich

użyczających potencjał Konsorcjum do reprezentowania tych podmiotów (odpisy z rejestrów, pełnomocnictwa itd.), pozostałych złożonych w postępowaniu dokumentów dotyczących podmiotów udzielających potencjał Konsorcjum oraz podwykonawców (w tym dokumenty podmiotowe, dokumenty wykazujące brak postaw do wykluczenia), załącznik nr 6 do SWZ – wykaz dostaw i/lub usług na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego Konsorcjum, oświadczenia członków Konsorcjum dotyczącego przesłanek wykluczenia z art. 5k rozporządzenia 833/2014 oraz art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służące ochronie bezpieczeństwa narodowego podwykonawców, dostawców i podmioty, na których zdolności wykonawca lub koncesjonariusz polega w zakresie wskazania nazw (firm) oraz pozostałych danych identyfikujących podwykonawców, dostawców i podmioty, na których zdolności Konsorcjum polega, załącznika nr 10 do SWZ - wykaz osób.

Odwołujący dla wykazania zachowania terminu dla skorzystania ze środków ochrony prawnej wskazał, że wnosi odwołanie wobec czynności i zaniechania Zamawiającego z 22 czerwca 2022 r., a tym samym zadośćuczynił wymogom formalnym określonym w ustawie Pzp, co do zachowania 10-dniowego terminu na wniesienie odwołania. W tym dniu Zamawiający przesłał bowiem Odwołującemu informację, iż podtrzymuje decyzję o nieodtajnieniu zastrzeżonych przez Konsorcjum dokumentów i informacji, a zatem w tym dniu Zamawiający zakończył ocenę prawidłowości zastrzeżenia tych dokumentów i informacji.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum w składzie: MAXTO Technology Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo - Akcyjna (dalej wspólnie: „Przystępujący”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikami postępowania. W piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienie do postępowania odwoławczego Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie.

12 lipca 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania, jako wniesionego z uchybieniem ustawowego terminu, wskazując m.in., że 9 czerwca 2022 r. udostępnił oferty złożone w postępowaniu, jednakże w przypadku oferty Konsorcjum MAXTO, udostępnił tylko część jawną oferty, informując równocześnie, że nie ujawnia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913). 17 czerwca 2022 r. wykonawca SWARCO POLAND sp. z o.o. zwrócił się do

Zamawiającego z wnioskiem o odtajnienie dokumentów i informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum MAXTO. 22 czerwca 2022 r. Zamawiający przesłał wnioskodawcy pismo z informacją o podtrzymaniu decyzji o nieujawnianiu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy MAXTO.

Na posiedzeniu z udziałem stron Odwołujący wniósł o oddalenie wniosku o odrzucenie odwołania i zaprezentował swoją argumentację dotyczącą zachowania terminu na wniesienie odwołania. Zamawiający natomiast podtrzymał swoje stanowisko co do zaistnienia podstaw do odrzucenia odwołania jako spóźnionego, wskazując m.in., że o swojej decyzji w przedmiocie uznania, iż Przystępujący dokonał skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa określonych dokumentów, poinformował wykonawcę SWARCO POLAND sp. z o.o. 9 czerwca 2022 r., a zatem termin na wniesienie odwołania upływał 20 czerwca 2022 r. Przystępujący również przedstawił argumentację przemawiającą za zaistnieniem podstaw do odrzucenia odwołania, wskazując m.in., że termin na wniesienie odwołania powinien być liczony od 9 czerwca 2022 r., a nie - jak twierdzi Odwołujący - od 22 czerwca 2022 r., kiedy to Zamawiający powiadomił o podtrzymaniu decyzji w przedmiocie istnienia podstaw do nie ujawniania informacji zastrzyżonych przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Po przedstawieniu stanowisk przez Zamawiającego i Przystępującego Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

Zgodnie z art. 520 ustawy Pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy, a cofnięte odwołanie nie wywołuje skutków prawnych, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania do Prezesa Izby.

Stosownie do art. 568 pkt 1 Pzp w przypadku cofnięcia odwołania Izba umarza postępowanie odwoławcze w formie postanowienia.

Mając powyższe na uwadze Izba postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Stosownie do przepisu § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) Izba nakazała dokonanie zwrotu Odwołującemu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

