Sygn. akt: KIO 15/22

POSTANOWIENIE
z dnia 20 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 18 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2022 r. przez odwołującego Asseco Poland S. A. w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego w Sękocinie Starym przy udziale wykonawcy Pro-Holding Sp. z o. o. w Krakowie przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot na rzecz odwołującego Asseco Poland S. A. w Rzeszowie kwoty 13 500,00 zł (trzynaście tysięcy pięćset złotych) stanowiącej 90% uiszczonego wpisu od odwołania,

3. zasądzić od odwołującego Asseco Poland S. A. w Rzeszowie na rzecz przystępującego Pro-Holding Sp. z o. o. w Krakowie kwotę 1 800,00 zł (tysiąc osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (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:

U z a s a d n i e n i e

postanowienia z dnia 20 stycznia 2022 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 15/22

Zamawiający - Zakład Informatyki Lasów Państwowych im. Stanisława Kostki Wisińskiego ul. Leśników 21C, Sękocin Stary, 05-090 Raszyn (tak sekcja I pkt I.1 ogłoszenia o zamówieniu) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie i rozwój systemu LAS przez okres 24 miesięcy", o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 15 maja 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 093-242990, zwane dalej „postępowaniem".

Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 18 maja 2021 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p.", jest prowadzone przez

zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 3 stycznia 2022 r. odwołanie wobec czynności zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Asseco Poland S.A. ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów (dalej zwany „odwołującym"). W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 18 ust. 3 Ustawy PZP poprzez ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w sytuacji, w której Odwołujący, wraz z przekazaniem przedmiotowych informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

2. art. 128 ust. 4 Ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Ustawy PZP w zw. z art. 5 KC w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy PZP - poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów lub oświadczeń w sytuacji, w której Zamawiający posiada pełną wiedzę na ich temat z uwagi na fakt, że były one objęte postępowaniem odwoławczym toczącym się przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. KIO 2905/21), przez co Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności, a także zasady równego traktowania i transparentności, a w konsekwencji nadużył swoich praw podmiotowych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności odtajnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie objętym

zarzutem nr 1 oraz unieważnienia czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie

objętym zarzutem nr 2. Wniesiono także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W dniu 17 stycznia 2022 r. zamawiający przekazał Izbie odpowiedz na odwołanie, w której uwzględnił zarzut nr 1 z petitum odwołania i wniósł o umorzenie postępowania w tym zakresie na podstawie art. 568 pkt 3 p.z.p. Natomiast w zakresie zarzutu nr 2 wskazano, że w związku z wyjaśnieniami złożonymi przez odwołującego w dniu 11 stycznia 2022 r. zarzut stał się bezprzedmiotowy, więc w tym przedmiocie postępowanie odwoławczego podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 p.z.p. W ocenie zamawiającego odwołujący zgodził się z zaskarżonym wezwaniem czyniąc swój zarzut bezprzedmiotowym - według strony przestał istnieć substrat odwołania będący podstawą korzystania ze środków ochrony prawnej, zatem orzekanie w zakresie tego zarzutu stało się zbędne.

Zarządzeniem z dnia 17 stycznia 2022 r., na podstawie § 16 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453), skład orzekający nakazał przekazanie odpowiedzi na odwołanie zamawiającego odwołującemu i wykonawcy Pro-Holding Sp. z o. o. ul. Radzikowskiego 47D/LUB4, 31-315 Kraków, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (korespondencja elektroniczna z dnia 17.01.2022 r. w aktach sprawy).

Na posiedzeniu z udziałem stron, które odbyło się 18 stycznia 2022 r., odwołujący podnosił, że wykonawca Pro-Holding Sp. z o. o. w Krakowie nie posiada interesu w przystąpieniu po stronie zamawiającego w zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia przez jednostkę zamawiającą art. 18 ust. 3 p.z.p., a nadanie mu statusu uczestnika postępowania powodowałoby de facto przywrócenie wykonawcy terminu na weryfikację skuteczności objęcia zastrzeżonego dokumentu odwołującego tajemnicą przedsiębiorstwa, co jako profesjonalista winien zaskarżyć w odpowiednim terminie (do dnia 01.10.21 r.). Przy czym obecnie zaskarżona czynność zamawiającego była wynikiem wniosku zgłaszającego przystąpienie, zaś zamawiający podzielił stanowisko odwołującego i nie ma zamiaru odtajnienia tych danych.

W ocenie składu orzekającego interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego powinien być rozumiany szeroko, a ustawodawca w sposób świadomy, mając na uwadze zasady zupełności i racjonalności systemu prawa, rozróżnił przesłankę materialnoprawną interesu z art. 505 ust. 1 p.z.p. i art. 525 ust. 1 p.z.p., gdzie „Aby interwenient uboczny uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego, musi mieć interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść jednej ze stron. Ustawa nie wymaga jednak, aby był to wyłącznie interes prawny. Lege non distinguente za wystarczający należy uznać interes faktyczny, musi on jednak pozostawać w adekwatnym z związku z odwołaniem strony, do której interwenient przystępuje. W orzecznictwie Izby jednolicie przyjmuje się szerokie postrzeganie tego interesu". (tak J. Jerzykowski [w:] Odwołanie i skarga w zamówieniach publicznych. Artykuły 505 - 590 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Komentarz, Warszawa 2021, art. 525, LEX). Jest to spójne z koniecznością zapewnienia efektywnej ochrony sądowej, która jest zasadą wywodzoną z TFUE, jako zasada ogólna prawa unijnego. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie 222/84 wskazał, że stanowi ona warunek konieczny dla zasady skuteczności prawa Unii Europejskiej. (tak W. Dzierżanowski, Prawo do sądu w Unii Europejskiej [w:] Prawo do sądu w zamówieniach publicznych, Warszawa 2018, str. 25, por. także wyroki TSUE C-406/08 i C-440/13, gdzie stwierdzono, że regulacje unijne stanowią gwarancję istnienia efektywnych środków ochrony prawnej zapewniających skuteczne wykonanie prawa zamówień publicznych).

W ocenie Izby wykładnia norm dotyczących postępowania odwoławczego powinna zmierzać do rozszerzenia ochrony prawnej przedsiębiorców, celem zapewnienia im skutecznej ochrony sądowej, pozwalając na efektywne eliminowanie naruszenia prawa, co przejawia się także poprzez zapewnienie prawidłowego kręgu uczestników postępowania odwoławczego. Przystąpienie po stronie zamawiającego umożliwi wykonawcy

zgłaszającemu akces udostępnienie informacji, które mogą spowodować wykluczenie konkurencji z przetargu, a w konsekwencji wybór jego oferty jako najkorzystniejszej (str. 2 zgłoszenia przystąpienia). Zdaniem składu orzekającego jest to zbieżne z uzyskaniem rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, którego czynność w przedmiocie odtajnienia dokumentów, zgodnie z zawiadomieniem z dnia 22 grudnia 2021 r., została zaskarżona.

Ustawodawca nie wiąże również interesu w przystąpieniu z innymi czynnościami wykonawcy, w tym postulowanym przez odwołującego brakiem zaskarżenia spornych czynności własnych odwołaniem (przyjmując taką optykę przykładowo żaden wykonawca, który nie zaskarżył SWZ nie mógłby przystąpić w sporze o jej brzmienie po stronie odwołującego), ani z powodem dokonania zaskarżonej czynności przez zamawiającego. Podniesione przez odwołującego okoliczności nie mieszczą się w hipotezie art. 525 ust. 1 i 3 w zw. z art. 526 ust. 2 p.z.p. i stawiają dodatkowe, arbitralne warunki tamujące uczestnictwo wykonawcy w postępowaniu odwoławczym, które godzą w utrwalone szerokie pojęcie interesu w przystąpieniu. Stanowisko odwołującego dotyczy raczej pobocznej argumentacji, a jego przyjęcie dalej nie powodowałoby, że przystępującemu należałoby odmówić interesu w oddaleniu rozpoznawanego odwołania (wynik na korzyść zamawiającego).

Izba oddaliła opozycję odwołującego i wobec spełnienia przesłanek 525 ust. 2 i 3 p.z.p. dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Pro-Holding Sp. z o. o. w Krakowie zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego (dalej zwany ”przystępującym”). Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu nr 1 z petitum rozpoznawanego środka zaskarżenia.

Odwołujący wycofał więc także zarzut nr 1, zatem odwołanie zostało wycofane przez stronę w całości.

Jedynie na marginesie Izba zauważa, że wniosek zamawiającego o umorzenie postępowania odwoławczego co do zarzutu nr 2 na podstawie art. 568 pkt 2 p.z.p., z racji, iż zdaniem strony odwołujący zgodził się z zaskarżonym wezwaniem i wydanie wyroku stało się zbędne, pomija brzmienie odpowiedzi wykonawcy, który jednoznacznie wskazał, że uważa czynność wezwania za naruszającą wskazane przepisy p.z.p. i k.c. (str. 1 odpowiedzi z dnia 11.01.2022 r na sporne wezwanie do wyjaśnień.). Niezrozumiałym jest też stwierdzenie zamawiającego, że „przestał istnieć substrat odwołania”, zdaje się jednak, że wezwanie do złożenia wyjaśnień (substrat, podstawa omawianego zarzutu) nie zostało unieważnione przez jednostkę zamawiającą, a przynajmniej nic takiego nie wynika z dokumentacji postępowania.

Warto zwrócić uwagę na zbieżność treści art. 568 pkt 2 p.z.p. (Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne) i art. 355 k.p.c. (Sąd umorzy postępowanie, jeżeli powód ze skutkiem prawnym cofnął pozew, strony zawarły ugodę lub została zatwierdzona ugoda zawarta przed mediatorem albo z innych przyczyn wydanie wyroku stało się zbędne lub niedopuszczalne), i o ile ustawodawca zdecydował, że obecnie normy k.p.c., nawet w ograniczonym zakresie, nie mają zastosowania w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, to warto skorzystać z trafnych analiz zawartych w orzeczeniach sądów powszechnych i Sądu Najwyższego w tym przedmiocie. Przykładowo zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2019 r. sygn. akt: III CZP 55/18 „Przyczyna umorzenia postępowania określona w art. 355 § 1 k.p.c. jako zbędność postępowania stanowi ogólny przejaw uznania przez ustawodawcę, że nie jest dopuszczalne kontynuowanie postępowania w sytuacji, w której jego cel został osiągnięty w inny sposób. W rezultacie wydanie wyroku stało się zbędne. Pojęcie zbędności wydania wyroku jako przyczyny umorzenia postępowania wiązane jest najczęściej z szeroko pojętą następczą bezprzedmiotowością postępowania. Stanowi ona jej swoisty korelat (zbędność wydania wyroku jako następstwo odpadnięcia przedmiotu

postępowania ewentualnie inne przypadki niecelowości wydawania wyroku)".

Zatem wykonanie wezwania zamawiającego nie spowoduje zbędności wydania orzeczenia, oczywiście miałoby to wpływ na merytoryczną ocenę żądania odwołującego, ale nie skutkuje uznaniem, że dalsze procedowanie staje się zbędne i bezcelowe. W tym wypadku musiałaby przestać istnieć potrzeba, z którą odwołujący wiązał konieczność udzielenia mu ochrony prawnej - np. anulowanie czynności wezwania przez zamawiającego, co powodowałoby odpadnięcie podstawy zaskarżenia, same udzielenie odpowiedzi przez wykonawcę na zaskarżone wezwanie (w szczególności o ww. treści) nie ma znaczenia procesowego dla spełnienia dyspozycji art. 568 ust. 2 p.z.p., gdzie chodzi raczej o sytuacje, w których dalsze procedowanie stało się zbyteczne (utraciło rację bytu), ponieważ cel wniesienia odwołania został już zrealizowany. Ustawodawca nie przewidział także przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego na zgodny wniosek stron, co mogłoby stanowić interesujący postulat de lege ferenda. Konkludując, w ustalonym stanie rzeczy zapobiegnięcie merytorycznemu rozstrzygnięciu sprawy poprzez umorzenie postępowania mogło zostać spowodowane cofnięciem odwołania i takie oświadczenie procesowe odwołujący złożył na posiedzeniu.

W wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym Izba stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w dyspozycji art. 568 pkt 1 p.z.p. i zobligowana była postępowanie umorzyć, w związku z czym orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie § 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), zgodnie z którym Izba nakazała zwrot odwołującemu 90% kwoty uiszczonej z tytułu wpisu od odwołania i zasądziła na rzecz przystępującego po stronie zamawiającego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnionego przez zamawiającego zarzutu nr 1 odwołania, koszty zastępstwa procesowego - stosowanie do części dotyczącej sprzeciwu (1 z 2 zarzutów), czyli 1 800,00 zł, na podstawie złożonej do akt faktury VAT zmniejszonej do limitu z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o nieobciążanie go kosztami wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego w związku z terminem powzięcia wiedzy

o oświadczeniu procesowym zamawiającego, a tym samym sprzeciwie uczestnika w dniu posiedzenia z udziałem stron. Zgodnie z materiałem procesowym odwołujący dowiedział się o częściowym uwzględnieniu odwołania w dniu 17 stycznia 2022 r. (zarządzenie Izby o przekazaniu odpowiedzi na odwołanie w aktach sprawy) i naturalną konsekwencją wiedzy o zgłoszonym przystąpieniu mógł być sprzeciw przystępującego, który w ustalonym stanie rzeczy może być wniesiony na posiedzeniu. Nic nie stało na przeszkodzie, aby odwołanie wycofać przed posiedzeniem z udziałem stron, gdzie doszło do sporu w zakresie statusu wykonawcy zgłaszającego przystąpienie, powodującego, że faktycznie poniesione koszty zastępstwa przystępującego przez profesjonalnego pełnomocnika mają charakter niezbędnych i celowych. Nie zaszły również w sprawie żadne inne nadzwyczajne okoliczności, które skłaniałyby Izbę do odstąpienia od zastosowania normalnych reguł rozstrzygania o kosztach, i żadna ze stron na takowe się nie powoływała.

Przewodniczący: