

POSTANOWIENIE
z dnia 3 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący
Agnieszka Trojanowska

Członkowie:
Anna Chudzik

Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Warszawie w dniu 3 lutego 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Sweco: Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Poznaniu, ul. Franklina Roosevelta 22 i TECNICA Y PROYECTOS Spółka Akcyjna (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, w San Sebastiande los Reyes, ul. Calle Gomera 9 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Centralny Port Komunikacyjny spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Aleje Jerozolimskie 134

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6 i Vo-

essing Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Tadeusza Kościuszki 53 zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 172/22 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie,
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Sweco: Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Poznaniu, ul. Franklina Roosevelta 22 i TECNICA Y PROYECTOS Spółka Akcyjna (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Hiszpanii, w Madrycie, w San Sebastiande los Reyes, ul. Calle Gomera 9 tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania.

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

Członkowie:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na Zawarcie umowy ramowej na opracowanie dokumentacji projektowych dla kolejowych inwestycji towarzyszących związanych z budową Centralnego Portu Komunikacyjnego zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.10.2021 r., numer ogłoszenia TED: 2021/S 193-503863.

W dniu 11 stycznia 2022 r. zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Sweco: Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Lider Konsorcjum) z siedzibą w Poznaniu, ul. Franklina Roosevelta 22 i TECNICA Y PROYECTOS Spółka Akcyjna (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Hiszpanii, w

Madrycie, w San Sebastiande los Reyes, ul. Calle Gomera 9 - dalej konsorcjum Sweco o

uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa do odniesieniu do informacji zawartych w następujących dokumentach:

1. Tajemnica przedsiębiorstwa Załącznik nr 1 Procedura Oferowania i Instrukcja wersja wdrożona 14 lipca 2021,
2. Tajemnica przedsiębiorstwa - załącznik nr 5 Przykładowa umowa o pracę,
3. Tajemnica przedsiębiorstwa - załącznik nr 6 Regulamin,
4. Tajemnica przedsiębiorstwa - załącznik nr 7 Procedura Szkolenia,
5. Tajemnica przedsiębiorstwa - Sweco Załącznik do JEDZ art. 109 ust. 1 pkt 7 nPzp,
6. Tajemnica przedsiębiorstwa - Dowód nr 1 Zastrzeżenia TP dla Załącznika do JEDZ art. 109 ust. 1 pkt 7
7. Tajemnica przedsiębiorstwa - Dowód nr 2 Zastrzeżenia TP dla Załącznika do JEDZ art. 109 ust. 1 pkt 7
8. Tajemnica przedsiębiorstwa - Dowód nr 3 Zastrzeżenia TP dla Załącznika do JEDZ art. 109 ust. 1 pkt 7

W dniu 20 stycznia 2022 r. Konsorcjum Sweco wniosło odwołanie. Odwołanie zostało

wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictw

udzielonych:

- w dniu 18 stycznia 2022 r. przez prezesa zarządu lidera konsorcjum - Sweco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, zgodnie z zasadami reprezentacji tego podmiotu ujawnionymi w KRS
- w dniu 20 stycznia 2022 r. przez pełnomocnika partnera konsorcjum, który działał na podstawie ciągu pełnomocnictw: pełnomocnictwa M. D. B. T. udzielonego na rzecz A. M. R.

G. z dnia 28 stycznia 2013 r. i pełnomocnictwa P. B. S. - delegowanego członka zarządu zgodnie z zaświadczeniem Rejestru Handlowego w Madrycie udzielonego na rzecz M. D. B. T. z dnia 12 września 2008 r.

Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 20 stycznia 2022 r.

Odwołanie zostało wniesione :

- na dokonanie przez zamawiającego błędnej oceny zastrzeżenia informacji objętych

klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do niejawnych informacji znajdujących się w 8-miu dokumentach/plikach złożonych wraz z ofertą, stanowiących załączniki do dokumentu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej jako: „załączniki do JEDZ”) Lidera Konsorcjum: Sweco

1.2 na dokonanie przez zamawiającego błędnej oceny zastrzeżenia informacji objętych klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do niejawnych załączników do JEDZ przedłożonych przez Sweco oraz dowodów dołączonych przez Sweco do oddzielnych dwóch uzasadnień (których treść pozostawała i pozostaje jawna) zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa dla niejawnych załączników do JEDZ, o których mowa w pkt 1.1 powyżej;

1.3 na podjęcie decyzji o uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenia informacji / plików opatrzonych przez Konsorcjum Sweco oznaczeniem „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA” pomimo tego, że Sweco prawidłowo zastrzegło i wykazało, że informacje zastrzeżone stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji powyższego na uznaniu przez zamawiającego za niezasadne zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa co wedle zamawiającego skutkuje tym, że udostępnieniu podlegają następujące pliki (o nazwach własnych jak powyżej) - zgodnie z treścią zawiadomienia nr 33/21/MO/PZP/273 z dnia 11 stycznia 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

2.1 Art. 18 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 Pzp, w związku z art. 11 ustawy z 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 i 1649) - dalej jako:

„uznk”, przez niewłaściwą ocenę stanu faktycznego, a w konsekwencji powyższego błędne przyjęcie, że:

a. objęcie przez odwołującego zastrzeżeniem jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w 8-miu plikach nie jest skuteczne, ponieważ informacje w nich zawarte nie spełniają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk, oraz, że:

b. odwołujący zastrzegł informacje zawarte w w/w 8-miu plikach jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w sposób niewłaściwy, bowiem uzasadnienia dla dokonanych zastrzeżeń są jedynie zbiorami ogólnych twierdzeń odwołującego, bez argumentacji faktycznej oraz bez wykazania i udowodnienia zasadności dokonywanego zastrzeżenia, jak również bez łącznego spełnienia przesłanek opisanych w art. 11 ust. 2 uznk (w szczególności przez rzekome niewykazanie wartości gospodarczej dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa), pomimo tego, że na mocy w/w przepisów prawa Konsorcjum Sweco prawidłowo i terminowo zastrzegło, że informacje te nie mogą być udostępniane oraz prawidłowo i skutecznie wykazało, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a w konsekwencji postawienia zarzutów jak pkt 2.1 powyżej zarzucił zamawiającemu naruszenie:

2.2 Art. 16 pkt 1), pkt 2) oraz pkt 3) Pzp przez prowadzenie postępowania z zaniechaniem stosowania zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 505 ust. 1 Pzp, bowiem złożył w tym postępowaniu ważną i nie podlegającą odrzuceniu ofertę. Zamawiający obecnie prowadzi czynności badania i oceny ofert zmierzające do wybrania wykonawców, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa na opracowanie dokumentacji projektowych dla kolejowych inwestycji towarzyszących związanych z budową Centralnego Portu Komunikacyjnego. Konsorcjum Sweco znajduje się w gronie wybranych przez zamawiającego maksymalnie 20-tu wykonawców, z którymi zamawiający podpisze przedmiotową umowę ramową.

Tym samym Konsorcjum Sweco liczy na uzyskanie zamówienia publicznego przy poszanowaniu wszystkich reguł prawnych, w tym prawa odwołującego do zachowania w poufności informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego bez ponoszenia znacznej szkody w postaci utraty przewagi konkurencyjnej na rynku branżowym.

Wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i:

a. nakazanie zamawiającemu uchylecia wadliwej decyzji przez unieważnienie czynności objętej zawiadomieniem z dnia 11 stycznia 2022 r. (tj. pismem o nazwie: „Zawiadomienie o odtajnieniu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”) o uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenie informacji zawartych w 8-miu plikach złożonych przez Konsorcjum Sweco wraz z ofertą oznaczonych jako „TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA”;

b. nakazanie zamawiającemu uznania, iż 8 dokumentów/plików stanowiących załączniki do JEDZ Sweco zostało prawidłowo zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, co oznacza, że nie będą one ujawniane i udostępniane jako załączniki do protokołu postępowania innym uczestnikom postępowania i/lub osobom trzecim;

c. nadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania lub przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izba, na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu lub w dacie ich powołania.

W dniu 24 stycznia 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 26 stycznia 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum MGGP Spółka Akcyjna z siedzibą w Tarnowie, ul. Kaczkowskiego 6 i Voessing Polska Spzoo (Partner Konsorcjum) z siedzibą w Bydgoszczy, ul. Tadeusza Kościuszki 53 zgłosili swoje

przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 172/22 po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując, że złożył w postępowaniu ofertę i jest jego uczestnikiem

oraz ma możliwość zawarcia umowy ramowej z zamawiającym. Zamawiający do dnia złożenia tego przystąpienia nie dokonał ostatecznej oceny ofert oraz wyboru wykonawców, z

którymi zawarł Umowę Ramową, dokonał jednak odtajnienia informacji, które pomimo zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa, uznał za nieobjęte tajemnicą, w stosunku do wszystkich uczestników postępowania.

Istotą zamówień publicznych jest ich jawność oraz równe traktowanie wykonawców. W ocenie przystępującego utrzymanie utajnienia dokumentów odwołującego, pomimo że nie spełniają definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, stawia odwołującego w uprzywilejowanej

pozycji wobec pozostałych uczestników postępowania. Uznanie zastrzeżonych przez odwołującego dokumentów jako tajemnicy, odbiera przystępującemu możliwość oceny oferty złożonej przez odwołującego, a tym samym zaburza zasadę uczciwej konkurencji.

Podkreślił, że w postępowaniu nie składano ofert cenowych, zatem zastrzeżenie przez

odwołującego metodologii przygotowywania ofert, nie ma znaczenia dla oceny ofert i nie

wpływa na ostateczną decyzję zamawiającego dotyczącą rozstrzygnięcia postępowania.

Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 grudnia 2021 r. udzielonego przez lidera konsorcjum i

podpisanego przez prezesa i wiceprezesa zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji lidera. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 grudnia 2021 r. udzielonego przez

prokurenta samoistnego partnera konsorcjum, zgodnie z zasadami reprezentacji partnera.

Do odwołania dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom.

W dniu 2 lutego 2022 r. do Izby wpłynęło oświadczenie odwołującego o cofnięciu odwołania w całości z wnioskiem o umorzenie postępowania i zwrot wpisu według norm przepisanych.

Posiedzenie z udziałem stron zostało wyznaczone na dzień 4 lutego 2022 r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525

ust. 1 - 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności mogących skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy 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 ustawy Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania;

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 3 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości na skutek cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy najpóźniej w dniu poprzedzającym dzień, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron lub uczestników postępowania odwoławczego - odwołującemu zwraca się 90% wpisu; w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, w wysokości stanowiącej 90% jego wartości i skoro odwołujący uiszczył wpis w wysokości 15 000zł., to do zwrotu pozostała kwota 13 500 zł. o czym orzeczono w pkt. 2 sentencji.

Przewodniczący:.....

Członkowie: