Sygn. akt: KIO 864/22

POSTANOWIENIE
z dnia 12 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 12 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Doskonalenia Zawodowego, ul. J. Wybickiego 3A, 31-261 Kraków i KENBIT Sp. z o.o., ul. Żytnia 15 lok. 22, 01-014 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Agencja Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comtech Systems, Inc., 212 Outlook Point Drive, Suite 100, Orlando, PL, 32809, Stany Zjednoczone, Unitronex Poland Sp. z o.o., ul. Grochowska 341, 03-822 Warszawa, Siltec Sp. z o.o., ul. Parzniewska 12, 05-800 Pruszków zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

   wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Doskonalenia Zawodowego, ul. J. Wybickiego 3A, 31-261 Kraków i KENBIT Sp. z o.o., ul. Żytnia 15 lok. 22, 01-014 Warszawa kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 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 : .....

Sygn. akt: KIO 864/22

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

Skarb Państwa - Agencja Uzbrojenia (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa Aparatowni Łączności Troposferycznej”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U.

z 2019 poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15 kwietnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2016/S 074-129333.

W dniu 28 marca 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Zakład Doskonalenia Zawodowego z siedzibą w Krakowie i KENBIT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 i art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ustawy 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk”) poprzez niezachowanie zasad przejrzystości, proporcjonalności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na rozstrzygnięcie o uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego, pomimo że Odwołujący wykazał, że stanowią (zawierają) one tajemnicę przedsiębiorstwa.

2. Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania wyjaśnień co do treści oferty pomimo tego, iż - jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 16 marca 2022 r. - miał wątpliwości co do treści oferty, które nie zostały usunięte w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i doprowadziły Zamawiającego do decyzji o odtajnieniu informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości.

2. Nakazanie Zamawiającemu utrzymania w poufności informacji zastrzeżonych w ofercie wstępnej jako tajemnica przedsiębiorstwa

ewentualnie

3. Nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

4. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego a w szczególności:

a. wpisu w wysokości 15.000 zł (por. §2 pkt 2 ppkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania),

b. kosztów poniesionych przez Odwołującego w kwocie wskazanej na rozprawie oraz wynagrodzenia i wydatków Odwołującego i pełnomocnika zgodnie z rozporządzeniem w sprawie szczególnych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Odwołujący wniósł ponadto o wyłączenie jawności rozprawy ze względu na ryzyko ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego, a także o wyłączenie prawa do wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy w zakresie stron 202-348 oferty wstępne, na których zawarte zostały informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego.

W dniu 4 kwietnia 2022 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Comtech Systems, Inc., Unitronex Poland Sp. z o.o. i Siltec Sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący”).

W dniu 11 kwietnia 2022 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której

oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Izba stwierdziła, że do rozpoznania przedmiotowego odwołania, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.".

Przystępujący, prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia, nie stawił się na posiedzenie Izby w dniu 12 kwietnia 2022 r. Izba zważyła, że ustawodawca nie wskazał terminu, w jakim wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego może złożyć oświadczenie o sprzeciwie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Nie budzi to jednak wątpliwości, gdyż termin ten skorelowany jest ze skutkami procesowymi określonymi w ustawie Pzp z 2019 r., w zależności od etapu, na którym znajduje się postępowanie odwoławcze w chwili uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Wobec złożenia przez Zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, to moment zamknięcia posiedzenia Izby stanowił termin stanowczy na złożenie oświadczenia o sprzeciwie wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Jest to etap, na którym zapada decyzja Izby o skierowaniu odwołania do rozpoznania na rozprawie, zaś do tego konieczne jest istnienie w sprawie sporu, który Izba może rozstrzygnąć. Skutkiem prawnym braku sprzeciwu uczestnika postępowania jest materialny zanik sporu, będącego warunkiem możliwości wydania merytorycznego rozstrzygnięcia. Z uwagi na brak oświadczenia Przystępującego co do sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego, Izba zobligowana jest, w związku z brakiem możliwości wydania orzeczenia merytorycznego, do podjęcia rozstrzygnięcia formalnego poprzez umorzenie postępowania odwoławczego. Niestawiennictwo Przystępującego na posiedzeniu nie wstrzymywało postępowania odwoławczego, wobec dyspozycji art. 549 ust. 4 ustawy Pzp z 2019 r. Niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionego przystępującego na posiedzeniu stanowi o rezygnacji z czynnego uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym oraz obrony swoich praw, a także wyczerpuje drugą przesłankę - braku zgłoszenia sprzeciwu, o której mowa w art. 522 ust. 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 522 ust. 2 ustawy Pzp z 2019 r. umorzyła postępowanie odwoławcze, orzekając w formie postanowienia zgodnie z art. 568 pkt 3 tejże ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 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), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący : .....