Sygn. akt: KIO 428/17

POSTANOWIENIE
z dnia 20 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 20 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2017 r. przez wykonawcę **Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku**

przy udziale:
A. wykonawcy **Arriva Bus Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) A. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "PPUH K." A. K. z siedzibą w** Żorach **(2) A21 Sp. z o.o. z siedzibą w** Żorach zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
C. wykonawcy **P. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BP TOUR B. P. z siedzibą w Bełżycach** zgłaszającego do odwoławczego po stronie przystąpienie postępowania zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;

---

2. kosztami postępowania obciąża **Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Zarządu Transportu Miejskiego w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 428/17

UZASADNIENIE

Zarząd Transportu Miejskiego w Gdańsku z siedzibą w Gdańsku (dalej: „Zamawiający"), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług przewozowych na terenie miasta Gdańska i gmin sąsiednich w latach 2017-2025".

Wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 października 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 194-349171 .

Wykonawca Warbus Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący" lub „Warbus") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, które wpłynęło do Izby w dniu 6 marca 2017 r.

W treści odwołania Odwołujący wskazał, że wnosi je wobec niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego, polegającej na odmowie udostępnienia przez Zamawiającego informacji dotyczących elementów składowych kalkulacji jakie wzięli pod uwagę wykonawcy: P. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BP TOUR B. P. z siedzibą w Bełżycach (dalej: „BP TOUR") oraz wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) A. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "PPUH K." A. K. z siedzibą w Żorach (2) A21 Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach (dalej: „Konsorcjum") przy kalkulacji swoich stawek za jeden wozokilometr oraz samych wartości jakie przyjęli powyżej wskazani wykonawcy dla poszczególnych elementów składowych kalkulacji.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucał naruszenie m.in. art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 1, art. 8 ust.3, art. 86 ust. 4 oraz art. 90 Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu informacji, dotyczących elementów składowych kalkulacji jakie wzięli pod uwagę wykonawcy BP TOUR oraz Konsorcjum, przy kalkulacji swoich stawek za jeden wozokilometr oraz samych wartości jakie przyjęli powyżej wskazani wykonawcy dla poszczególnych elementów składowych kalkulacji, przez np. sporządzenia przez Zamawiającego „wyciągu" ze złożonych wyjaśnień, tak jak to proponował Odwołujący.

W dniu 9 marca 2017 r. do Izby w formie pisemnej, ze strony wykonawcy BP TOUR wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W tej samej dacie zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili wykonawcy: Konsorcjum oraz Arriva Bus Transport Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu.

W dniu 16 marca 2017 r. ze strony BP TOUR - w formie elektronicznej - do Izby wpłynęła pismo procesowe. Wykonawca BP TOUR ww. pismo w formie pisemnej złożył w toku posiedzenia Izby z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego.

W dniu 20 marca 2017 r. w toku posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie w której wnosił m. in. o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Również w toku ww. posiedzenia Odwołujący złożył pismo procesowe, opatrzone datą – 17 marca 2017 r. – zawierające argumentację Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Po zbadaniu okoliczności faktycznych sprawy Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Z ustaleń Izby wynika, że pismem z dnia 2 lutego 2017 r. wykonawca Warbus zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o zapoznanie się i skopiowanie wyjaśnień jakich udzielili

wykonawcy BP TOUR oraz Konsorcjum, w przedmiocie występowania w ich ofertach ceny rażąco niskiej.

Pismem z dnia 16 lutego 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Warbus, że nie ma możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami ww. wykonawców, ponieważ po przeprowadzeniu odpowiedniego badania, poprzedzonego ponownymi wyjaśnieniami uzyskanymi od tych wykonawców, Zamawiający pozytywnie przesądził, że zastrzeżone w wyjaśnieniach informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa i zwierają elementy sensytywne dla wykonawców BP TOUR oraz Konsorcjum. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego o przysługującym prawie skorzystanie do środka ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania, z zastrzeżeniem art. 180 ust. 2 Pzp. Ponadto Zamawiający wskazał, że odwołanie wnosi się w terminach i formie, określonych w art. 182 oraz 180 ust. 4 Pzp.

Następnie w dniu 23 lutego 2017 r. wykonawca Warbus ponownie zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o ujawnienie - zawartych w wyjaśnieniach i odnoszących się do kwestii rażąco niskiej ceny - elementów składowych kalkulacji i wartości jakie podali wykonawcy: BP TOUR oraz Konsorcjum.

W piśmie z dnia 2 marca 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że podtrzymuje swoje stanowisko w sprawie nieudostępnienia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, złożonych przez wykonawców: BP TOUR oraz Konsorcjum.

Opisana powyżej korespondencja została przesłana Odwołującemu środkami komunikacji elektronicznej w dniach: 16 lutego 2017 r. oraz 2 marca 2017 r.

Izba ustaliła, że przedmiotem omawianego zamówienia publicznego jest usługa, której wartość oszacowano na kwotę powyżej progów, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie w postępowaniu, którego wartość jest powyżej progów unijnych wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób.

Izba wskazuje, iż 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, wskazany w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy należy liczyć od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – tj. od dnia 16 lutego 2017 r. W związku z tym przedmiotowy termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 27 lutego 2017 r. W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 6 marca 2017 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Izba nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, który twierdził, że 10-dniowy termin na wniesienie odwołania należy wiązać z czynnością Zamawiającego, polegającą na ostatecznej odmowie udostępnienia wyjaśnień wykonawców: BP TOUR oraz Konsorcjum, opisaną w piśmie z dnia 2 marca 2017 r.

Izba wskazuje, że już w treści pisma z dnia 16 lutego 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o tym, że dokonał stosownego badania informacji, zawartych w wyjaśnieniach wykonawców BP TOUR oraz Konsorcjum w przedmiocie występowania w złożonych ofertach ceny rażąco niskiej, pod kątem występowania w nich informacji o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający wyjaśnił, że w omawianym zakresie ponownie zwrócił się do wykonawców o wyjaśnienia i na jego wezwanie obaj wykonawcy objęli całą treść wyjaśnień klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Wobec tego Zamawiający po przeprowadzeniu ww. badania doszedł do wniosku, że opisane powyżej wyjaśnienia nie powinny być ujawnione do wiadomości publicznej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba doszła do przekonania, że Zamawiający po otrzymaniu ze strony Odwołującego pisma z dnia 2 lutego 2017 r. przeprowadził

odpowiednie badanie całości treści przytoczonych powyżej wyjaśnień wykonawców BP TOUR i Konsorcjum, w aspekcie występowania w nich informacji o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa. Przeprowadzona analiza doprowadziła Zamawiającego do przekonania, że zastrzeżenie dokonane przez ww. wykonawców było prawidłowe, ponieważ nie zdecydował się ujawnić jakiegokolwiek elementu wyjaśnień złożonych przez wykonawców BP TOUR i Konsorcjum.

W ocenie Izby w omawianej sprawie brak jest jakichkolwiek okoliczności, które wskazywałby, że Zamawiający wówczas dokonywał wybiórczego badania treści wyjaśnień pod kątem występowania w nich informacji o charakterze tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym uznać należy, że odmowa zapoznania się treścią wyjaśnień złożonych przez wykonawców BP TOUR i Konsorcjum dotyczyła całości informacji w nich zawartych. Zatem, możliwość skorzystania w tej sprawie ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania należy wiązać z terminem przesłania przez Zamawiającego pierwotnej informacji o odmowie

ujawnienia wyjaśnień ww. wykonawców, tj. z dniem 16 lutego 2017 r. W związku z powyższym Izba wskazuje, że pismo Odwołującego z dnia 23 lutego 2017 r. pozostaje bez znaczenia dla obliczenia prawidłowego terminu wniesienia odwołania w tej sprawie, gdyż jego treść odnosi się do przedmiotu badania Zamawiającego, opisanego już w piśmie z dnia 16 lutego 2017 r.

Konkludując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 6 marca 2017 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b) i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

……