

POSTANOWENIE
z dnia 16 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 16 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2023 r. przez Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Morskiego Portu Gdańsk spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Erbud spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz S.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „AQUA WORKS” S.Ś zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie kwoty 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczonej tytułem wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 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:

Sygn. akt KIO 2238/23

Uzasadnienie

W dniu 31 lipca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „BUDOWA UMOCNIECIA DNA PRZY NABRZEŻU PRZEMYSŁOWYM III-1 ORAZ WYMIANA LINII ODOBOJOWEJ NABRZEŻA PRZEMYSŁOWEGO III-1 I III-2 W PORCIE GDAŃSK referencyjny: NPR/IH/2023/002”, prowadzonym przez Zarząd Morskiego Portu Gdańsk spółka akcyjna z siedzibą w Gdańsku (dalej jako „Zamawiający”) na zaniechanie udostępnienia Odwołującemu pisma „Wyjaśnienia ERBUD S.A. w zakresie sposobu wypełniania JEDZ w zakresie punktu: (...)” w całości wraz z załącznikami.

Odwołujący zarzucił naruszenie „art. 18 ust. 1 i ust. 3 Pzp oraz art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. 2022.1233 ze zm.; „uznk”) w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień do JEDZ złożonym przez Konsorcjum ERBUD S.A. i AQUA WORKS S.S. wraz z ofertą Wyjaśnień ERBUD S.A. w zakresie sposobu wypełniania JEDZ w zakresie punktu: (...) „Dokument stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa” wraz z załącznikami mimo, że informacje te nie zostały skutecznie i prawidłowo zastrzeżone, ani nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ww. przepisów”, wnosząc o „nakazanie Zamawiającemu odtajnienia (ujawnienia) oraz udostępnienia Wykonawcy treści wyjaśnień do JEDZ złożonych przez Konsorcjum ERBUD S.A. AQUA WORKS S.S. (dalej też: „konsorcjum Erbud) wraz z ofertą tj. Wyjaśnień ERBUD S.A. w zakresie sposobu wypełniania JEDZ w zakresie punktu: (...) „Dokument stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa” wraz z załącznikami w całości”.

W piśmie datowanym na 4 sierpnia 2023 r. Zamawiający wskazał, że kopia odwołania została przekazana wykonawcom w dniu 2 sierpnia 2023 r. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Erbud spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz S.S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „AQUA WORKS” S.S. (dalej jako „Przystępujący”).

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania, podnosząc, że zostało ono „wniesione po upływie terminu określonego w ustawie co zgodnie z art. 528 pkt 3) ustawy PZP kwalifikuje takie odwołanie do odrzucenia”.

W zakresie niezbędnym do ustalenia, czy odwołanie zostało wniesione w terminie określonego w ustawie Izba ustaliła, że:

- 14 czerwca 2023 r. Odwołujący wniósł o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami, między innymi załączników do oferty,
- 20 czerwca 2023 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu „wersje elektroniczne ofert (...) z wyłączeniem ich części

zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa", jednocześnie informując, iż „zasadność wyłączenia jawności powyższych informacji jest przedmiotem oceny dokonywanej przez Zamawiającego” oraz że „załączniki do ofert, zastrzeżone przez Wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zostaną udostępnione w przypadku ewentualnego ich odtajnienia (bez dodatkowego wniosku)”.

-6 lipca 2023 r. pismem datowanym na ten sam dzień Zamawiający poinformował Przystępującego, że nie będą podlegały udostępnieniu „Wyjaśnienia ERBUD S.A. w części stanowiącej informację zastrzeżoną jako tajemnica przedsiębiorstwa od sformułowania „Początek tajemnicy przedsiębiorstwa” do sformułowania „Koniec tajemnicy przedsiębiorstwa” (strony 4 - 12)” oraz załączniki nr nr 1 – 7, A oraz B),

-20 lipca 2023 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, iż „po analizie oferty Wykonawcy: Konsorcjum ERBUD S.A. i AQUA WORKS S.S. Zamawiający uznał, że następujące fragmenty pliku „Dokument stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa” nie zostały przez powyższego Wykonawcę zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w związku z tym podlegają udostępnieniu, tj: Wyjaśnienia ERBUD S.A. „Dokument stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa” od początku pisma do sformułowania „Początek tajemnicy przedsiębiorstwa” (strony 1 - 4) oraz od sformułowania „Koniec tajemnicy przedsiębiorstwa” do końca pisma (strony 12 - 14)”.

W ocenie Izby o ile trafne jest stanowisko Przystępującego, iż do określenia terminu na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie zastosowanie znajduje art. 515 ust. 3 pkt 1) Pzp, zgodnie z którym „odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne”, niemniej w opisanym powyżej stanie faktycznym nie sposób uznać, że termin ten biegł od 6 lipca 2023 r., gdyż „od tego dnia każdy wykonawca mógł uzyskać informację o zasadności objęcia tajemnicą części załączników do oferty ww. Konsorcjum”, bądź od 7 lipca 2023 r. ze względu na to, że wiedzę, iż „Zamawiający ostatecznie uzna zastrzeżenie tajemnicy za skuteczne i zasadne” „Odwołujący, jako profesjonalny wykonawca, powinien mieć począwszy od dnia 7.07.2023 r. a więc po podjęciu ostatecznej decyzji przez Zamawiającego odnośnie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego”.

Bezsporne jest przy tym, że 6 ani 7 lipca 2023 r. Odwołujący nie powziął wiadomości o treści ww. pisma Zamawiającego z 6 lipca 2023 r. czy szerzej – o „decyzji” Zamawiającego „odnośnie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego”.

Należy stwierdzić, że uznanie, iż Odwołujący przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o wyrażonej treści ww. pisma Zamawiającego z 6 lipca 2023 r. „decyzji” Zamawiającego „odnośnie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego” - jako okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania w niniejszej sprawie - w dniu 6 bądź 7 lipca 2023 r. wymagałoby przyjęcia, że Odwołujący, aby zachować należyłą staranność, powinien był sprawdzać, czy takiej „decyzji” Zamawiający nie podjął, w szczególności czy nie przekazał Przystępującemu pisma zawierającego wskazanie, które załączniki do oferty zostaną udostępnione – czyniąc to, aby mieć cały 10 dniowy termin na wniesienie odwołania, w praktyce codziennie od 20 czerwca 2023 r. W sytuacji, gdy Odwołujący wniósł o udostępnienie oferty Przystępującego wraz z załącznikami, a w odpowiedzi na ten wniosek Zamawiający udostępnił tę ofertę z załącznikami w części oraz informuje, że ocenia zasadność wyłączenia jawności informacji zastrzeżonych między innymi przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz że załączniki do ofert zostaną udostępnione bez dodatkowego wniosku w przypadku ewentualnego ich odtajnienia, zdaniem Izby nie sposób uznać, że Odwołujący powinien dokonywać takiego sprawdzenia, a nie wyłącznie oczekiwać na udostępnienie przez Zamawiającego załączników do ofert, z której to czynności wynikało, w jakim zakresie Zamawiający uznał „zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego” za „zasadne”.

Brak było zatem podstaw do stwierdzenia, że odwołanie zostało wniesione po terminie określonego w Pzp.

W dniu 10 sierpnia 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Przystępujący w trakcie posiedzenia w dniu 16 sierpnia 2023 r. oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Zgodnie z art. 522 ust. 2 Pzp „jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”, zaś stosownie do art. 568 pkt 3) Pzp, „Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522”.

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i niewniesienia przez Przystępującego sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu zasądzić okoliczności wypełniające hipotezę normy wynikającej z art. 522 ust. 2 Pzp, co uzasadniało umorzenie postępowania odwoławczego, w związku z czym orzeczono jak w punkcie 1. postanowienia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2) lit. a)

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. Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do § 9 ust. 1 pkt 2) lit. a) ww. rozporządzenia „w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości, koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu - w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Zgodnie z tymi przepisami w punkcie 2. postanowienia Izba nakazała dokonanie zwrotu na rzecz Odwołującego kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....