

Sygn. akt: KIO 1630/23

POSTANOWIENIE
z dnia 20 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 20 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2023 r. przez wykonawcę **Fast Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Telewizję Polską S.A.**

przy udziale wykonawcy **Dorian DKL Sp. z o.o. z siedzibą w Michałowie-Reginowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
 2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **7.500,00 zł** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Fast Group Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, stanowiącej wpis od odwołania.
- Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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 1630/23

Uzasadnienie

Telewizja Polska S. A., dalej: „*zamawiający*” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: modernizację zasilania gwarantowanego w zakresie wymiany czterech urządzeń UPS o mocy 120 kVA na terenie Telewizji Polskiej S.A. przy ul. Woronicza

17 w Warszawie. Numer referencyjny: ZP/TINT/94/2022, dalej: „*postępowanie*”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 stycznia 2023 r. pod numerem: 2023/BZP 00029567.

Wykonawca FAST GROUP Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, dalej: „*odwołujący*”,

na podstawie art. 505 i 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2021.1129 t.j. z dnia 2021.06.24), dalej: „*ustawa Pzp*”, wniósł odwołanie od:

a) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę DORIAN DKL Sp. z o.o.,

b) zaniechania czynności odrzucenia oferty „DORIAN”;

c) czynności odrzucenia oferty odwołującego;

d) zaniechania odtajnienia dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę „DORIAN” i udostępnienia ich odwołującemu;

e) zaniechania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- a) naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pomimo, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia, w szczególności spełnia wymagania w zakresie modułów mocy, a także zaniechania przeprowadzenia procedury wyjaśnienia treści oferty w tym zakresie oraz przedstawienia pełnego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości, proporcjonalności oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- b) naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z naruszeniem art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, a co za tym idzie uprawniony jest do utrzymania dokumentów zastrzeżonych przez wykonawcę „DORIAN” jako tajemnica przedsiębiorstwa, choć Wykonawca ten nie dochował podstawowych obowiązków ustawowych dla wykazania, że przedmiotowe informacje faktycznie posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym są jawne i powinny zostać uznane przez Zamawiającego jako podlegające udostępnieniu, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców;

c) naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę „DORIAN” pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, z uwagi na okoliczności opisane w uzasadnieniu odwołania, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

d) naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy „DORIAN” oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty „DORIAN” jako najkorzystniejszej,

b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

c) dokonania odrzucenia oferty „DORIAN”,

d) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem uznania przez Zamawiającego treści informacji zastrzeżonych przez wykonawcę „DORIAN” jako informacji jawnych, podlegających udostępnieniu, a w konsekwencji udostępnienie Odwołującemu treści wyjaśnień wyliczenia ceny oraz dowodów złożonych przez wykonawcę „DORIAN” w zakresie uznanym przez Zamawiającego, jako skutecznie objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zawierało braków formalnych, został uiszczony od niego wpis, nie zaistniały również przesłanki określone w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem byłoby odrzucenie odwołania.

Ustalono także, że do Prezesa Izby w ustawowym terminie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Dorian DKL Sp. z o.o. z siedzibą w Michałowie-Reginowie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Zgłoszenie spełniało warunki określone w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp. Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Dorian DKL Sp.

z o.o., dalej: „przystępujący” do postępowania odwoławczego.

W piśmie – odpowiedzi na odwołanie z 19 czerwca 2023 r. zamawiający oświadczył,

iż uwzględnia odwołanie w zakresie odnoszącym się do zarzutu braku skutecznego zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień wraz z załącznikami dotyczącymi ceny oferty, złożonych na wezwanie zamawiającego przez przystępującego, tj. pkt 3 lit. b) – strona 2 odwołania, wniósł o oddalenie odwołania w zakresie odnoszącym się do pozostałych, podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Odwołujący oświadczył (pismo z 19 czerwca 2023 r.), że cofa odwołanie w pozostałym zakresie, czyli cofa zarzuty zawarte w pkt 3 lit. a), c) oraz d) odwołania oraz wniósł o umorzenie postępowania na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp i zwrot pełnego wpisu od odwołania.

Przystępujący w piśmie z 20 czerwca 2023 r. w związku z oświadczeniem zamawiającego

o uwzględnieniu odwołania w zakresie odnoszącym się do zarzutu braku skutecznego zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień wraz z załącznikami dotyczącymi ceny oferty, złożył oświadczenie, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w powyższej części.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili

do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym

po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności

w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu

w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Stosownie do art. 568 pkt. 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522.

Na podstawie § 9 ust. 1 pkt. 2 lit. b 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), dalej: „rozporządzenie”, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę w całości koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 (uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw w wysokości określonej na podstawie

rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące:

a) koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę,

b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych,

c) wynagrodzenie biegłych oraz zwrot poniesionych przez nich wydatków, jeżeli dowód z opinii biegłego został dopuszczony przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego,

d) inne uzasadnione wydatki, w tym koszty przeprowadzenia innych dowodów w postępowaniu odwoławczym niż dowód z opinii biegłego, dopuszczonych przez Izbę na wniosek strony lub uczestnika postępowania odwoławczego), znosi się wzajemnie, jeżeli przed otwarciem rozprawy zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu i pozostałe zarzuty zostały przez odwołującego wycofane, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu - w takim przypadku Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Zamawiający uwzględnił zarzuty w części przed otwarciem rozprawy, w pozostałej części zarzuty zostały wycofane przez odwołującego, uczestnik postępowania, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wobec powyższego koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia należało wzajemnie znieść oraz orzec o dokonaniu zwrotu odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu z rachunku Urzędu.

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

Przewodniczący: