

POSTANOWIENIE
z dnia 9 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio
Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 9 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2012 r. przez Articulus Sp. z o.o. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Poznań w Poznaniu,

przy udziale wykonawcy ITPOK Poznań Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Articulus Sp. z o.o. w Poznaniu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Articulus Sp. z o.o. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Articulus Sp. z o.o. w Poznaniu kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą nadpłacony wpis.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

1

KIO/UZP 2832/12

Uzasadnienie

Zamawiający, Miasto Poznań w Poznaniu, prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „System gospodarki odpadami dla Miasta Poznania - Kontrakt I”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 08.04.2011 r. w Dz.Urz. UE pod numerem 2011/S 69-111988.

W dniu 20 grudnia 2012 r. Articulus Sp. z o.o. w Poznaniu (zwana dalej „Articulus”) wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem odmowy zamawiającego udostępnienia odwołującemu następujących dokumentów:

1. z oferty złożonej przez ITPOK Poznań Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej „ITPOK”):
 - Formularza Ofertowego wraz z załącznikami nr 1 - 12,
 - Harmonogramu Okresu Budowy
 - Listów wsparcia.
2. z oferty złożonej przez SITA Zielona Energia Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „SITA”):
 - Załącznika nr 6
 - Załącznika nr 7

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 8 ust. 3 i art. 86 ust. 4 Pzp w zw. z art. 4 ust. 2 i art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) oraz wniósł o nakazanie zamawiającemu udostępnienia ww. dokumentów.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie i w pismach procesowych, Izba ustaliła, co następuje.

Otwarcie ofert w niniejszym postępowaniu miało miejsce w dniu 15.11.2012 r.

W tym dniu Articulus zwróciła się o udostępnienie ofert złożonych przez innych wykonawców.

W odpowiedzi na powyższe, mailem z dnia 26.11.2012 r. zamawiający poinformował Articulus, iż oferty zostaną udostępnione w siedzibie zamawiającego w dniu 27.11.2012 r.

Następnie w tym dniu, zamawiający udostępnił oferty ITPOK i SITA jedynie w części, tj. w zakresie nie objętym przez ww. wykonawców tajemnicą przedsiębiorstwa.

W dniu 28.11.2012 r. Articulus pisemnie zwróciła się do zamawiającego o udostępnienie ofert ITPOK i SITA w zakresie nie udostępnionym w dniu 27.11.2012, jako niezawierających tajemnicy przedsiębiorstwa.

Na powyższy wniosek zamawiający bezpośrednio nie odpowiedział.

Pismem z dnia 11.12.2012 r. zamawiający poinformował ITPOK (z przekazaniem pisma do wiadomości pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu) o ujawnieniu z jej oferty: Druku Oferty, Załącznika nr 13 do Formularza Ofertowego oraz Listu przewodniego.

Pismem z dnia 13.12.2012 r. skierowanym do ITPOK zamawiający podtrzymał ww. stanowisko.

W przedmiotowym odwołaniu, wniesionym w dniu 20.12.2012 r., Articulus zażądała udostępnienia wszystkich dokumentów i części oferty, których nie udostępniono jej w dniu 27.11.2012 i których dotyczył jej wniosek z dnia 28.11.2012 r., za wyjątkiem: Druku Oferty, Załącznika nr 13 do Formularza Ofertowego oraz Listu przewodniego – z oferty ITPOK.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Terminy na wniesienie odwołania określono w art. 182 ustawy, zgodnie z którym:

1. Odwołanie wnosi się:

1) w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość

zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

2) w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 10 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

2. Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie:

1) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

2) 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub

specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

3. Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się:

1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia;

2) w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Przepisy ustawy nie nazywają i nie określają czynności zamawiającego, w ramach których realizowana jest zasada jawności postępowania (art. 8), w szczególności zasada jawności ofert od chwili ich otwarcia, wynikająca z art. 96 ust. 3 Pzp.

Powyższe związane jest z ogólnym brakiem w ustawie jakiegokolwiek dookreślenia czy wskazania tego typu czynności, ich formy czy stosownego momentu ich dokonania i poinformowania o powyższym wykonawców. Praktyka odtajniania części ofert nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa, a więc w sposób nieuprawniony zastrzeganych przez wykonawców zamiast odrzucania tego typu ofert, ustaliła się dopiero po uchwale Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r., III CZP 74/05. Sąd Najwyższy w swoim

4

orzeczeniu wskazał jedynie na bezskuteczność zastrzeżenia możliwości ujawniania informacji, które w rzeczywistości tajemnicą przedsiębiorstwa nie są i w konsekwencji na jawność takich informacji na ogólnych zasadach dostępności, np. do ofert w postępowaniu. Nie wskazał natomiast na żadne czynności zamawiającego, tj. w jakim czasie i w jaki sposób skuteczność owego zastrzeżenia zamawiający ma weryfikować i jak winien poinformować o tym wykonawców.

Zamawiający nie jest więc w żaden sposób zobowiązany do dokonywania jakichkolwiek formalnych czynności w tym zakresie, poza udostępnianiem informacji zastrzeżonych przez wykonawców, które tajemnicą przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie stanowią (art. 8 ust. 3 Pzp). W szczególności decyzje zamawiającego w tym zakresie, nie stanowią żadnej z czynności związanych z rozstrzygnięciem postępowania, wskazanych i nazwanych w przepisie art. 92 Pzp, o których zamawiający zawiadamia wykonawców.

W związku z powyższym nie sposób czynności, a także zaniechań zamawiającego, związanych z ujawnianiem informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, zakwalifikować jako podpadające pod dyspozycję art. 182 ust. 1 Pzp. Z oczywistych względów nie odnosi się do nich również przepis art. 182 ust. 2 Pzp, dotyczący odwołań w przedmiocie ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Terminy na wniesienie odwołania w przedmiocie tajemnicy przedsiębiorstwa reguluje więc przepis art. 182 ust. 3 Pzp, jako odnoszący się do innych czynności, niż wskazane w ust. 1 i 2 tego przepisu.

W przypadku niniejszego odwołania, ze względu na wartość zamówienia, będzie to art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, który stanowi, iż odwołanie 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.

Terminem, w którym odwołujący powziął w tym przypadku informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia jego odwołania, tj. o fakcie, iż zamawiający odmawia mu udostępnienia części ofert, które w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji powinny być jawne (jak twierdzi odwołujący), był dzień 27.11.2012 r. Termin na wniesienie odwołania na powyższe zaniechanie zamawiającego, liczony według przepisu art. 182 ust. 3 Pzp, upływał więc w dniu 07.12.2012 r., a odwołanie wniesione w dniu 20.12.2012 r. uznano za wniesione po terminie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 3 ustawy, odwołanie odrzucono.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

5

rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

6