

Sygn. akt: KIO 730/22

**WYROK
z dnia 7 kwietnia 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2022 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, Reguły, ul. Stanisława Bodycha 73A, 05-816 Michałowice, **EBS BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. St. Kostki Potockiego 2B lok. 39, 02-958 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Prof. A. Grucy CMKP**, ul. Konarskiego 13, 05-400 Otwock

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PORR Spółka Akcyjna**, ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa, **PORR Bau GmbH**, Absberggasse 47, 1100 Wiedeń (Austria) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Prof. A. Grucy CMKP z siedzibą w Otwocku na realizację robót budowlanych objętych projektem pn.: Projekt i budowa Centrum Naukowo-Dydaktycznego i Ćwiczeń Kadawerowych oraz projekt i budowa Łącznika pomiędzy budynkiem Centrum Rehabilitacji oraz budynkiem H-J w Samodzielnym Publicznym Szpitalu Klinicznym im. Prof. Adama Grucy CMKP w Otwocku (nr postępowania: DZP.26.78.2021), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 3 września 2021 r., 2021/S 171-443649-2021-PL, wobec zaniechania przekazania wyjaśnień wykonawcy (PORR S.A./PORR Bau GmbH), wniesione zostało 14 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Konsorcjum w składzie Climamedic Sp. z o.o. sp.k. i EBS BUD Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 730/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu przekazania wyjaśnień wykonawcy Konsorcjum Porr z 7.02.2022 r. i uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych w toku badania i oceny ofert pomimo, iż został one niezasadnie zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa, jako prowadzące do naruszenia art. 18 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny i badania ofert, w tym ujawnienie wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Porr w odpowiedzi na wezwanie z 7.02.2022 r. i uzasadnienia zastrzeżenia tychże informacji.

Uzasadnienie.

Bez dostępu do wyjaśnień dotyczących JEDZ złożonego przez partnera Konsorcjum (Porr Bau GmbH) w zakresie podstaw wykluczenia z art. 180 ust. 1 pkt 5 oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 nie jest możliwa skuteczna kontrola w zakresie ustalenia, czy nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Odwołujący wcześniej złożył odwołanie kwestionując zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Porr z postępowania, która Zamawiający uwzględnił.

Ponieważ Zamawiający nie przekazał nawet uzasadnienia dla zastrzeżenia informacji niejawnych zarzuty podniesione mogą być jedynie na zasadzie domniemania niezasadnego zastrzeżenia wyjaśnień. Odwołujący wniósł, aby Izba dokonała weryfikacji czy wykonawca złożył stosowne dowody, a co za tym idzie czy skutecznie zastrzegł wyjaśnienia tajemnicą przedsiębiorstwa.

Do postępowania odwoławczego w dniu 17.03.2022 r, przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca - Konsorcjum Porr.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Przystępujący zakwestionował istnienie legitymacji procesowej Odwołującego do kwestionowania czynności Zamawiającego polegającej na utrzymaniu w poufności wyjaśnień Konsorcjum Porr z 16.02.2022 r. oraz wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Z uwagi na nieprawidłowości w ofercie Odwołującego, które były podstawą zarzutów w odwołaniu wykonawcy Erbud S.A. (sygn. akt KIO 702/22), które Zamawiający uwzględnił, uzasadnione miałyby być twierdzenie, że Odwołujący utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia i poniesienia z tego tytułu straty. Izba w oparciu o informacje znane z urzędu z racji wydanego postanowienia z 31.03.2022 r. o umorzeniu postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 702/22 ustaliła, że stan faktyczny i prawny jaki powstał na skutek oświadczenia Zamawiającego złożonego w postępowaniu odwoławczym nie prowadzi do wniosków prezentowanych przez Przystępującego. W szczególności podstawą wydanego postanowienia nie było oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu w części zarzutów odwołania i wycofaniu pozostałych zarzutów przez odwołującego, co przy braku sprzeciwu przystępującego mogłoby dopiero prowadzić do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 522 ust. 3 Ustawy. To odwołujący w sprawie złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania i wniósł o zwrot 90% wpisu. Tym samym oświadczenie procesowe Zamawiającego nie wywołało skutków procesowych, jakie Ustawa wiąże z jego złożeniem. W szczególności, nie znajdzie zastosowania przepis art. 522 ust. 3 Ustawy wskazujący na obowiązek dokonania czynności zgodnie z żądaniem odwołującego w zakresie uwzględnionych zarzutów. Ponadto, według stanu istniejący tak w momencie wniesienia odwołania i na chwilę obecną oferta Odwołującego pozostaje w postępowaniu, jako nieodrzucona. Dopiero zapowiedziane przyszłe czynności Zamawiającego będą kształtować sytuację prawną Odwołującego i jego oferty w postępowaniu.

Nie można zatem na tej podstawie stwierdzić, iż w momencie złożenia odwołania Odwołujący nie był uprawniony do wniesienia odwołania. Zmiana stanu faktycznego wywołana oświadczeniami stron w sprawie wcześniej połączonej do wspólnego rozpoznania nastąpiła już w toku postępowania odwoławczego, co zasadniczo nie miało znaczenia dla ustalenia, że Odwołujący posiada interes w tym, aby poddać kontroli decyzje związane z oceną ofert wybranej jako najkorzystniejsza. Ocena interesu w uzyskaniu zamówienia, dokonywana jest na moment wniesienia odwołania, natomiast zmiana stanu rzeczy w toku postępowania odwoławczego może mieć wpływ na wyrok co do meritum zarzutów i uznania zasadności żądań odwołania.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania obu odwołań.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający 18.01.2022 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta Konsorcjum Porr. Czynność ta została następnie przez Zamawiającego w dniu 31.01.2022 r. unieważniona, co nastąpiło po wniesieniu odwołania z 28.01.2022 r., w wyniku ponownej analizy oferty wybranej i samoistnej decyzji Zamawiającego w tej materii. W dniu 8.02.2022 r. odwołujący wycofał odwołanie z 28.01.2022 r. w zakresie zarzutów nie uwzględnionych przez Zamawiającego.

W załączonym do oferty formularzu JEDZ partnera konsorcjum spółki Porr Bau GmbH w części III C *Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi* na pytania dotyczące porozumienia z innymi wykonawcami mającymi na celu zakłócenie konkurencji, a także rozwiązania umowy przed czasem, odszkodowania lub innej porównywalnej sankcji, udzielono odpowiedzi potwierdzających zdarzenia objęte pytaniami, załączając opis sytuacji, które powodowały konieczność złożenia takiego oświadczenia. Wobec pierwszej twierdzącej odpowiedzi wykonawca powziął środki w celu wykazania rzetelności (samooczyszczenie). Informacje te były jawne od początku w ofercie.

W toku powtórzonych i uzupełnionych czynności Zamawiający wezwał w piśmie z 7.02.2022 r. Konsorcjum Porr do wyjaśnienia treści oświadczenia złożonego w JEDZ przez partnera Konsorcjum, tj. Porr Bau GmbH w zakresie podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy oraz art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, które jak zastrzegł to w oświadczeniu podmiot, złożone zostało z daleko idącej ostrożności z uwagi na sposób sformułowania pytania w formularzu JEDZ.

Konsorcjum Porr złożyło wyjaśnienia w piśmie z 16.02.2022 r. zastrzegając ich treść jako tajemnica przedsiębiorstwa wraz z częścią dowodów załączonych do tych wyjaśnień (załączniki nr 2, 3, i 6).

W dniu 4.03.2022 r. Zamawiający ponownie wybrał ofertę Konsorcjum Porr, na co odwołania wnieśli dwaj wykonawcy, a sprawy zostały połączone do wspólnego rozpoznania (pod sygnaturami akt KIO 702/22 i KIO 730/22).

Przed wyznaczonym terminem posiedzenia, Zamawiający w części uwzględnił zarzuty w odwołaniu o sygn. akt KIO 702/22, Przystępujący po jego stronie wykonawca (obecny Odwołujący) wniósł w tym zakresie sprzeciw, a odwołujący wycofał odwołanie w całości. Zamawiający w dniu 25.03.2022 r. poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty Konsorcjum Porr.

Na wniosek Odwołującego Zamawiający w dniu 9.03.2022 r. udostępnił część wyjaśnień, tj. załączniki nr 1, 4, 5.

Izba zważyła.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut w odwołaniu nie obejmuje czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym znaczeniu, że Odwołujący nie wskazuje na okoliczności faktyczne dotyczące oferty Konsorcjum Porr, które mogłyby prowadzić do zmiany wyniku jej oceny. Całość argumentacji jaką zawarł sprowadza się do wykazania naruszenia art. 18 Ustawy, tj. zasady jawności postępowania, do czego prowadzić miało nieuzasadnione utrzymanie klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa dla wyjaśnień z 16.02.2022 r. jak i samego uzasadnienia, co stanowić miało dla Odwołującego przeszkodę w formułowaniu dalej idących zarzutów co do podstaw wykluczenia Konsorcjum Porr z postępowania. Odwołujący na rozprawie wyjaśniał, iż znajomość pełnej informacji o zdarzeniach wstępnie opisanych w JEDZ pozwoliłaby na ocenę czynności Zamawiającego polegającej na wyborze ofert najkorzystniejszej.

W świetle opisanych okoliczności faktycznych, w tym w szczególności treści oferty Konsorcjum Porr od początku jawnej dla wykonawców, zakresu wyjaśnień do których złożenia Konsorcjum Porr zostało wezwane, Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia zasady jawności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Na wstępie należy wyraźnie zaznaczyć, iż podnosząc zarzut zaniechania udostępnienia wyjaśnień, jak i uzasadnienia dla nałożenia klauzuli tajemnicy przedsiębiorstwa na informacje w nich zawarte, Odwołujący nie odniósł się ani do okoliczności znanych mu z części jawnej oferty (oświadczeń złożonych w JEDZ), jak również do zakresu informacji, jakie miały zostać przedstawione pod kątem wykazania braku możliwości uznania ich za

tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołanie w swojej treści faktycznie sprowadza się do postawienia blankietowego zarzutu wadliwej czynności Zamawiającego, o czym świadczyć miało utajnienie uzasadnienia dla objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie składu orzekającego takie odwołanie nie mogło odnieść skutku w postaci uznania czynności zaniechania udostępnienia wyjaśnień z 16.02.2022 r. za nieprawidłową, w oderwaniu od treści oferty Konsorcjum Porr. Okoliczności faktyczne tej sprawy istotnie wpływają na ocenę zasadności zarzutu opartego wyłącznie na kwestionowaniu skuteczności zastrzeżenia informacji, które miały wyłącznie charakter uzupełniający wobec oświadczeń złożonych w ofercie i ich nie zmieniały. Istotnym wydaje się również to, że opis zdarzeń które uzasadniały udzielenie pozytywnej odpowiedzi na pytania w JEDZ, był dostatecznie precyzyjny, aby Odwołujący mógł podważyć zasadność oceny oświadczeń wykonawcy co na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej powinno również być uwzględnione w odwołaniu składanym po wyborze oferty najkorzystniejszej. Co istotne Odwołujący miał dostęp do pełnej treści oferty, w tym oświadczeń złożonych w JEDZ, których dotyczyły wyjaśnienia.

Odnosząc się do charakteru informacji zawartych w wyjaśnieniach z 16.02.2022 r. Izba w całości podziela ocenę Zamawiającego, tak co do ich charakteru i znaczenia gospodarczego z punktu widzenia pozycji tego podmiotu na rynku, jak i skuteczności ich zastrzeżenia, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba podziela pogląd prezentowany w piśmie Przystępującego co do znaczenia informacji dotyczących szczegółów zakończenia współpracy, poufnych negocjacji pomiędzy stronami kontraktu po jego rozwiązaniu, do czego odnosiły się oświadczenia złożone w JEDZ (w całości jawne). Ponownie należy podkreślić, iż wyjaśnienia jedynie uzupełniały opis zdarzeń zawarty w jawnej części oferty Konsorcjum Porr i nie zmieniały sensu oświadczenia, w którym podane zostały istotne z punktu widzenia oceny tego oświadczenia informacje.

Konsorcjum Porr w ocenie składu orzekającego dochowało szczególnej staranności, wybiórczo zastrzegając tylko te informacje, które odnosiły się do szczegółów mogących dotyczyć ważnych aspektów z punktu widzenia funkcjonowania podmiotu na rynku. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 31.01.2014 r. przez NSA (I OSK 2167/13), co znaczenia gospodarczego w kontekście tajemnicy przedsiębiorstwa informacji związanych z udziałem przedsiębiorcy w postępowaniu sądowym, których ujawnienie może *stanowić zagrożenie dla interesów przedsiębiorcy poprzez między innymi osłabienie ich wiarygodności, zmniejszenie zdolności kredytowej, zdolności negocjacyjnej co w konsekwencji może rzutować na zawieranie umów na korzystnych warunkach*. Konsorcjum Porr ujawniło w JEDZ w takim zakresie informacje o zdarzeniach, które mogłyby mieć na ocenę jego wiarygodności, aby nie naruszać tajemnicy przedsiębiorstwa przez podanie dalszych szczegółów, które mogłyby być wykorzystywane przeciwko temu podmiotowi.

Zastrzeżenie wyjaśnień w żaden sposób nie wpływało na ocenę oświadczenia złożonego w JEDZ, co do którego, jak wskazano na wstępie, Odwołujący nie zgłaszał zarzutów.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 ust. 3 i 4 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 20.000,00 zł. i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: