

Sygn. akt: KIO 1161/12

POSTANOWIENIE
z dnia 18 czerwca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Lubomira Matczuk – Mazuś
Marek Koleśnikow

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 18 czerwca 2012 r. w Warszawie wniesionego w dniu 4 czerwca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: China National Electric Engineering Co., Ltd., China Overseas Engineering Group Co., Ltd, Pekin Chińska Republika Lud, 9 South Shouti Road, District Haidian** w postępowaniu prowadzonym przez **ENEA Wytwarzanie S.A., 26 – 900 Kozienice, Świerże Górne**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Hitachi Power Europe GmbH, Polimex-Mostostal S.A., 47059 Duisburg, Niemcy, Schifferstrasse 80** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: China National Electric Engineering Co., Ltd., China Overseas Engineering Group Co., Ltd, Pekin Chińska Republika Lud, 9 South Shouti Road, District Haidian** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: China National Electric Engineering Co., Ltd., China Overseas Engineering Group Co., Ltd, Pekin Chińska Republika Lud, 9 South Shouti Road, District Haidian**, tytułem wpisu od odwołania.

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, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Radomiu.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1161/12

Uzasadnienie

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: China National Electric Engineering Co., Ltd.; China Overseas Engineering Group Co., Ltd., (dalej zwanych łącznie „Konsorcjum CNEEC” lub „Odwołujący”), wnieśli odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Budowa bloku energetycznego na parametry nadkrytyczne opalanego węglem kamiennym o mocy elektrycznej netto minimum 900MWe, maximum 1000MWe w Elektrowni „Kozienice” S.A. Odwołanie dotyczy czynności ENEA Wytwarzanie S.A. (dalej: „Zamawiający”) (przed zmianą nazwy Elektrownia Kozienice S.A.) podjętych w toku postępowania z naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz zaniechania czynności obowiązkowych w związku z czynnościami braku odtajnienia ofert wykonawców oraz udostępnienia oferty konkurencyjnego Konsorcjum Hitachi Power Europe GmbH oraz Polimex- Mostostal S.A. (dalej zwanych łącznie „Konsorcjum Polimex”), co zdaniem wykonawcy uniemożliwiło Odwołującemu uzyskanie podstawowych informacji niemających waloru tajemnicy przedsiębiorstwa, i w konsekwencji ewentualną weryfikację zasadności dokonanego wyboru przez Zamawiającego. Powyższymi czynnościami Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1994 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieprawidłową ocenę przez Zamawiającego informacji zawartych w załącznikach do kontraktu opisanych powyżej nr 3,4,6,7,9 w pkt I załączonych do oferty Polimex, jako tajemnicy przedsiębiorstwa i w konsekwencji niezgodną z prawem odmowę ujawnienia tych informacji Odwołującemu oraz
- 2) art. 96 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ujawnienia informacji zawartych w załącznikach do kontraktu opisanych powyżej w punkcie I od a) do f) załączonych do oferty Konsorcjum Polimex, stanowiących załącznik do protokołu postępowania, który w tym zakresie winien być jawny na dzień 25 maja 2012 r.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu ujawnienia informacji

zawartych w załącznikach oferty Polimex tj.:

- a) załączniku 3 do Kontraktu Harmonogram Rzeczowo-Finansowy;
- b) załączniku 4 do Kontraktu Harmonogram Realizacji Kontraktu;
- c) załączniku nr 6 do Kontraktu Wykaz Części Zamiennych;
- d) załączniku 7 do Kontraktu Program Zapewnienia Kontroli i Jakości;
- e) załączniku 9 do Kontraktu Lista podstawowych wykonawców i zakres przedmiotu kontraktu powierzony tym podwykonawcom;
- f) części technicznej oferty, w zakresie, w którym Konsorcjum Polimex odwołuje się do najnowszych osiągnięć techniki energetyki światowej dotyczących kotła i turbiny (o których mowa w Załączniku nr A5 SIWZ sekcja 2.2.1.2.2 pkt 4 (str. 31.) i sekcja 2.2.1.3.1 pkt 2 (str. 62) poprzez nieujawnienie na jakich standardach techniki światowej oparte jest rozwiązanie (które to standardy są jawne).

Odwołujący stwierdził, że jako wykonawca, który został zaproszony do składania ofert i złożył ofertę w dniu 25 kwietnia 2012 roku posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania i w wyniku naruszeń przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego w dniu 25 maja 2012 r. (przed ogłoszeniem wyboru najlepszej oferty) uniemożliwiono Odwołującemu przeprowadzenie czynności sprawdzających części oferty, które winny być jawne. Tym samym nie jest możliwym jej zweryfikowanie i w przypadku niezgodności oferty takiego wykonawcy ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Odwołujący nie ma realnych możliwości zakwestionowania oferty konkurencyjnego wykonawcy Konsorcjum Polimex, a także dokonanego przez Zamawiającego wyboru w przypadku jego wadliwości. To w konsekwencji prowadzi do utraty możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego i poniesienia wymiernej straty finansowej. W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał w szczególności, że Zamawiający poinformował Konsorcjum CNEEC, iż po wykonaniu weryfikacji zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa odtajnił tylko część zastrzeżonej oferty Konsorcjum Polimex, i oświadczył, że ze względu na podtrzymanie przez Konsorcjum Polimex w pozostałym zakresie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, (...) nie ujawni Konsorcjum CNEEC następujących elementów oferty Konsorcjum Polimex: załącznika nr 3, załącznika nr 5 [Harmonogram Realizacji Kontraktu], załącznika nr 6, załącznika nr 7 oraz załącznika nr 9. Zdaniem wykonawcy podtrzymanie przez Zamawiającego zasadności wyłączenia jawności dokumentów zawartych w Folderze 13 Tom III Tajemnica przedsiębiorstwa Część C w rozdziale 12.2 Część C oferty Konsorcjum Polimex [wymienionych wyżej nie było zasadne, albowiem nie jest zasadnym zastrzeżenie przez Konsorcjum Polimex podanych załączników, albowiem załączniki te de facto nie mogą zawierać tajemnicy przedsiębiorstwa zgodnie z legalną jej definicją. Przywołał także wyrok Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) zgodnie z którym to na zamawiającym spoczywa obowiązek

zbadań, czy zastrzeżenie dokonane przez wykonawców jest zgodne z prawem, podczas gdy Zamawiający ograniczył się tylko do przyjęcia pisma Konsorcjum Polimex z dnia 21 maja 2012 r. i wnikliwie nie zweryfikował zasadności zastrzeżenia pod kontem tajemnicy przedsiębiorstwa wymienionych załączników, poprzestając na powiadomieniu w dniu 25 maja 2012 r. Odwołującego o braku zgody Konsorcjum Polimex, co do wyłączenia jawności, co zdaniem Odwołującego jest nieprawidłowym działaniem. Podobne zastrzeżenie dotyczy zdaniem wykonawcy także zawartych w opisie części technicznej oferty [załącznik nr 2] standardów dotyczących zastosowania najnowszych osiągnięć energetyki światowej. Odwołujący przede wszystkim stwierdził, że Zamawiający w instrukcjach w sprawie sporządzenia Załączników do Kontraktu w tym w szczególności Załącznika 3 i 4 do Kontraktu: Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego i Harmonogramu Realizacji Kontraktu; szczegółowo na stronach Części IV SIWZ - Instrukcji do opracowania Załączników do Kontraktu, str. 5-7 i str. 9-14 określił ich formę i zawartość merytoryczną jaka ma być przepisana przez wykonawców. Ze względu na fakt, iż Zamawiający wyjątkowo szczegółowo określił zawartość, literalne brzemienie oraz ramy czasowe, a nawet określone elementy tychże załączników, trudno jest się zgodzić ze stanowiskiem, iż one właśnie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum Polimex i zawierają w sobie jakąkolwiek wartość gospodarczą, skoro muszą być sporządzone w ten sam sposób przez każdego wykonawcę pragnącego złożyć ważną niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Ponadto dla uznania prawidłowości dokonanego zastrzeżenia niezbędne jest łączne spełnienie przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć też charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum - Hitachi Power Europe GmbH, oraz Polimex-Mostostal S.A. [dalej Konsorcjum Polimex] wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 189 ust.2 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba zobowiązana jest z urzędu odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi na posiedzeniu jedną z okoliczności, wymienionych w pkt 1 – 7 tego przepisu. Wskazane w tym artykule okoliczności stanowią bowiem negatywne przesłanki procesowe, uniemożliwiające rozpoznanie odwołania co do jego meritum i tym samym ich zaistnienie rodzi konieczność wydania postanowienia o odrzuceniu odwołania.

W niniejszej sprawie odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust.3 ustawy Pzp, dotyczące zaniechania ujawnienia informacji zawartych w załącznikach w części oferty Konsorcjum Polimex zastrzeżonych przez wykonawcę, jako tajemnica przedsiębiorstwa [załącznik nr 3, załącznik nr 5 [Harmonogram Realizacji Kontraktu], załącznik nr 6, załącznik nr 7 i załącznik nr 9, oraz informacji zawartych w załączniku nr 2 w zakresie wskazanej części technicznej] - w świetle dyspozycji art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp zostały wniesione po upływie terminu wskazanego w tym przepisie. Zgodnie z powołanym art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp - wobec czynności innych niż wskazane w ust.1 i 2 tego artykułu - takich jak zdaniem Izby zaniechanie udostępnienia informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i jako taka winna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - 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. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO oraz doktrynie, ustawa Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do kwestionowanej czynności - braku uchylecia zakazu ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa – nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców o zastrzeżeniu w ofercie takich informacji. Jednocześnie przepisy ustawy stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym każdy wykonawca, zachowując należyłą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji stanowiących - zdaniem wykonawcy składającego ofertę – tajemnicę przedsiębiorstwa i stanowisko zamawiającego odmawiające ich ujawnienia może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie oferty, bądź - alternatywnie - o ile jest to uzasadnione

okolicznościami - w najbliższym terminie, po niezwłocznym złożeniu wniosku o udostępnienie oferty [ofert].

W niniejszym stanie faktycznym, wykonawcy mogli powziąć informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania w dniu 25 kwietnia 2012 r., albowiem w tym dniu, z upływem terminu wyznaczonego na otwarcie i złożenie ofert, mogli zwrócić się do Zamawiającego o udostępnienie ofert innych wykonawców i w ten sposób zweryfikować poprawność czynności związanej z oceną przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba zwraca ponownie uwagę, że w przeciwieństwie do dyspozycji art. 182 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 182 ust. 3 ustawy Pzp liczy się również od daty - przy zachowaniu należytej staranności - możliwości powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a nie tylko jej podjęcia przez wykonawcę. Tak jak ustaliła Izba, wykonawca po upływie 20 dni od otwarcia ofert w piśmie z dnia 14 maja 2012 r. przede wszystkim zwrócił się [pkt 1 pisma] o (...) udostępnienie tylko części jawnej oferty końcowej. W trakcie posiedzenia Odwołujący wyjaśniał, że objętość ofert, nie pozwoliłaby Zamawiającemu do tej daty zweryfikować dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w specyfikacji wskazał, jak należy złożyć dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa [pkt 12.1.5 oraz pkt 12.1.6] nie ustalając jednocześnie procedury oceny takich informacji oraz terminów, w których będą dokonywane takie czynności. Ustalenie zatem katalogu zastrzeżonych dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa było możliwe na podstawie Formularza Oferty, w którym zgodnie ze specyfikacją należało zamieścić stosowne skreślenia w pkt 16 tego Formularza, a w ofercie - stosowne odesłania, (...) zamieszczając takie dokumenty w oddzielnym tomie oznaczonym jako Tom III Oferty. Zatem bezspornie wnoszący odwołanie wykonawca informację o kwestionowanych dokumentach, które jego zdaniem nie zawierały w sobie jakiegokolwiek wartości gospodarczej, w szczególności te, które – jak podnosił w odwołaniu – należało sporządzić zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w instrukcjach, co do ich formy i zawartości merytorycznej. Izba ponadto stwierdza, że w wezwaniu skierowanym do Konsorcjum Polimex zawartym w piśmie z dnia 16 maja 2012 r., o którym to wezwaniu Odwołujący był informowany [pismo z dnia 18.05.2012 r.], Zamawiający nie wymienił załącznika nr 2, co oznacza, że Część

techniczna oferty była w całości od początku kwalifikowana jako zawierająca informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Tego wezwania wnoszący odwołanie wykonawca także nie kwestionował. Izba zwraca ponadto dodatkowo uwagę, że zgodnie ze wskazanym art. 96 ust.3 ustawy Pzp oferty powinny być dostępne od chwili ich otwarcia i tym samym ustalanie przez Zamawiającego terminu udostępniania ofert, o ile nie jest to obiektywnie uzasadnione, może być postrzegane jako niezgodne z przepisami ustawy Pzp, jednakże w konsekwencji nie może skutkować przywróceniem terminu do wniesienia odwołania w związku z brakiem działania [wniesienia odwołania] przez wykonawcę w terminie ściśle określonym ustawą Pzp. Na marginesie Izba zauważa, że termin do wniesienia odwołania – co wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie i w ustawie Pzp jest terminem zawitym, a tym samym nie podlega przywróceniu z żadnego powodu.

Tym samym, mając na względzie okoliczności faktyczne niniejszej sprawy odwołanie należało odrzucić na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust.3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

.....

.....

.....