

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 15 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**

na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 15 kwietnia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum w składzie: PORR S.A., T.M.E. S.p.A - Termomeccanica Ecologia, z siedzibą lidera: ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej – Gliwice sp. z o.o., ul. Królewskiej Tamy 135, 44-100 Gliwice,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum w składzie: MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A OSCHATZ Power GmbH Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A z siedzibą lidera: Plac Piastów 10, 44-101 Gliwice,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1175/25 po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,

2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – **Konsorcjum w składzie: PORR S.A., T.M.E. S.p.A - Termomeccanica Ecologia, z siedzibą lidera: ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa,** uiszczony tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1175/25

Uzasadnienie

Zamawiający, Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej – Gliwice sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” w przedmiocie: „Rozbudowa istniejącej ciepłowni o blok parowy z kotłem wielopaliwowym wytwarzającym ciepło i energię elektryczną w wysokosprawnej kogeneracji planowana do realizacji na terenie PEC – Gliwice Sp. z o.o. w Gliwicach przy ul. Królewskiej Tamy 135”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 188/2024 pod nr 579203-2024 w dniu 26 września 2024 r. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało opublikowane przez Zamawiającego w dniu 18 marca 2025 r.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – Konsorcjum w składzie: PORR S.A., T.M.E. S.p.A - Termomeccanica Ecologia, z siedzibą lidera w Warszawie – w dniu 28 marca 2025 r. wnieśli odwołanie, wskazując w petitum odwołania - zaskarżenie czynności Zamawiającego „dotyczącą badania zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa” przez Konsorcjum Mostostal Zabrze „w zakresie informacji zawartych w Wykazie robót budowlanych (pkt 1 i 3) oraz odnoszących się do nich listów referencyjnych stanowiących doświadczenie wykonawcy OSCHATZ Power GmbH – Partner Konsorcjum” oraz „zaniechania odtajnienia tych informacji w związku z niewykazaniem spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233) („uznk”) w związku z art. 18 ust. 3 Pzp”.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1. art. 18 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 uznk w zw. z art. 74 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp, poprzez błędne uznanie, że wykonawca – Konsorcjum Mostostal Zabrze - skutecznie zastrzegł, prawidłowo uzasadnił i wykazał zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w Wykazie robót budowlanych (pkt 1 i 3) oraz odnoszących się do nich listów referencyjnych stanowiących doświadczenie wykonawcy OSCHATZ Power GmbH – Partner Konsorcjum, i w konsekwencji zaniechanie odtajnienia takich informacji podczas gdy Wykonawca nie wykazał wartości gospodarczej utajnionych informacji oraz rzeczywistego utrzymywania ich w poufności, a także przedstawił uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa lakoniczne, ogólnikowe, gołosłowne, oraz w sposób niedopuszczalny zastrzegł część uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa (w zakresie załączników nr 2-4 do Uzasadnienia TP), uniemożliwiając tym samym zweryfikowanie przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu z Rozdziału II pkt 4.1 lit. d) ppkt 1 i 3 SWZ oraz skuteczności

podejmowanych przez Wykonawcę działań w celu utrzymania w poufności takich informacji, naruszając tym samym zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także zasadę przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji realizacji pełnego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności sprawy.

a w konsekwencji powołanych wyżej naruszeń, również naruszenie:

2.art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1, 2 i 3 Pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum Mostostal Zabrze jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta tego wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 18 marca 2025 r. w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia czynności ponownego badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie informacji zawartych w Wykazie robót budowlanych (pkt 1 i 3) Konsorcjum Mostostal Zabrze oraz odnoszących się do nich listów referencyjnych stanowiących doświadczenie wykonawcy OSCHATZ Power GmbH – Partner Konsorcjum oraz nakazanie uznania, że Wykonawca nieskutecznie zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa w ww. zakresie oraz nakazanie odtajnienia Zastrzeżonych Informacji;
- 5) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Zamawiający nieprawidłowo ocenił zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Mostostal Zabrze, co spowodowało, że Odwołujący został pozbawiony możliwości zweryfikowania spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału II pkt 4.1 lit. d) ppkt 1 i 3 SWZ i w konsekwencji zasadności wybrania oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej. W przypadku odtajnienia Zastrzeżonych Informacji Odwołujący miałby możliwość zweryfikowania doświadczenia wykazanego przez Wykonawcę oraz złożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych (referencji OSCHATZ Power GmbH – Partner Konsorcjum) i wykazania, że nie spełnia ono ww. warunku, a w konsekwencji wykazania, że oferta Wykonawcy nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a Zamawiający winien podjąć dalsze czynności w Postępowaniu w ramach badania i oceny ofert. Tym samym, w wyniku czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego, Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia objętego postępowaniem oraz uzyskania zakładanego zysku. W związku z powyższym Odwołujący w wyniku wyżej opisanych czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu może ponieść szkodę, co oznacza, że posiada on interes w wniesieniu odwołania.

Zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania w dniu 31 marca 2025 r wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 03 kwietnia 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – Konsorcjum w składzie: MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., OSCHATZ Power GmbH Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A. z siedzibą lidera w Gliwicach zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 04 kwietnia 2025 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Zamawiającego do przedłożenia do akt sprawy odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 10 kwietnia 2025 r. Zamawiający złożył pismo do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w którym w oparciu o art. 568 pkt. 2 Pzp wniósł o umorzenie postępowania toczącego się na skutek odwołania wniesionego przez Konsorcjum: PORR S.A., T.M.E.S.p.A.- Termomeccanica Ecologia. Zamawiający wniósł o dopuszczenie dowodu z pisma Zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2025 r. celem ustalenia faktu, że zaskarżona przez Odwołującego czynność nie istnieje, a toczące się postępowanie powinno zostać umorzone.

Zamawiający wskazał, że w dniu 28 marca 2025 r. Odwołujący wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego dotyczącą badania zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego OSCHATZ Power GmbH z siedzibą w Essen, Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach w zakresie informacji zawartych w wykazie robót budowlanych pkt. 1 i 3 oraz odnoszących się do nich listów referencyjnych stanowiących doświadczenie OSCHATZ Power GmbH z siedzibą w Essen i zaniechania odtajnienia tych informacji w związku z niewykazaniem spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji.

W dniu 09 kwietnia 2025 r. Zamawiający dokonał odtajnienia dokumentów w postaci wykazu robót budowlanych (pkt. 1 i 3) oraz odnoszących się do nich listów referencyjnych stanowiących doświadczenie OSCHATZ Power GmbH z siedzibą w Essen oraz przekazał je Odwołującemu. Dowód: Pismo z dnia 10 kwietnia 2025 r.

Zamawiający podniósł, że stosownie do treści art. 568 pkt. 2 Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. W postanowieniu z dnia 28 sierpnia 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „W związku z powyższym należy wskazać, że dyspozycja przepisu art. 568 pkt 2 ustawy Pzp przewiduje, że Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne. Według zapatrywania Izby - dalsze prowadzenie tego postępowania odwoławczego jest zbędne z powodu dokonanej przez Zamawiającego zmiany nr 1 SWZ w sposób odpowiadający żądaniu Odwołującego, co oznacza, że nie ma już sporu pomiędzy stronami.” (KIO 2854/24). Z kolei w wyroku z dnia 17 kwietnia 2025 r. KIO wskazało, że „unieważnienie przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spowodowało, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, nie istnieje: „Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy p.z.p., czy nie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (czynność wyboru najkorzystniejszej oferty) przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy p.z.p.”.(KIO 3529/21).

Zdaniem Zamawiającego, odnosząc powyższe do okoliczności niniejszej sprawy wskazać należy, że Zamawiający w dniu 09 kwietnia 2025 r. odtajnił dokumentację w postaci wykazu robót budowlanych (pkt. 1 i 3) oraz odnoszących się do nich listów referencyjnych stanowiących doświadczenie OSCHATZ Power GmbH z siedzibą w Essen. Jednocześnie ww. dokumenty w dniu 10 kwietnia 2025 r. zostały przekazane Odwołującemu. Z uwagi na powyższe, czynność Zamawiającego, która została objęta odwołaniem z dnia 28 marca 2025 r., tj. zaniechanie odtajnienia informacji zawartych w wykazie robót budowlanych (pkt. 1 i 3) oraz odnoszących się do nich listów referencyjnych stanowiących doświadczenie OSCHATZ Power GmbH z siedzibą w Essen nie istnieje, ponieważ Zamawiający dokonał odtajnienia przedmiotowej dokumentacji. Ponadto, Zamawiający, zgodnie z żądaniem zgłoszonym przez Odwołującego, przekazał mu odtajnione dokumenty. Mając na względzie powyższe niniejsze postępowanie stało się bezprzedmiotowe.

Zamawiający przekazał niniejsze pismo Odwołującemu i Przystępującemu.

W dniu 11 kwietnia 2025 r. Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, że sprzeciwia się umorzeniu postępowania odwoławczego w całości oraz podtrzymuje wniosek zawarty w odwołaniu o rozpoznanie odwołania na rozprawie. Odwołujący przytoczył zarzuty i żądania zawarte w petitum wniesionego odwołania oraz podniósł, że czynność Zamawiającego podjęta 10 kwietnia 2025 r. w odpowiedzi na złożone odwołanie ograniczyła się wyłącznie do odtajnienia dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, natomiast pominięto wykonanie dwóch pozostałych żądań z odwołania, tj. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 18 marca 2025 r. oraz przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym nie można uznać, że sama czynność odtajnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji zawartych w Wykazie robót budowlanych (pkt 1 i 3) oraz odnoszących się do nich listów referencyjnych stanowiących doświadczenie wykonawcy OSCHATZ Power GmbH – Partner Konsorcjum stanowiłaby podstawę dla umorzenia postępowania odwoławczego w całości. W dalszym bowiem ciągu Zamawiający nie wypełnił dwóch pozostałych żądań wskazanych w odwołaniu, a zatem nie wygasł w tym zakresie substrat zaskarżenia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią żądań w odwołaniu, Zamawiający powinien w pierwszej kolejności unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, następnie odtajnić zastrzeżone informacje, a następnie dokonać ponownego badania i oceny oferty w postępowaniu. Wykonując natomiast wyłącznie jedną z tych czynności, przy całkowitym pominięciu pozostałych, Zamawiający pozbawia Odwołującego możliwości zakwestionowania, na podstawie odtajnionych dokumentów (wykazu robót i referencji) spełniania przez Konsorcjum Mostostal Zabrze warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji również wyboru oferty tego wykonawcy w sposób sprzeczny z przepisami Pzp oraz warunkami zamówienia. Samo odtajnienie zastrzeżonych informacji jest dla Odwołującego irrelevantne, ponieważ głównym jego celem nie jest zapoznanie się z takimi informacjami, lecz zweryfikowanie prawidłowości wyboru oferty wykonawców jako najkorzystniejszej, co może być utrudnione w związku z tym, że Zamawiający nie unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniósł, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w sposób jednolity uznaje się, że w przypadku uwzględnienia odwołania dotyczącego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa niezbędne jest każdorazowe unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty wraz z odtajnieniem zastrzeżonych informacji. Na obowiązek podjęcia obu tych czynności równocześnie Izba wprost wskazuje w jednym ze swoich rozstrzygnięć, podkreślając, że (...)

uznanie przez Zamawiającego za skuteczne zastrzeżenia dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy nie wykazano przesłanek wskazanych w art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), winno co do zasady skutkować nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazaniem odtajnienia zastrzeżonych dokumentów. Zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale także zasada równego traktowania wykonawców, wymagają bowiem, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli pełny dostęp do dokumentów o jawnym charakterze i aby mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej dysponując kompleksową wiedzą o tym, na podstawie jakich informacji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2023 r., sygn. akt KIO 679/23).

Zamawiający, aby zweryfikować prawidłowość utajnienia zastrzeżonych informacji powinien zatem cofnąć postępowanie do etapu badania i oceny ofert. Odtajnienie natomiast informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, bez równoczesnego unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, należy uznać za czynność podjętą poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wskazała bowiem Izba, „[Z]amawiający nie ma prawa dokonywać czynności z zakresu badania i oceny ofert po zakończeniu etapu badania i oceny ofert. Jeśli zamawiający natomiast dostrzega potrzebę powtórzenia czynności z zakresu badania i oceny ofert, to musi powrócić do tego etapu postępowania. W tym celu konieczne jest jednak uprzednie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W analizowanej sprawie przystępującego IDOM bez uprzedniego unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, co należało uznać za działanie podjęte poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2025 r., sygn. akt KIO 4968/24).

Zdaniem Odwołującego, podjęta przez Zamawiającego czynność sprowadzająca się wyłącznie do odtajnienia zastrzeżonych informacji, bez równoczesnego unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty została zatem podjęta poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W przeciwnym razie Odwołujący zostałby definitywnie pozbawiony prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, które zmierzałoby do zakwestionowania spełniania warunków udziału w postępowaniu – na podstawie dokumentów, które zostały Odwołującemu udostępnione, a w konsekwencji zakwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej. Pomimo bowiem odtajnienia zastrzeżonych informacji Odwołujący nie mógłby w żaden sposób wykorzystać takiej wiedzy na potrzeby zweryfikowania prawidłowości badania i oceny oferty ww. wykonawcy, ponieważ w dalszym ciągu w obiegu prawnym funkcjonowałaby pierwotna czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym Odwołujący nie byłby w stanie wykazać dochowania terminu na wniesienie odwołania. Co znamienne, we wniosku o umorzenie postępowania odwoławczego z dnia 10 kwietnia 2025r. sam Zamawiający cytuje fragment orzeczenia Izby, z którego jasno wynika wniosek, że dopiero unieważnienie przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (czego w niemniejszym postępowaniu Zamawiający nie dokonał) spowodowało, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, nie istnieje: „unieważnienie przez zamawiającego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej spowodowało, że czynność, wobec której zostało wniesione odwołanie, nie istnieje. Tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy p.z.p., czy nie. Powyższe powoduje, że postępowanie odwoławcze staje się zbędne, gdyż przedmiot zaskarżenia (czynność wyboru najkorzystniejszej oferty) przestał istnieć, co stanowi podstawę umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy p.z.p.” (KIO 3529/21). Innymi słowy, z orzeczenia przywołanego przez Zamawiającego, jak i przywołanego powyżej orzecznictwa KIO, płynie jasny wniosek, że dopiero unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie odtajnienie informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa, stanowiłoby podstawę do umorzenia postępowania.

Zamawiający wykreował jednak taki stan rzeczy, w którym wprawdzie Odwołujący pozyskał wiedzę na temat zastrzeżonych informacji, niemniej nie może takiej wiedzy w jakikolwiek sposób spożytkować w ramach trwającego postępowania, ponieważ decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18 marca 2025 r. nie została wycofana z obrotu prawnego, a próba wzruszenia tej czynności z wykorzystaniem odtajnionych informacji, które Odwołujący pozyskał 10 kwietnia 2025 r. z pewnością spotkałaby się z wnioskiem Zamawiającego o odrzucenie nowego odwołania na zasadzie art. 528 pkt. 3 Pzp, jako wniesionego po terminie.

Biorąc powyższe pod uwagę oraz mając na względzie to, że odtajnienie i przekazanie przez Zamawiającego zastrzeżonych informacji w dniu 10 kwietnia 2025 r. stanowi *de facto* uwzględnienie zarzutów odwołania w części dot. zarzutu 1.1 petitum odwołania, Odwołujący podtrzymał wniosek o rozpoznanie odwołania w zakresie zarzutu 1.2 i żądań, które nie zostały wykonane przez Zamawiającego, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał, że samo odtajnienie przez Zamawiającego dokumentów powinno automatycznie skutkować uwzględnieniem zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp oraz skutkować nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Tylko w takim przypadku Odwołujący będzie mógł rzeczywiście wykorzystać udostępnione mu informacje oraz zweryfikować prawidłowość przeprowadzonej przez

Zamawiającego czynności badania i oceny oferty ww. wykonawcy. Dopiero w przypadku podjęcia przez Zamawiającego ww. czynności zasadne będzie umorzenie postępowania odwoławczego przez Izbę.

Pismem z dnia 11 kwietnia 2025 r. Przystępujący – Konsorcjum Mostostal Zabrze przedstawił swoje stanowisko w sprawie, wnosząc o umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2 Pzp, a z ostrożności procesowej – o oddalenie odwołania. Przystępujący wyjaśnił, że w dniu 01 kwietnia 2025 r. zawiadomił Zamawiającego o swojej decyzji, że nie podtrzymuje zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wykazie robót budowlanych pkt. 1 i 3 oraz odnoszących się do nich listów referencyjnych stanowiących doświadczenie członka Konsorcjum – wykonawcy OSCHATZ Power GmbH z siedzibą w Essen. Przystępujący wniósł w tym piśmie o udostępnienie ww. informacji Odwołuującemu. W dniu 09 kwietnia Zamawiający poinformował Przystępującego o podjętej decyzji odnośnie odtajnienia powyższych informacji. Przystępujący pismem z dnia 09 kwietnia 2025 r. podtrzymał swoją zgodę na ich odtajnienie i udostępnienie Odwołuującemu.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie podlegało umorzeniu na podstawie art. art. 568 pkt 2 Pzp.

Izba ustaliła, że z treści odwołania z dnia 28 marca 2025 r. wynika jednoznacznie, że zgodnie z oświadczeniem Odwołuującego zawartym w odwołaniu, Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1.czynności Zamawiającego dotyczącej badania zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum Mostostal Zabrze w zakresie informacji zawartych w wykazie robót budowlanych pkt. 1 i 3 oraz odnoszących się do nich listów referencyjnych stanowiących doświadczenie członka Konsorcjum – wykonawcy OSCHATZ Power GmbH z siedzibą w Essen;
- 2.zaniechania odtajnienia przez Zamawiającego zastrzeżonych ww. informacji w związku z niewykazaniem spełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Powyższe okoliczności i zdarzenia w przedmiotowym postępowaniu stanowią tzw. substrat zaskarżenia – podstawę odwołania, co potwierdza także treść uzasadnienia odwołania. Wskazać należy, że zarzut i żądanie zawarte w odwołaniu, odnoszące się do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie mają w odwołaniu charakteru samodzielnego, a jedynie wynikowy, następczy. Treść odwołania potwierdza, że Odwołujący nie podnosił żadnych okoliczności faktycznych dodatkowych ponad te, które dotyczyły zaniechania odtajnienia informacji, w ramach zarzutu i żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 09 kwietnia 2025 r. Zamawiający dokonał odtajnienia dokumentów w postaci wykazu robót budowlanych (pkt. 1 i 3) oraz odnoszących się do nich listów referencyjnych stanowiących doświadczenie OSCHATZ Power GmbH z siedzibą w Essen, wskazanych przez Odwołuującego w odwołaniu, które zostały zastrzeżone przez Konsorcjum Mostostal Zabrze, jako tajemnica przedsiębiorstwa. W dniu 10 kwietnia 2025 r. Zamawiający przekazał wykonawcom, w tym Odwołuującemu powyższe dokumenty za pomocą środków komunikacji elektronicznej.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Postępowanie odwoławcze staje się zbędne lub niedopuszczalne, gdy przedmiot zaskarżenia przestał istnieć. W niniejszej sprawie odtajnienie informacji przez Zamawiającego spowodowało, że zaniechanie, wobec którego zostało wniesione odwołanie, dobiegło końca, nie istnieje, a tym samym nie istnieje tzw. substrat zaskarżenia, niezbędny do tego, aby Izba mogła rozpoznać odwołanie merytorycznie i stwierdzić, czy zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Wskazać w tym miejscu należy, że skoro Zamawiający w dniu 09 kwietnia 2025 r. odtajnił dokumentację w postaci wykazu robót budowlanych (pkt. 1 i 3) oraz odnoszących się do nich listów referencyjnych stanowiących doświadczenie OSCHATZ Power GmbH z siedzibą w Essen, tj. w zakresie, w jakim skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa została zakwestionowana przez Odwołuującego w odwołaniu oraz w dniu 10 kwietnia 2025 r. stosowne dokumenty zostały przekazane Odwołuującemu, to zaniechanie Zamawiającego odtajnienia informacji zawartych w wykazie robót budowlanych (pkt. 1 i 3) oraz odnoszących się do nich listów referencyjnych stanowiących doświadczenie OSCHATZ Power GmbH z siedzibą w Essen, które zostało objęte odwołaniem, polegające na niepodjęciu działania - czynności odtajnienia ww. dokumentów, zakończyło się dokładnie z momentem dokonania przez Zamawiającego czynności odtajnienia przedmiotowej dokumentacji oraz przekazania jej Odwołuującemu. Tym samym należy uznać, że przedmiotowe zaniechanie „przestało istnieć”, ponieważ Zamawiający dokonał czynności, od wykonania, której się uchylał.

W przedmiotowej sprawie, to opisane powyżej zaniechanie przez Zamawiającego wykonania czynności, do której był on zobowiązany, stanowiło tzw. substrat zaskarżenia, czyli fakt (zdarzenie), które stanowiło podstawę do wniesienia odwołania, co wprost potwierdza też treść odwołania. Skoro zaniechana uprzednio czynność została wykonana przez

Zamawiającego, to tym samym, substrat zaskarżenia upadł, a rozpoznawanie odwołania w tym zakresie stało się zbędne.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, który podnosił, że Zamawiający, dokonując czynności odtajnienia dokumentów w dniu 10 kwietnia 2025 r. pominął wykonanie dwóch pozostałych żądań z odwołania, tj. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 18 marca 2025 r. oraz przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, Izba wskazuje, że umorzenie postępowania odwoławczego w trybie art. 568 pkt 2 Pzp, następuje na podstawie innych przesłanek niż uwzględnienie odwołania (art. 568 pkt 3 Pzp w zw. z art. 522 Pzp), w ramach którego Zamawiający, uwzględniając zarzuty w części lub w całości) jest zobowiązany wypełnić odpowiednio żądania przedstawione przez wykonawcę w odwołaniu. Umorzenie postępowania odwoławczego w trybie uwzględnienia odwołania (art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 Pzp) następuje na podstawie samego oświadczenia Zamawiającego, natomiast umorzenie w trybie art. 568 pkt 2 Pzp – na podstawie rzeczywistej zmiany okoliczności faktycznych, poprzez np. wykonanie nowych czynności przez Zamawiającego, skutkiem których jest upadek substratu zaskarżenia.

Ponadto, jak wskazano już powyżej, zarzut i żądanie zawarte w odwołaniu, odnoszące się do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej nie mają w tym odwołaniu charakteru samodzielnych, a jedynie wynikowych. Odwołujący nie podnosił w odwołaniu żadnych dodatkowych okoliczności w ramach zarzutu i żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W związku z powyższym, skoro zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzpw zw. z art. 16 ust. 1, 2 i 3 Pzp nie ma samodzielnego bytu w odwołaniu, to wobec braku (upadku) substratu zaskarżenia, zarzut ten stał się również bezprzedmiotowy.

Izba podkreśla jednocześnie, że w niniejszej sprawie Zamawiający, dokonując czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, posiadając wiedzę z informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, uwzględnił treść informacji zastrzeżonych przez Konsorcjum Mostostal Zabrze przy ocenie tej oferty. Izba wskazuje, że sama w sobie czynność odtajnienia przez Zamawiającego informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa danego wykonawcy nie ma wpływu na merytoryczną ocenę oferty przez Zamawiającego i nie być podstawą do zmiany tej oceny. Zamawiający, dokonując oceny oferty, ma bowiem dostęp do wszystkich zastrzeżonych informacji i uwzględnia je w ramach dokonywanej oceny. Odtajnienie informacji ma taki istotny skutek, że wykonawcy mogą się z tymi informacjami zapoznać i zweryfikować je w kontekście prawidłowości oceny danej oferty przez Zamawiającego.

Zatem, odtajnienie informacji z dnia 10 kwietnia 2025 r. ma istotne znaczenie dla Odwołującego, który może zapoznać się z treścią dokumentów i w oparciu o powyższe w ten sposób informacje następnie sformułować na tej podstawie odwołanie obejmujące zarzuty dotyczące, np. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Mostostal Zabrze. Izba wskazuje, że Zamawiający, nie unieważniając czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie pozbawił Odwołującego „*możliwości zakwestionowania, na podstawie odtajnionych dokumentów (wykazu robót i referencji) spełnienia przez Konsorcjum Mostostal Zabrze warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji również wyboru oferty tego wykonawcy w sposób sprzeczny z przepisami Pzp oraz warunkami zamówienia*”. Odwołujący ma bowiem możliwość zweryfikowania prawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej, poprzez wniesienie odwołania wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty na podstawie okoliczności, o których powziął wiedzę z odtajnionych dokumentów. Odwołanie w takim przypadku wykonawca może wnieść na podstawie 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 (patrz: Prawo zamówień Publicznych. Komentarz pod red. Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, UZP. 2021, s.1319). Kluczowy w tej sprawie jest moment powzięcia informacji, od którego to momentu przysługuje wykonawcy termin 10-dniowy na wniesienie odwołania na zaniechanie odrzucenia danej oferty.

Wskazać w tym miejscu należy, że uwzględnienie odwołania wniesionego w postępowaniu odwoławczym wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia danej oferty, musiałoby w konsekwencji skutkować unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 18 marca 2025 r. Tym samym, fakt, że decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 18 marca 2025 r. nie została w tym przypadku wycofana z obrotu prawnego, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie oznacza, że nie może być ona wzruszona w sytuacji, gdy Odwołujący będzie w stanie wykazać z wykorzystaniem informacji odtajnionych i udostępnionych mu w dniu 10 kwietnia 2025 r., że wybrana oferta podlega odrzuceniu. Ustawa Pzp przewiduje termin na wniesienie odwołania w powyższym zakresie w art. 515 ust. 3 Pzp.

Reasumując powyższe, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze stało się w niniejszej sprawie zbędne (bezzasadne) z uwagi na fakt, że zaniechanie, które stanowiło podstawę do sformułowania zarzutów i wniesienia odwołania, przestało istnieć (zakończyło się) z dniem 10 kwietnia 2025 r., tj. z dniem wykonania przez Zamawiającego zaniechanej czynności. W tym stanie rzeczy zachodzą przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu

o art. 568 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 lit.b oraz § 9 ust. 2 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).

Przewodniczący:.....