

Sygn. akt: KIO 2849/23

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 10 października 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Bienias**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 10 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2023 r. przez wykonawcę **Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Historii Polski w Warszawie**,

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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 2849/23

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Muzeum Historii Polski w Warszawie – prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 209 ust 1 pkt 1 i pkt. 4, ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) o wartości równej lub przekraczającej progi unijne pn. „Wykonanie robót budowlanych oraz wykonanie, zainstalowanie i uruchomienie Wystawy Stałej Muzeum Historii Polski w Warszawie” (numer zamówienia RZP/4/NBO/RB/2023).

W dniu 27 września 2023 r. wykonawca Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o. o. z siedzibą w Gdańsku wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu:

- art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 47 Karty Praw Podstawowych poprzez:

1) bezpodstawne i bezprawne uznanie, że informacje przedłożone w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp przez EBS BUD Sp. z o.o. w postaci: „*informacji z banku – CLIMAMEDIC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA – zaświadczenie dotyczące zdolności kredytowej*” oraz „*informacje z banku – EBS BUD – zaświadczenia, salda i informacje o linii kredytowej*” na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej, zostały prawidłowo i skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2) bezpodstawne i bezprawne uznanie, że informacje przedłożone w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp przez EBS BUD Sp. z o.o. w postaci: „*informacji z banku – CLIMAMEDIC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA – zaświadczenie dotyczące zdolności kredytowej*” oraz „*informacje z banku – EBS BUD – zaświadczenia, salda i informacje o linii kredytowej*” na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3) zaniechanie odtajnienia dokumentów przedłożonych w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp przez EBS BUD Sp. z o.o. w postaci: „*informacji z banku – CLIMAMEDIC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA – zaświadczenie dotyczące zdolności kredytowej*” oraz „*informacje z banku – EBS BUD – zaświadczenia, salda i informacje o linii kredytowej*” na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej, co ograniczyło prawo podmiotowe Odwołującego do skutecznego środka prawnego, tj. możliwości zweryfikowania prawidłowości decyzji Zamawiającego odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu w powyższym zakresie przez EBS BUD Sp. z o.o., a także odnośnie wyboru oferty EBS BUD Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu i ewentualnego zastosowania środków ochrony prawnej.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;

3) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia oraz udostępnienia dokumentów przedłożonych przez EBS BUD Sp. z o.o. w postaci: „*informacji z banku – CLIMAMEDIC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SP KOMANDYTOWA – zaświadczenie dotyczące zdolności kredytowej*” oraz „*informacje z banku – EBS BUD – zaświadczenia, salda i informacje o linii kredytowej*”.

Izba zważa, że w dniu 1 września 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy EBS BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Wykonanie robót budowlanych oraz wykonanie, zainstalowanie i uruchomienie Wystawy Stałej Muzeum Historii Polski w Warszawie” (numer zamówienia RZP/4/NBO/RB/2023).

W związku z dokonaniem wyborem oferty najkorzystniejszej, Odwołujący w dniu 11 września 2023 r. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności i zaniechań Zamawiającego, a w konsekwencji nawybró oferty wykonawcy EBS BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej w sprawie o sygn. akt KIO 2655/23.

Izba wskazuje, że Zamawiający w dniu 18 września 2023 r. udzielił odpowiedzi na odwołanie ww. sprawie, w wyniku której Odwołujący w dniu 19 września 2023 r. złożył do akt sprawy pismo zawierające oświadczenie o cofnięciu odwołania wniesionego w dniu 11 września 2023 r.

Izba zważa, że cofnięcie odwołania przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2655/23 doprowadziło do sytuacji, w której decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty stała się ostateczna, ponieważ minął 10 dniowy termin na wniesienie odwołania, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy PZP, a Zamawiający był uprawniony do podpisania umowy o realizację przedmiotowego zamówienia z wykonawcą EBS BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, co też nastąpiło w dniu 26 września 2023 r.

W przedmiotowej sprawie, jak wcześniej Izba wskazała, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 47 Karty Praw Podstawowych poprzez bezpodstawne i bezprawne uznanie, że dokumenty w postaci: „*informacji z banku – CLIMAMEDIC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA – zaświadczenie dotyczące zdolności kredytowej*” oraz „*informacje z banku – EBS BUD – zaświadczenia, salda i informacje o linii kredytowej*” stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz że zostały prawidłowo i skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji Zamawiający zaniechał odtajnienia ww. dokumentów.

Izba zważa, że w dniu 18 września 2023 r. w odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2655/23 Zamawiający oświadczył, iż: „zwyrokował zasadność zastrzeżenia jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych w przekazanych przez EBS-BUD sp. z o.o. dokumentach i w dniu 6 września 2023 r. pismem o nr ZP.26.4.2023.AK.33 poinformował wykonawcę EBS BUD sp. z o.o. o decyzji Zamawiającego dotyczącej odtajnienia części złożonych przez tego wykonawcę dokumentów, będących załącznikami do protokołu postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Jednocześnie Zamawiający utrzymał klauzulę tajemnicy przedsiębiorstwa odnośnie do dokumentów finansowych tj. informacji z banku – CLIMAMEDIC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA – zaświadczenie dotyczące zdolności kredytowej oraz informacji z banku dotyczących wykonawcy EBS BUD sp. z o.o. – zaświadczenia, salda i informacje o linii kredytowej”.

Nadto ww. odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że Odwołujący otrzymał przedłożone przez wykonawcę EBS BUD sp. z o.o. dokumenty stanowiące załączniki do protokołu w dniu 7 września 2023 r., w tym pismo przewodnie wykonawcy EBS BUD sp. z o.o. z dnia 11 sierpnia 2023 r.

Izba zważa, że ww. piśmie przewodnim z dnia 11 sierpnia 2023 r. znajduje się uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do wskazanych tam dokumentów, w tym do dwóch kwestionowanych dokumentów przez Odwołującego dotyczących informacji z banku – CLIMAMEDIC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA – zaświadczenie dotyczące zdolności kredytowej oraz informacji z banku – EBS BUD zaświadczenia, salda i informacje o linii kredytowej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba w pierwszej kolejności chciałaby podkreślić, iż Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 1 września 2023 r. i informując w tym samym dniu wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, skutkuje tym, iż Zamawiający zakończył badanie ofert w zakresie skuteczności zastrzeżenia ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Oznacza to, iż termin na wniesienie odwołania w zakresie prawidłowości utrzymania przez Zamawiającego ww. dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa minął dla Odwołującego z dniem 11 września 2023 r., zgodnie bowiem z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy PZP, odwołanie wnoszi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Nawet gdyby uznać, że termin do wniesienia odwołania należało liczyć od innej czynności Zamawiającego, zważywszy na to, iż w dniu 7 września 2023 r. Odwołujący otrzymał protokół wraz z załącznikami, w tym pismo przewodnie

wykonawcy EBS BUD sp. z o.o. z dnia 11 sierpnia 2023 r., w którym znajdowały się m.in. kwestionowane dokumenty objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, to zdaniem Izby Odwoławczy konfrontując ww. pismo z załącznikami otrzymanymi od Zamawiającego, mógł przy zachowaniu należytej staranności powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia niniejszego odwołania.

Należy bowiem zauważyć, że wśród załączników, które otrzymał Odwoławczy w dniu 7 września 2023 r. znajdowały się dokumenty, które nie zostały uznane przez Zamawiającego jako skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, np. informacje z KRK: MAE MULTIMEDIA ART & EDUCATION Sp. z o.o. M.L., A.K., M.G., informacji KRK CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp.k., CLIMAMEDIC Sp. z o.o., zobowiązanie CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp.k. udostępnienia zasobów. Z kolei wśród załączników nie znajdowały się kwestionowane dokumenty, tj. informacja z banku – CLIMAMEDIC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA – zaświadczenie dotyczące zdolności kredytowej oraz informacja z banku – EBS BUD – zaświadczenia, salda i informacje o linii kredytowej, ponieważ Zamawiający utrzymał je jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym, zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy PZP, 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, powoduje, iż zdaniem Izby ostatnim możliwym terminem do wniesienia odwołania był dzień 17 września 2023 r.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, należy stwierdzić, że odwołanie w niniejszej sprawie wniesione w dniu 27 września 2023 r. podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, *jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

Nie można tym samym zgodzić ze stanowiskiem Odwoławczego, iż dopiero w dniu 18 września 2023 r. w wyniku złożonej odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego w sprawie o sygn. akt. 2655/23 powziął informacje dotyczące uznania przez Zamawiającego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa podmiotowych środków dowodowych złożonych przez EBS BUD Sp. z o.o., potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, m.in. w zakresie zdolności ekonomicznej lub finansowej, w tym informację z banku – CLIMAMEDIC SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA – zaświadczenie dotyczące zdolności kredytowej.

Izba uważa, że zgodnie z art. 530 ustawy PZP, Izba ma obowiązek z urzędu zbadać, czy nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania „przed skierowaniem sprawy na rozprawę”.

Nadto stosownie do art. 553 ustawy PZP, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienie odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie nie miało charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

Stosownie do art. 529 ust. 1 ustawy PZP, *Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.*

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 528 pkt 3, art. 553 zd. 2 i art. 529 ust. 1 ustawy PZP, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy PZP, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Stosownie do przepisu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), *w przypadku odrzucenia odwołania przez Izbę koszty ponosi odwołujący.*

Izba stwierdziła, że wobec odrzucenia odwołania w całości, odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwoławczy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:.....**