

POSTANOWIENIE

z dnia 9 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **9 marca 2016 r.** w Warszawie odwołań wniesionych 19 i 26 lutego 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

A. Eneris Surowce S.A. z siedzibą w Kielcach, Eneris Infra 1 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sprawa o sygn. akt KIO 229/16)

B. SAUR Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sprawa o sygn. akt KIO 277/16)
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa i eksploatacja oczyszczalni ścieków w Mławie w formule partnerstwa publiczno-prywatnego* (nr postępowania WRI.271.111.2015.AM)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Mława**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

A. SAUR Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w sprawie o sygn. akt KIO 229/16
– po stronie odwołującego

B. Ondeo Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w sprawach o sygn. akt KIO 229/16 i KIO 277/16

C. Eneris Surowce S.A. z siedzibą w Kielcach, Eneris Infra 1 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – w sprawie o sygn. akt KIO 277/16

– po stronie zamawiającego

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w obydwu sprawach.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Eneris Surowce S.A. z siedzibą w Kielcach, Eneris Infra 1 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia** kwoty **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 229/16.
3. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SAUR Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwoty **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 277/16.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, 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 **Płocku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

{KIO 229/16, KIO 277/16}

Zamawiający – Miasto Mława – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.; dalej zwana również „ustawą pzp” lub „ppz”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Budowa i eksploatacja oczyszczalni ścieków w Mławie w formule partnerstwa publiczno-prywatnego* (nr postępowania WRI.271.111.2015.AM). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 listopada 2015 r. pod nr 2015/S 213-389232. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

{KIO 229/16}

19 lutego 2016 r. Odwołujący – Eneris Surowce S.A. z siedzibą w Kielcach, Eneris Infra 1 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum Eneris”} – wniósł w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od uznania przez Zamawiającego za skuteczne zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty na str. od 119 do 492 złożonej przez Ondeo Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Ondeo”}, a w konsekwencji niedostępnienia w tej części oferty Odwołującemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 8 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 – przez zaniechanie odtajnienia oferty złożonej przez Wykonawcę, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa na str. od 119 do 492, pomimo tego, że nie zachodzą przesłanki do objęcia wszystkich tych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.
2. Art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.) {dalej również: „uznk”} w zw. z art. 8 ust. 2 i 3 – przez nieuzasadnione przyjęcie, że wszystkie informacje zawarte na str. od 119 do 492 oferty Wykonawcy Ondeo stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i że Wykonawca ten skutecznie dokonał zastrzeżenia treści w/w dokumentów jako stanowiących tajemnicę swojego przedsiębiorstwa.
3. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1,2 i 3 – przez niedokonanie weryfikacji, czy zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Wykonawcę Ondeo zostało dokonane skutecznie,

i nieuzasadnioną odmowę ujawnienia dokumentów złożonych przez tego Wykonawcę Odwołującemu, a tym samym uniemożliwienie Odwołującemu dokonania weryfikacji spełnienia przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i weryfikację prawidłowości złożonej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia w całości oferty złożonej przez Ondeo.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w następujący sposób sprecyzował powyższą listę zarzutów.

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności odnośnie przebiegu postępowania:

- 3 lutego 2016 r. Zamawiający dokonał publicznego otwarcia ofert;
- 5 lutego 2016 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie konkurencyjnych ofert do wyglądu;
- 9 lutego 2016 r. Zamawiający udostępnił przedstawicielowi Odwołującego dokumenty z ofert innych wykonawców, jednak bez dokumentów zastrzeżonych przez Ondeo Polska Sp. na str. od 119 do 492 oferty tego Wykonawcy.

Według Odwołującego w tym stanie rzeczy należy uznać, że Zamawiający uznał za powyższe zastrzeżenie za prawidłowe, a informacje tam zawarte – za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Ondeo.

Odwołujący dodał, że Ondeo jako tajemnicę przedsiębiorstwa zastrzegło również uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego już utrzymanie tajności tego uzasadnienia przesądza o zaniechaniu przez Zamawiającego przeprowadzenia analizy zasadności dokonanego przez Ondeo zastrzeżenia, a tym samym o naruszeniu zarzucanych przepisów.

Odwołujący zrelacjonował, że Ondeo zastrzegło jako tajemnicę przedsiębiorstwa wykaz osób, formularze, zobowiązania podmiotów trzecich, na których potencjał powołuje się wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wypisy z rejestrów tych podmiotów – które są dokumentami jawnymi co do zasady, poświadczenia należytego wykonania umów etc. Lista zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów to 29 pozycji i ponad 370 stron.

Odwołujący stwierdził, że choć zweryfikowanie tak obszernej dokumentacji pod względem zasadności dokonania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w świetle art. 11 ust 4 uznk wymaga odpowiedniego czasu i uwagi, jednakże Zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia tej czynności bez względu na uciążliwość wynikające dla niego z tego obowiązku, gdyż naczelną zasadą postępowania jest jawność, a możliwość jej wyłączenia

ma charakter wyjątkowy, w sytuacjach określonych w ustawie, nie może być nadużywana i interpretowana rozszerzająco. Uprawnienie do zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie jest elementem gry konkurencyjnej wykonawców, lecz służy zapewnieniu ochrony rzeczywistej tajemnicy przedsiębiorstwa.

{KIO 277/16}

26 lutego 2016 r. Odwołujący SAUR Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Saur”} wniósł w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od zaniechania przez Zamawiającego odtajnienia informacji znajdujących się na str. od 125 do 492 oferty Wykonawcy Ondeo oraz na str. od 137A do 156 oferty Konsorcjum Eneris, pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 8 ust. 3 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 4 uznk – przez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji znajdujących się na str. od 125 do 492 oferty Wykonawcy Ondeo oraz na str. od 137A do 156 oferty wykonawcy Konsorcjum Eneris, pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.
2. Art. 7 ust. 1 – przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu odtajnienia informacji znajdujących się na str. od 125 do 492 oferty wykonawcy Ondeo oraz na str. od 137A do 156 oferty wykonawcy Konsorcjum Eneris, z tym że, jeżeli w treści referencji znalazły się informacje dotyczące zastosowanych technologii mające wartość gospodarczą i nieujawniane publicznie – odtajnienie całości referencji z jednoczesnym zaczerpnieniem ww. newralgicznych informacji.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w następujący sposób sprecyzował powyższą listę zarzutów.

Odwołujący zrelacjonował następujące okoliczności odnośnie przebiegu postępowania:

- 8 lutego 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o możliwości dokonania wglądu do ofert wykonawców, którzy złożyli oferty, wyznaczając termin na 16 lutego 2016 r.
- 16 lutego 2016 r. Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu części ofert wykonawców

Ondeo oraz Konsorcjum Eneris, które zostały przez nich zastrzeżone jako zawierające informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

– 16 lutego 2016 r. Odwołujący zwrócił się pisemnie do Zamawiającego z pytaniem, czy dokonał badania uzasadnień zastrzeżeń tajemnic przedsiębiorstwa tych wykonawców, na co do dnia sporządzenia odwołania Zamawiający nie udzielił odpowiedzi.

W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, określoną wprost w art. 8 ust. 1 pzp, zgodnie z którą postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Na zasadzie unormowania zawartego w art. 96 ust. 3 pzp protokół postępowania wraz z załącznikami jest jawny i podlega udostępnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Z kolei § 5 ust. 1 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. z 2010 r., Nr 223, poz. 1458) stanowi, że zamawiający udostępnia protokół lub załączniki do protokołu na wniosek. Udostępnienie musi nastąpić niezwłocznie po złożeniu wniosku. Odwołujący podniósł, że uprawnienie do zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jako wyjątek od powyższej zasady, powinno być interpretowane w sposób ścisły, a zamawiający powinien z należytą starannością zweryfikować zasadność utajnienia oferty i oświadczeń składanych przez wykonawców w toku postępowania o zamówienie publiczne.

Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z przywołanym przepisem (art. 8 ust. 3 pzp) wraz z zastrzeżeniem informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że zastrzeżone w ofercie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy. Obowiązek ten wiąże się z podjęciem działań niezbędnych w celu zachowania informacji w poufności, stanowi zatem wypełnienie wymogu z art. 11 ust. 4 uznk. Zaniedbanie takiego obowiązku w momencie wskazanym w art. 8 ust. 3 pzp uniemożliwia powoływanie się na ochronę wynikającą z przepisów, a w efekcie prowadzi do nieskuteczności takiego zastrzeżenia.

Odwołujący wywiódł również, że badanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego, który może tego dokonać wyłącznie w oparciu o uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa złożone najpóźniej wraz z ofertą.

Odwołujący zarzucił, że zarówno Ondeo, jak i Konsorcjum Eneris nie wykazali,

że zastrzeżone przez nich informacje rzeczywiście stanowią ich tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż uzasadnienia złożone wraz z ofertą są bardzo lakoniczne i nie wskazują żadnych okoliczności na to wskazujących.

Niezależnie od powyższego według Odwołującego informacje zastrzeżone przez powyższych Wykonawców nie mają waloru tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na brak spełnienia przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 uznk (zgodnie z tym przepisem, aby informację uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, po pierwsze – musi ona mieć charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie – nie może zostać ujawniona do wiadomości publicznej oraz, po trzecie – podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności). Tym samym sferą tajemnicy można objąć tylko takie informacje, które są znane jedynie poszczególnym osobom lub określonej grupie osób. Obszar ten nie może się rozciągać na informacje powszechnie znane lub te, o których treści każdy zainteresowany może się legalnie dowiedzieć. W szczególności nie można objąć tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, które raz już ujawniono w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ramach szczegółowe uzasadnienia zarzutów Odwołujący odniósł się do poszczególnych utajnionych dokumentów.

wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu
zamówienia – formularz „Potencjał Kadrowy

W ocenie Odwołującego przedstawione przez Ondeo wyjaśnienia utajnienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia – formularza potencjału kadrowego, stanowią nagminnie stosowaną beletrystykę, polegającą na powtarzaniu ogólników o unikalnym doświadczeniu wykonawcy oraz zagrożeniu płynącym z ujawnienia tych informacji.

Zdaniem Odwołującego wykaz osób załączony do oferty Ondeo nie spełnia przesłanek do objęcia go klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, po pierwsze z tego względu, że w znacznej mierze powinien odzwierciedlać treść ust. 7.2 pkt 3 lit b SIWZ, gdzie wskazane zostały dokładne wymogi odnośnie osób przeznaczonych przez wykonawców do realizacji tego zamówienia. Wobec tego do każdej osoby wskazanej do pełnienia funkcji: 1) Kierownika Projektu, 2) Kierownika robót sanitarnych, 3) Kierownika rozruchu, 4) Technologa, można na podstawie postanowień SIWZ dopasować odpowiednie doświadczenie, uprawnienia czy wykształcenie.

Odwołujący dodał, że Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się już w podobnej kwestii w następujący sposób: *Oдноśnie wykazu osób to także stanowi on w znacznej mierze powtórzenie treści specyfikacji, jak również jest to ogólny opis kwalifikacji*

i doświadczenia wskazanych osób oraz podstawy dysponowania tymi osobami.

W drugiej kolejności Odwołujący podniósł, że na rynku robót budowlanych funkcjonuje wiele osób legitymujących się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego sformułowanie przez Zamawiającego dość standardowych wymagań dotyczących potencjału osobowego gwarantowało możliwość przystąpienia do przedmiotowego postępowania szerokiemu gremium wykonawców. Tym samym posiadanie takiej kadry pracowniczej nie stanowi informacji o charakterze gospodarczym, technicznym bądź organizacyjnym przedsiębiorstwa Ondeo.

Dla udowodnienia twierdzenia o standardowym charakterze tych wymagań Odwołujący uznał również za celowe przywołanie podobnych wymagań postawionych przez innych zamawiających w innych postępowaniach {co uczyniono w uzasadnieniu odwołania}.

Odwołujący zauważył, że wszyscy wykonawcy, którzy biorą udział w tym postępowaniu, są dużymi przedsiębiorcami działającymi na tym samym rynku. Stąd posiadanie odpowiednio wyspecjalizowanej kadry nie jest żadną tajemnicą przedsiębiorstwa, lecz standardem.

Według Odwołującego wyjaśnienia złożone przez Ondeo – wskazującego, że na podstawie osób przedstawionych do realizacji przedmiotowego zamówienia można uzyskać szczegółową wiedzę na temat jego struktury – są nieadekwatne, gdyż wykaz osób, którego treść musi zawierać informacje opisane w ust. 7.2 pkt 3 lit. b SIWZ, nie pozwala na uzyskanie wiadomości dotyczących sposobu organizacji pracy tego Wykonawcy, podziału na komórki organizacyjne, zasad finansowania działalności, kosztów działalności, preferencji dotyczącej poszczególnych klientów czy wysokości wynagrodzeń. Natomiast wykaz kilku osób nie stanowi o strukturze organizacyjnej Wykonawcy, ani nie ma żadnej wartości gospodarczej dla Ondeo.

formularz oświadczenia dotyczącego uprawnień

Zdaniem Odwołującego wskazanie w dalszej części wyjaśnień przez Ondeo na zawarcie w oświadczeniu dotyczącym uprawnień analogicznych danych jak w wykazie potwierdza, że dokumenty te nie zawierają żadnych szczególnych informacji, w odniesieniu do których niezbędne byłoby zachowanie ich w poufności.

Według Odwołującego zastrzeżenie poufności oświadczenia, którego treść została już w znaczącej mierze sformułowana przez Zamawiającego (gotowy wzór do wypełnienia przez wykonawców), a ma odzwierciedlać wymagania przedstawione w ust. 7.2 pkt 3 lit. b SIWZ, tj. warunki udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego, jest wręcz absurdalne. W razie poprawnego jego wypełnienia formularza nie może on zawierać informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odnosnie argumentacji Ondeo związanej z ujawnieniem struktury organizacyjnej Odwołujący zajął stanowisko jak wyżej.

Ponadto Odwołujący podniósł, że w tym przypadku brak było ze strony Ondeo wskazania na wartość gospodarczą informacji zawartych w oświadczeniu dotyczącym uprawnień.

zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia potencjału
(osobowego, wiedzy i doświadczenia oraz finansowego)

Odwołujący podniósł, że Ondeo nawet nie uzasadnił, jaki walor mają informacje zawarte w tych zobowiązaniach, że konieczne jest zachowanie go w poufności. W swoich wyjaśnieniach odwołuje się jedynie do poprzedniego akapitu, w którym nawiązuje do charakteru technicznego i technologicznego.

Według Odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego nie może posiadać takiego charakteru z uwagi na to, że jego zakres został szczegółowo określony w § 2 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), tj. jako zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób ich wykorzystania przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z tym podmiotem oraz zakres i okres udziału tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Przygotowane przez Ondeo zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału musiało zostać sporządzone specjalnie dla celów niniejszego postępowania, a zakres zawartych w nim danych wyznacza ww. rozporządzenie.

Zdaniem Odwołującego istotna jest okoliczność, że Ondeo zobowiązane przez Zamawiającego do wskazania podmiotów, na które powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazał na DEGREMONT S.A.S. (ust. 8 formularza ofertowego). Skoro z części jawnej oferty wynika, jaki podmiot udostępnia Ondeo potencjał, niezrozumiałe są twierdzenia Ondeo o uszczerbku, jaki mógłby mu zostać wyrządzony wskutek ujawnienia partnera.

W ocenie Odwołującego Ondeo w wyjaśnieniach nieadekwatnie powołało się na wyroki Izby, gdyż:

- wyrok z 23 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 848/13), który miał potwierdzać zasadność zastrzegania kontaktów handlowych, przez co Ondeo rozumiało również podmioty, przy pomocy których będzie realizowało przedmiotowe zamówienie – nie odnosi się do kwestii udzielenia potencjału, lecz do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (*Przystępujący ACISA zastrzegł – jako niepodlegające ujawnieniu, w trybie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp informacje dotyczące*

powiązań organizacyjno-handlowych i kontraktowych, oferty cenowe podwykonawców (podające wielkości upustów), przy pomocy których zamierza wykonać zamówienie w przypadku zawarcia umowy z zamawiającym.);

– wyrok z 5 października 2012 r. (sygn. akt: KIO 1955/12, KIO 1956/12, KIO 1961/12) – cytowany w wyjaśnieniach fragment wyroku dotyczy utajnionego wykazu usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, a nie do zobowiązania podmiotu trzeciego.

Odwołujący podsumował, że brak jest argumentów, które uzasadniałyby możliwość zastrzeżenia zobowiązania podmiotu trzeciego (przypuszczalnie wskazanego przez Ondeo w formularzu DEGREMONT S.A.S.) klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym utrzymanie tego zastrzeżenia przez Zamawiającego.

zobowiązanie do pełnienia funkcji kierownika robót budowlanych

Odwołujący podniósł argumentację jw., z tym że istotną okolicznością jest wskazanie przez Ondeo, że podmiotem, z którego zasobów będzie korzystał, a który będzie pełnił funkcję Kierownika robót sanitarnych, jest R.S..

wypisy z rejestru podmiotów trzecich i statuty podmiotów trzecich

udostępniających swój potencjał (osobowy, wiedzy i doświadczenia lub finansowy)

Zdaniem Odwołującego bezzasadne zastrzeżenie informacji na temat podmiotu udostępniającego swoje zasoby wywiera analogiczny skutek w zakresie wypisu z rejestru podmiotu trzeciego oraz jego statutu.

Odwołujący podniósł również, że Ondeo nie wyjaśniło dlaczego informacje w nich zawarte miałyby mieć poufny charakter, w tym zaniechało wskazania ewentualnych wartości gospodarczych, technicznych, technologicznych czy organizacyjnych przedsiębiorstwa, z uwagi na które zasadne byłoby ich zastrzeżenie.

Na marginesie Odwołujący dodał, że informacje zawarte w wypisach z rejestrów handlowych podmiotów nie stanowią informacji poufnych, gdyż jawność rejestrów jest zasadą w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Przykładowo we Francji, gdzie działa Registre National du Commerce et des Sociétés, który obejmuje wszystkie wpisy i dokumenty znajdujące się w rejestrach handlowych, które są prowadzone przez Sekretarzy Sądów Handlowych . Każdy może odpłatnie uzyskać elektroniczny dostęp do danych znajdujących się w rejestrze, m.in. poprzez stronę internetową <https://www.infogreffe.fr/societes/> prowadzoną przez RNCS, za kwotę 3,12 euro.

dokumenty potwierdzające uprawnienia osób

Według Odwołującego ponieważ wszelkie inne dokumenty dotyczące osób przeznaczonych do realizacji tego zamówienia powinny zostać odtajnione, tak samo należy

postąpić z dokumentami potwierdzającymi uprawnienia tych osób.

W tej kwestii jednoznacznie wypowiedział się Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 23 sierpnia 2005 r., w sprawie o sygn. akt UZP/ZP/0-2234/05 *Ponad wszelką wątpliwość tajemnicą przedsiębiorstwa nie mogą być dokumenty potwierdzające posiadanie przez osoby fizyczne określonych uprawnień.*

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że zgodnie z art. 88a ust. 3 pkt a ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane Główny Inspektor Nadzoru Budowlanego prowadzi w formie elektronicznej centralny rejestr osób posiadających uprawnienia budowlane. W rejestrach tych zamieszczone są m.in. dane dotyczące imienia i nazwiska, numeru uprawnień, specjalności, przynależność do izby właściwych osób. Według Odwołującego skoro wykazy te są jawne, nie można zastrzec danych osób i oświadczenia o ich uprawnieniach jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niniejszą kwestię doskonale przedstawia wyrok Izby z 4 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2666/13, KIO 2670/13), w którym Izba orzekła, co następuje: *W ocenie Izby nie zostało wykazane aby informacje podane przez wykonawcę w wykazie osób posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą. Dostrzeżenia wymaga, że większość wymaganych przez zamawiającego w opisie warunku udziału w postępowaniu specjalistów, to osoby ze zwykłymi uprawnieniami wydawanymi na podstawie ustawy Prawo budowlane, co do których zamawiający wymagał jedynie określonego, kilkuletniego doświadczenia w zakresie tych uprawnień. Zdaniem Izby, osoby wskazywane w wykazie nie posiadają zatem unikalnych w skali kraju kwalifikacji ani doświadczenia. Nie został bowiem przez zamawiającego ani przystępującego przeprowadzony dowód na okoliczność ilu specjalistów odpowiadających opisowi kwalifikacji czy doświadczenia znajduje się na rynku i że jest to znacznie ograniczona liczba. Ponadto wykaz nie zawierał żadnych wrażliwych informacji, podlegających szczególnej ochronie, zawierał imię i nazwisko, opis podstawy dysponowania, czy informację o stopniu znajomości języka obcego, czy też opis doświadczenia zawodowego tych osób na niektórych inwestycjach realizowanych w sektorze publicznym.*

Zdaniem Odwołującego analogiczna sytuacja zachodzi w okolicznościach tej sprawy. Odwołujący dodał, że Ondeo takich dowodów nie wskazał i nie mógł tego uczynić, gdyż na rynku osób o wymaganych przez Zamawiającego uprawnieniach jest kilkadziesiąt tysięcy – w Polsce inżynierów z wymaganymi uprawnieniami jest ok. 20000. Uwzględniając dodatkowe warunki postawione przez Zamawiającego oraz liczbę budowanych w Polsce oczyszczalni, na każde z wymaganego stanowiska w samej Polsce przypada co najmniej kilkaset osób.

formularz „Wiedza i doświadczenie”

oraz poświadczenia należytego wykonania (tzw. referencje)

Odwołujący zrelacjonował, że Ondeo w wyjaśnieniach powołał się na to, że załączone do oferty referencje zawierają szczegółowe informacje na temat wartości, wielkości kontraktów oraz szczegółowych rozwiązań technicznych stosowanych w zrealizowanych projektach. W ocenie Ondeo są to *dane newralgiczne dla przedsiębiorcy na tak wąskim i wyspecjalizowanym rynku, jakim jest budowa i eksploatacja oczyszczalni ścieków komunalnych*.

Zdaniem Odwołującego właśnie ze względu na okoliczność, że przedmiotowe oczyszczalnie są inwestycjami komunalnymi, wszystkie wymienione przez Ondeo dane i informacje o projekcie są udostępniane publicznie:

- Na obszarze Unii Europejskiej odpowiednie organy (np. na terenie Polski są to Wojewódzkie Inspektoraty Ochrony Środowiska) prowadzą ewidencję oczyszczalni ścieków, w których upubliczniane są takie informacje jak: nazwa inwestora, operator (podmiot eksploatujący), położenie, przepustowość.
- Każdy inwestor, jako jednostka komunalna, ma obowiązek podawania do publicznej wiadomości informacji dotyczących zawieranych umów, a także mienia. Tym samym kontrakty na budowę oraz eksploatację oczyszczalni ścieków w każdym wypadku są jawne. Publicznie dostępne są zatem informacje dotyczące m.in. podmiotu, który wybudował daną oczyszczalnię, inwestora, podmiotu eksploatującego oczyszczalnię, wartości kontraktu. Podawane są również dane techniczne i technologiczne dotyczące wybudowanych oczyszczalni.
- Wykonawcy z rynku budowy i eksploatacji oczyszczalni ścieków samodzielnie podają do informacji publicznej dane dotyczące zrealizowanych inwestycji, takie jak nazwy inwestycji, dane techniczne, niejednokrotnie wartość kontraktów (z uwagi na fakt, iż i tak dane te podlegają upublicznieniu] – czy to na swoich stronach internetowych, w publikacjach prasowych, materiałach reklamowych czy konferencjach branżowych.
- Zastosowane rozwiązania techniczne w zrealizowanej już inwestycji nie są już chronione jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa w przypadku oczyszczalni ścieków, gdyż podlegają upublicznieniu.

Odwołujący zrelacjonował również, że w ocenie Ondeo szczególnie istotne jest korzystanie z potencjału podmiotów z jego grupy kapitałowej.

Według Odwołującego jest to zaskakujący argument. Po pierwsze – sam Wykonawca wskazuje krąg podmiotów wśród których znajdują się podmioty, z których potencjału korzysta. Wykonawca sam zatem ujawnia informację mogącą ewentualnie potencjalnie mieć wartość gospodarczą, że współpracuje z podmiotami z własnej grupy kapitałowej, a nie

z podmiotami całkiem zewnętrznymi. Lista podmiotów z grupy kapitałowej jest bowiem zamknięta i podana do publicznej wiadomości – stanowi chociażby załącznik do złożonej w przedmiotowym postępowaniu oferty. Pozyskanie informacji co do konkretnego podmiotu z tej grupy nie ma już żadnego znaczenia gospodarczego dla podmiotów konkurujących.

Po drugie, w pkt 8 formularza oferty Wykonawca wskazał, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, powołuje się na potencjał firmy DEGREMONT S.A.S, która będzie podwykonawcą (str. 4 oferty) – ujawniając tym samym przynajmniej jeden z podmiotów. Odwołujący dodał, że wbrew ciężarowi dowodu wynikającemu z art. 8 ust. 3 pzp, Ondeo nie wykazał, że informacje o tym, z którymi spółkami z grupy kapitałowej współpracuje, mają jakąkolwiek wartość gospodarczą.

Według Odwołującego dane techniczne i technologiczne dotyczące zrealizowanych oczyszczalni ścieków są powszechnie znane podmiotom działającym na rynku budowy i eksploatacji oczyszczalni ścieków. Zastrzeżenie takich informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa ma zatem na celu uniemożliwienie innym wykonawcom weryfikacji zgodności wykazanych zamówień z warunkami określonymi przez Zamawiającego. Szczególnie zakres przedmiotowy prac wskazanych w formularzu wiedzy i doświadczenia winien zostać odtajniony, co potwierdza wyrok Izby z 27 sierpnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 1936/13, KIO 1943/13, KIO 1954/13): *Z zastrzeżeniem prawa do utajnienia niektórych informacji prawo to nie może uchybiać zasadzie jawności służącej najczęściej w praktyce umożliwieniu wzajemnej kontroli przez wykonawców konkurujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając na uwadze, że istotą tej kontroli jest wzajemna ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w sprawie rozpoznawanej w szczególności warunków co do wiedzy, doświadczenia i dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Izba uznaje, że przy zachowaniu wyżej omówionego zakresu dopuszczalnego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, niezasadne jest ograniczenie dostępu do treści wniosków i ich uzupełnień w części opisującej przedmiot i wartość prac oraz kwalifikacje osób mających wykonać zamówienie. Informacje te nie powinny być skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.*

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że w sytuacji, gdy pewne dane techniczne czy technologiczne stanowią dla przedsiębiorcy dane newralgiczne na tyle, że konieczne jest ich zastrzeżenie jako tajemnica przedsiębiorstwa, danych takich nie podaje się w dokumentach referencji (poświadczeń należytego wykonania umowy). Poświadczenia takie ze swojej istoty stanowią dokumenty, którymi wykonawca zamierza się posługiwać poprzez ich okazywanie innym podmiotom w celu uwierzytelnienia czy zareklamowania swoich usług. Dlatego też żaden przedsiębiorca chroniący rzeczywiście swoje tajemnice nie umieszcza danych

newralgicznych w dokumencie referencji. Co najwyżej umieszczane są ograniczone dane dotyczące zastosowanych rozwiązań technicznych, ale w zakresie w jakim nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Przy czym są to i tak informacje techniczne, które można uzyskać poprzez dostęp do publikowanych przez właściwe instytucje informacji o parametrach danej oczyszczalni.

W opinii Odwołującego gdyby jednak rzeczywiście w treści referencji znalazły się informacje dotyczące zastosowanych technologii mające wartość gospodarczą i nieujawniane publicznie, informacje takie stanowiłyby marginalny element dokumentu referencji.

W takim przypadku Odwołujący wniósł o odtajnienie całości referencji z jednoczesnym zaczerpieniem ww. newralgicznych informacji.

zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia wiedzy i doświadczenia

Według Odwołującego zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących udostępnianego zasobu, jak również sposobu korzystania z tego zasobu, zawartych w zobowiązaniu podmiotu trzeciego, prowadzi do obejścia prawa. Wykonawca w żaden sposób nie wykazał zaistnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do ww. informacji. Utajnienie tych informacji uniemożliwia natomiast pozostałym wykonawcom weryfikację realności udostępnienia potencjału i spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, wbrew twierdzeniom Ondeo, informacje te nie stanowią informacji o kontaktach handlowych czy powiązaniach biznesowych. Tym bardziej nie są to informacje dotyczące wspólnego zaplecza administracyjnego, czy też inne dane mające wpływ na korzystny dla danego wykonawcy sposób ukształtowania ceny. Zobowiązania podmiotów trzecich nie zawierają informacji o wynagrodzeniu podmiotów trzecich, czy też jakichkolwiek innych cenach bądź elementach porozumienia o wartości gospodarczej. Brak jest zatem jakichkolwiek podstaw do zastrzeżenia, jako niejawnego, zobowiązań podmiotów trzecich, a w konsekwencji ich dokumentów rejestrowych i statutów.

Według Odwołującego wartość gospodarczą mogłyby stanowić kontakty handlowe z podmiotami posiadającymi unikalną wiedzę i doświadczenie. W przypadku przedmiotowego zamówienia, wobec warunków postawionych przez Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia, podmiotów – nawet na terenie Polski – spełniających te warunki jest bardzo dużo, chociażby z uwagi na ilość zrealizowanych podobnych oczyszczalni. W samej Polsce oczyszczalni spełniających ww. warunki dot. RLM i przepustowości jest 186, z czego w 2010 r. wymagania jakości oczyszczania ścieków spełniało 66, zaś w 2015 już 169. Oznacza to, iż w latach 2010-2015 co najmniej

kilkadziesiąt oczyszczalni przeszło modernizację wymagającą inwestycji. W konsekwencji, w samej Polsce, spółek eksploatujących ww. oczyszczalnie i inwestujących jest kilkadziesiąt. Podobnie będzie ze spółkami budowlanymi, których jest co najmniej kilkanaście. Dotarcie do takich podmiotów, w celu nawiązania współpracy, nie rodzi najmniejszych problemów, stąd wiedza dotycząca podmiotów, z którymi współpracuje inny wykonawca, nie ma żadnej wartości gospodarczej.

informacja z banku

Odwołujący stwierdził, że informacje zawarte w dokumencie z banku nie mają charakteru technicznego ani technologicznego, nie stanowią również informacji organizacyjnych i nie posiadają wartości gospodarczej.

Według Odwołującego zastrzeżone informacje *de facto* nie dają również miarodajnych informacji o sytuacji finansowej danego podmiotu, gdyż informacja z banku odnosi się do posiadanych na danym rachunku środków finansowych, przy czym ich wysokość w poprzednim lub kolejnym dniu mogła już być zupełnie inna. Poza tym nie muszą być to wszystkie środki finansowe posiadane przez dany podmiot, gdyż częstą praktyką jest, że przedsiębiorcy posiadają kilka rachunków bankowych. Podobnie w przypadku zdolności kredytowej czy otwartej linii kredytowej – ocena banku, jak i kwota niewykorzystanych środków w ramach linii kredytowej również mogą ulegać zmianie.

Co więcej zdaniem Odwołującego:

- wykonawcy często zwracają się do banku o informację na temat zdolności kredytowej tylko w zakresie minimalnej wymaganej przez zamawiającego, przy czym ich realna zdolność może być znacznie wyższa;
- informacja z banku jest co do zasady tworzona przez bank nie dla wnioskodawcy, a dla podmiotu trzeciego, dla określonych celów wnioskodawcy – specjalnie dla celów określonego postępowania w sprawie zamówienia publicznego;
- kwoty, które przedstawiają informacje z banku, nie mają żadnego wpływu na pozycję przedsiębiorcy na rynku.

Odwołujący powołał się na to, że jego stanowisko znajduje oparcie m.in. wyrokiem Izby z 8 sierpnia 2008 r. (sygn. akt KIO 772/08) oraz wyroku Izby z 23 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1457/12).

plan sytuacyjny nowej oczyszczalni ścieków w skali 1:1000, opis technologiczny nowej oczyszczalni wraz z wykazem głównych urządzeń technologicznych i ogólnym opisem poszczególnych obiektów, schemat technologiczny oraz profil hydrauliczny planowanej oczyszczalni

Odwołujący zrelacjonował, że Ondeo zastrzegło również jako tajemnicę

przedsiębiorstwa dokumenty zawierające informacje o przedmiocie oferty, uzasadniając, że zawierają one strategiczne dane techniczne i technologiczne związane z realizacją zamówienia, takie jak nowatorskie rozwiązania stosowane przez Wykonawcę, pozwalające na konkurencyjną wycenę poszczególnych elementów realizowanych zamówień. Ondeo podniósł także, że w treści tych dokumentów wymieniono innowacyjne rozwiązania technologiczne stanowiące wyraz potencjału intelektualnego Wykonawcy oraz całej grupy kapitałowej Wykonawcy, zapewniające tym podmiotom przewagę rynkową nad konkurencją. Ponadto Ondeo podkreśliło, że zaoferowana technologia zaproponowana dla nowej oczyszczalni jest poparta patentami i certyfikatami.

Odwołujący zarzucił w pierwszej kolejności, że ponieważ powyższe uzasadnienie jest lakoniczne i niepoparte żadnymi dowodami, nie można przyjąć, że Wykonawca wykazał zasadność dokonanego zastrzeżenia.

Po drugie – według Odwołującego oparcie zaoferowanej technologii na patentach i certyfikatach oznacza, że opis tej technologii jest już upubliczniony (choćby z uwagi na uzyskanie patentu). Podmioty posługujące się patentami i certyfikatami w materiałach prasowych czy też na konferencjach branżowych chwalą się wypracowanymi technologiami poprzez upublicznianie takich informacji na własnych stronach internetowych. Wypracowana technologia może stanowić informację objętą tajemnicą przedsiębiorstwa, ale jedynie do momentu uzyskania ochrony patentowej, gdyż z tym momentem dane dotyczące opatentowanej technologii są upubliczniane.

Zdaniem Odwołującemu kolejną ważną kwestią jest również zakres informacji, jakie rzeczywiście znajdują się w treści ww. dokumentów. Z racji braku szczegółowych wymagań Zamawiającego co do szczegółowości treści ww. dokumentów, a także dość szczegółowych – narzuconych przez Zamawiającego wymagań co do części oczekiwanych rozwiązań (z których wynikało, że należy zapewnić daną funkcjonalność, jednak w sposób dowolny według uznania wykonawcy), dokumenty merytoryczne nie zawierają co do zasady na tyle szczegółowego opisu oferowanych rozwiązań, aby stanowił on tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający ponadto zastrzegł, że oferowane rozwiązania mogą zostać dobrane swobodnie przez wykonawców, z zastrzeżeniem, iż będą one powszechnie znane i sprawdzone, a także oparte na znanych międzynarodowych standardach. Stąd według Odwołującego niedopuszczalne było zaoferowanie technologii, które nie są aktualnie znane i wiedza o nich nie jest publicznie dostępna.

Po trzecie – rozwiązania techniczne, które powinny zostać zawarte w ww. dokumentach stanowią odpowiedź na wymagania Zamawiającego. Brak było konieczności opisywania szczegółowych informacji dotyczących stosowanej technologii, ze względu na

brak takich wymagań w SIWZ. Przedmiotowe dokumenty powinny zawierać informacje pozwalające na weryfikację zgodności zaoferowanego rozwiązania z SIWZ, a do tego nie było konieczne ujawnienie żadnych newralgicznych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wskazują same nazwy wymaganych dokumentów, wykonawcy mieli przygotować i przedstawić jedynie plan sytuacyjny nowej oczyszczalni ścieków w skali 1:1000, opis technologiczny nowej oczyszczalni wraz z wykazem głównych urządzeń technologicznych i ogólnym opisem poszczególnych obiektów oraz schemat technologiczny oraz profil hydrauliczny planowanej oczyszczalni. Dokumenty te nie wymagały podania żadnych informacji dotyczących tajnych szczegółów stosowanych technologii.

Odwołujący podkreślił, że orzecznictwo jednoznacznie odmawia waloru tajemnicy przedsiębiorstwa informacjom zawartym w opisach oferowanych rozwiązań w sytuacji, gdy oferowane rozwiązania mają charakter jednorazowy (tj. przygotowane zostały wyłącznie na potrzeby danego zamówienia, w oparciu o wytyczne zamawiającego zawarte w SIWZ). Podkreśla się, że dana informacja będzie chroniona jedynie, gdy ma ona walor stałości, reprezentatywności, stabilności, a także jest wyznacznikiem statusu czy kondycji przedsiębiorstwa. Stanowisko takie wynika stąd, iż informacja powinna posiadać wartość gospodarczą nie tylko na użytek konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale powinna mieć dla przedsiębiorstwa wartość gospodarczą przynajmniej w jakimś okresie czasu stałą dla jego funkcjonowania i znaczenia na rynku.

Odwołujący stwierdził, że oczywiście może się zdarzyć, że wykonawca rzeczywiście w dokumentach o charakterze przedmiotowym (merytorycznym) przedstawi bardziej szczegółowy opis oferowanych rozwiązań niż wymagał tego zamawiający. Oferowane rozwiązania – o ile są opisane w sposób bardzo szczegółowy – mogą zawierać unikalne know-how danego wykonawcy i specjalne rozwiązania stosowane przez danego wykonawcę, ale nieznanne podmiotom konkurującym – tak jak w przypadku Odwołującego. Jednakże okoliczności te należy udowodnić i szczegółowo uzasadnić, gdyż sytuacja taka jest bardzo wyjątkowa.

Odwołujący zarzucił, że wobec lakoniczności i ogólnikowości uzasadnienia przedstawionego przez Ondeo należy przyjąć, że taka sytuacja nie zachodzi, a przynajmniej Wykonawca ten nie wykazał, iż informacje zawarte w ww. dokumentach mają rzeczywiście walor tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zrelacjonował, że Konsorcjum Eneris zastrzegło ww. dokumenty jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa, uzasadniając, że zawierają informacje mające wartość gospodarczą, dotyczące zaoferowanego opisu technicznego, schematu technologicznego i profilu hydraulicznego.

Odwołujący zarzucił, że przedstawione uzasadnienie jest lakonicznie i nieoparte dowodami.

Odwołujący podniósł jw., że takie informacje nie mogą co do zasady stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na ich jednorazowość i bezużyteczność dla podmiotów konkurujących. Jak wskazało samo Konsorcjum Eneris, są to rozwiązania przygotowane na potrzeby przedmiotowego zamówienia, dostosowane do potrzeb Zamawiającego, a zatem niemożliwe do zastosowania w przypadku innych potencjalnych zamówień.

Według Odwołującego przesłanką do odtajnienia ww. dokumentów jest także niedopełnienie obowiązku wykazania zasadności zastrzeżenia tajemnicy najpóźniej w momencie złożenia oferty.

{KIO 229/16, KIO 277/16}

Zamawiający przekazał pozostałym wykonawcom kopie odwołań wniesionych przez: Konsorcjum Eneris – 22 lutego 2016 r., Saur – 28 lutego 2016 r.

Do Prezesa Izby wpłynęły w formie pisemnej następujące zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego:

- SAUR Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 25 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 229/16 po stronie odwołującego;
- Ondeo Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 23 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 229/16 oraz 2 marca 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 277/16 po stronie zamawiającego;
- Eneris Surowce S.A. z siedzibą w Kielcach, Eneris Infra 1 sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – 3 marca 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 277/16 po stronie zamawiającego.

Ponieważ powyższe przystąpienia zostały zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii stronom danego postępowania, a także nie zgłoszono co do nich opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia ich nieskuteczności.

9 marca 2016 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących:

- Zamawiający złożył do protokołu oświadczenie, że uznaje w całości zarzuty obydwu odwołań;
- zarówno Przystępujący Ondeo (w obu sprawach), jak i Przystępujący Konsorcjum Eneris oświadczyli do protokołu, że nie zgłaszają sprzeciwu co do uznania przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołań.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zamawiający na posiedzeniu w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniach. Jednocześnie Przystępujący po jego stronie nie sprzeciwili się temu.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu wykonać, powtórzyć lub unieważnić w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniach, a Przystępujący, którzy przystąpili po jego stronie, nie wniesli wobec tej czynności sprzeciwu, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 3 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołań nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołujących zwrotu kwot uiszczonych tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r.

**Sygn. akt: KIO 229/16
KIO 277/16**

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: