

Sygn. akt: KIO 1153/17

POSTANOWIENIE
z dnia 21 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 21 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2017 r. przez wykonawcę: **Control Process EPC Environmental Protection Sp. z o.o., Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Naruszewicza 18, 35 - 055 Rzeszów,**

przy udziale wykonawcy: **Inżynieria Rzeszów S.A., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **odrzuca odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Control Process EPC Environmental Protection Sp. z o.o., Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Control Process EPC Environmental Protection Sp. z o.o., Obrońców Modlina 16, 30-733 Kraków** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego *Warszawa – Praga** w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1153/17

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę: Control Process EPC Environmental Protection Sp. z o.o. z Krakowa [Odwołujący] od niezgodnego – jego zdaniem - z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, zaniechania przez zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z Rzeszowa odtajnienia (ujawnienia) informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie złożonej przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. z Rzeszowa: Karty danych 001/K, sporządzonej na podstawie zał. nr 8A do SIWZ, oraz opisu technicznego/dokumentów katalogowych, do Karty danych 001/K wraz z dokumentem potwierdzającym jakość odcieku z oferowanego urządzenia odwadniającego. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót określonych kontraktem pn. „Budowa suszarni mechanicznej osadów wraz z przebudową (modernizacją) obiektów Oczyszczalni Ścieków w Rzeszowie”. Zakres Robót obejmuje kompleksową realizację Zadania, tj. wielobranżowe roboty budowlane, wyposażenie, szkolenie personelu, rozruch urządzeń technologicznych oraz systemów teleinformatycznych, w tym AKPiA i przekazanie obiektu Zamawiającemu łącznie z instrukcjami eksploatacji urządzeń. W zakres Zadania wchodzi również roboty zewnętrzne jak sieci technologiczne, wod.- kan., gaz, biogaz oraz zagospodarowanie terenu, uporządkowanie terenu po robotach budowlanych, makroniwelacja, zieleń. Ponadto zakres Robót obejmuje przygotowanie wszystkich niezbędnych dokumentów wymaganych odpowiednimi przepisami w celu uzyskania przez Zamawiającego decyzji pozwolenia na użytkowanie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 lutego 2017 r., numer ogłoszenia 2017/S 034-061985.

Odwołujący podniósł w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z uwagi na niezasadne zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie złożonej przez wykonawcę Inżynieria, tj. Karty danych 001/ K, sporządzonej na podstawie zał. nr 8A do SIWZ, oraz opisu technicznego / dokumentów katalogowych, do Karty danych 001/ K wraz z dokumentem potwierdzającym jakość odcieku z oferowanego urządzenia odwadniającego, pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby: a) unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy Inżynieria jako

najkorzystniejszej oferty; b) odtajnił i udostępnił Odwołującemu informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie złożonej przez wykonawcę Inżyniera, tj. Kartę danych 001/ K, sporządzoną na podstawie zał. nr 8A do SIWZ, opis techniczny/dokumenty katalogowe do Karty danych 001/K wraz z dokumentem potwierdzającym jakość odcieku z oferowanego urządzenia odwadniającego oraz informacje zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa w ewentualnych uzupełnieniach i wyjaśnieniach treści oferty dotyczących Karty danych 001/K oraz opisu technicznego / dokumentów katalogowych do Karty danych 001/K jak i dokumentu potwierdzającego jakość odcieku z oferowanego urządzenia odwadniającego; c) dokonał ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący stwierdził, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem jest zainteresowany, aby to zamówienie zostało mu udzielone. W tym celu złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poniósł szkodę. Stwierdził, że cyt.: *„Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji Odwołujący mógłby się zapoznać z pełną treścią oferty wykonawcy Inżyniera, w tym z zastrzeżoną Kartą danych 001/ K, sporządzoną na podstawie zał. nr 8A do siwz, oraz opisem technicznym / dokumentami katalogowymi do Karty danych 001/ K wraz z dokumentem potwierdzającym jakość odcieku z oferowanego urządzenia odwadniającego i m.in. sprawdzić, czy treść oferty wykonawcy Inżyniera faktycznie odpowiada treści SIWZ, względnie czy deklaracje złożone przez wykonawcę Inżyniera w Karcie danych 001/ K są zgodne z rzeczywistością, względnie czy Zamawiający prawidłowo przyznał punkty ofercie wykonawcy Inżyniera w kryterium „Jakość”. W świetle przyjętych kryteriów oceny ofert oferta wykonawcy Inżyniera otrzymała więcej punktów od oferty Odwołującego min. w ramach kryterium „Jakość”. Jeżeli zatem oferta wykonawcy Inżyniera nie zostanie odrzucona, względnie jeżeli wykonawca Inżyniera nie zostanie wykluczony a jego oferta uznana za odrzuconą, względnie jeżeli oferta wykonawcy Inżyniera nie otrzyma mniejszej ilości punktów w kryterium „Jakość”, to oferta Odwołującego nie będzie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza oferta. Poprzez zaniechanie powyższych czynności oraz dokonanie wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (lucrum cessans). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 ustawy”.*

Odwołujący wskazał, że cyt.: (...) w dniu 26 maja 2017 r. otrzymał od Zamawiającego drogą elektroniczną informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, zgodnie z którą Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę Inżynieria, natomiast oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. W dniu 30 maja 2017 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie poniższych dokumentów: 1) wszystkich złożonych ofert, 2) wszystkich wezwań Zamawiającego do wyjaśnień i/lub uzupełnień skierowanych do Wykonawców, 3) wszystkich odpowiedzi udzielonych przez Wykonawców na powyższe pisma, wraz z załącznikami.

W dniu 01 czerwca 2017 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu ww. dokumenty do wglądu w swojej siedzibie. Podkreślić jednak należy, że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu całości oferty wykonawcy Inżynieria, gdyż nie zostały udostępnione m.in.: - Karta danych 001/ K, sporządzona na podstawie zał. nr 8A do SIWZ, czyli strony 22 - 23 oferty, - opis techniczny/ dokumenty katalogowe do Karty danych 001/ K, czyli strony 24 - 44 oferty. Co za tym idzie, udostępniona Odwołującemu oferta złożona przez wykonawcę Inżynieria nie zawierała wszystkich dokumentów żądanych przez Zamawiającego w SIWZ.

Jak wynika z udostępnionej Odwołującemu części oferty wykonawcy Inżynieria wykonawca ten zastrzegł Kartę danych 001/ K oraz opis techniczny / dokumenty katalogowe do Karty danych 001/ K jako tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu 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 ze zm.) i wniósł o ich nieudostępnianie. Zamawiający, nie udostępniając Odwołującemu ww. dokumentów, powołał się właśnie na powyższe zastrzeżenie.

W świetle powyższego uznać należało, że Zamawiający respektuje zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane w ofercie przez wykonawcę Inżynieria a Odwołujący powziął o tym wiadomość w dniu 01 czerwca 2017 r. r., tj. w dniu, w którym dokonał wglądu do udostępnionej mu części oferty wykonawcy Inżynieria”.

Wykonawca podał także, że cyt.: „Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 05 czerwca 2017 r., co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy. Odwołujący wskazuje ponadto, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO o zaniechaniu przez Zamawiającego odtajnienia (ujawnienia) informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie najczęściej można mówić dopiero od chwili ogłoszenia wyniku postępowania (informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i rankingu ofert lub unieważnienia postępowania)”. Wykonawca powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej [sygn. akt: KIO 633/13; sygn. akt: KIO 1994/15; sygn. akt: KIO 2161/12; sygn. akt: KIO 1188/12] m.in. stwierdził, że: „dopiero w momencie, gdy zamawiający ogłasza, że

zakończył badanie ofert wybierając ofertę najkorzystniejszą (lub unieważniając postępowanie), można uznać, że podjął też decyzję o nieujawnieniu zastrzeżonych informacji od tego też momentu można mówić o czynności zamawiającego polegającej na odmowie udostępnienia informacji w wyniku powzięcia przez niego decyzji, że powinny one pozostać niejawne.” Ponadto, że: „w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Następnym stwierdzenia przez zamawiającego bezskuteczności ww. zastrzeżenia jest czynność ujawniania zastrzeżonych informacji. Tym samym zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne w chwili, gdy zamawiający po przeprowadzeniu odpowiedniego badania dokona własnego rozstrzygnięcia, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W sytuacji, gdy zamawiający jeszcze nie dokonał czynności badania i oceny ofert, kwestionowanie zastrzeżenia oznaczałoby podnoszenie zarzutu do czynności samego wykonawcy, który dokonał zastrzeżenia, nie zaś działań lub zaniechań zamawiającego. Należy przy tym zauważyć, że ustawa nie określa zamawiającemu terminu, w jakim badanie zastrzeżenia powinno być zakończono. W konsekwencji termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania udostępnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa winien być liczony od dnia przesłania przez zamawiającego informacji, z której wynika uznanie dokonanego zastrzeżenia za skuteczne. W rozpatrywanej sprawie zamawiający ostatecznie zajął stanowisko co do zasadności zastrzeżenia wykonawcy dokonując czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z jednoczesnym uwzględnieniem zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Należy przy tym zauważyć, że przepisy ustawy nie określają terminu dokonania badania skuteczności zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie ma zatem podstaw prawnych, aby zakreślać zamawiającemu prowadzącemu postępowanie konkretny termin na dokonanie badania zastrzeżenia. Postulat szybkości postępowania, a nawet niezwłoczności przedmiotowego badania nie może przeważać nad zasadami zawartymi w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wymagającymi rzetelnego dokonania czynności. Wobec powyższego skład orzekający nie podziela stanowiska przystępującego, że termin na wniesienie odwołania od zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych w ofertach rozpoczyna bieg począwszy od dnia otwarcia ofert. W konsekwencji odwołanie, również w tym zakresie zostało wniesione w terminie umożliwiającym merytoryczne rozpoznanie zarzutów.”

Wykonawca wskazał, że cyt. „*Odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia większej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8*

ustawy oraz, że postępowanie zostało wszczęte 15 lutego 2017 r. (data zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej Zamawiającego), zatem mają do niego zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r., poz. 102)".

W uzasadnieniu podnoszonych w odwołaniu zarzutów - odnośnie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa - podał w szczególności:

(1) W ofercie złożonej przez wykonawcę Inżyniera, tj. Karty danych 001/K, sporządzonej na podstawie zał. nr 8A do SIWZ, oraz opisu technicznego / dokumentów katalogowych do Karty danych 001/ K wraz z dokumentem potwierdzającym jakość odcieku z oferowanego urządzenia odwadniającego, pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stwierdzić należy co następuje. Jak to już podniesiono powyżej Zamawiający respektuje zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane w ofercie przez wykonawcę Inżyniera i mimo jednoznacznego ustawowego obowiązku nie udostępnił Odwołującemu całej oferty wykonawcy Inżyniera. W ocenie Odwołującego nie budzi najmniejszych wątpliwości, że zastrzeżona Karta danych 001/K, sporządzona na podstawie zał. nr 8A do SIWZ, oraz opis techniczny/dokumenty katalogowe do Karty danych 001/K wraz z dokumentem potwierdzającym jakość odcieku z oferowanego urządzenia odwadniającego w żadnym wypadku nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym ich zastrzeżenie przez wykonawcę Inżyniera było i jest bezpodstawne. Wskazał na definicję tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zgodnie z którym przez tajemnicę przedsiębiorstw rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W ocenie Odwołującego Karta danych 001/K oraz opis techniczny/dokumenty katalogowe do Karty danych 001/ K wraz z dokumentem potwierdzającym jakość odcieku z oferowanego urządzenia odwadniającego, zastrzeżone przez wykonawcę Inżyniera, nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dlatego też zgodnie z dyspozycją zawartą w wyroku Sądu Najwyższego z 21 października 2005 roku (sygn. akt III CZP 74/05) Zamawiający winien je odtajnić, czego nie uczynił. Powyższe zaniechanie Zamawiającego w jaskrawy

sposób narusza obowiązujące przepisy, w szczególności zasadę jawności postępowania oraz zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji. O obowiązku Zamawiającego w tym zakresie przesądzają następujące względy. Wskazał także, że zgodnie z SIWZ (pkt X ppkt 1.4), str. 13) Karta danych 001/ K, sporządzona na podstawie zał. nr 8A do SIWZ, powinna zostać złożona wraz z ofertą w celu ustalenia punktacji w kryterium „Jakość”. Odpowiednio do powyższego w ww. Karcie należało podać przede wszystkim parametry oferowanego urządzenia (prasy tłokowej) oceniane w ramach kryterium „Jakość”, czyli: W ocenie Odwołującego ww. parametry oceniane w ramach kryterium „Jakość” nie stanowią informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa ani żadnych innych informacji posiadających wartość gospodarczą. Podkreślił, że wykonawca miał podać jedynie wielkość ocenianych parametrów, wyrażając ją odpowiednią liczbą. Zamawiający nie wymagał żadnych dodatkowych informacji technicznych czy technologicznych dotyczących ww. parametrów, w szczególności nie wymagał wyjaśnienia w jaki sposób zaoferowane urządzenie parametry te osiąga. Tym samym Karta danych 001/ K nie zawiera jakichkolwiek opisów technicznych, które mogłyby zawierać wynik prac twórczych wykonawcy, chronionych prawem autorskim, czy też o zbliżonym charakterze, mogących być przedmiotem nieuprawnionego naśladownictwa, w tym przynoszącego korzyści, kosztem wytwórcy. Co więcej, informacje zastrzeżone przez wykonawcę Inżyniera dotyczą parametrów ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert (tj. w ramach kryterium „Jakość”). Powołał się na orzecznictwo KIO (sygn. akt: KIO 1835/16) stwierdzając, że: „Wykonawcy, ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego winni liczyć się z faktem, iż ich oferty i udzielane w toku postępowania wyjaśnienia będą co do zasady jawne, w szczególności w zakresie, w jakim podlegają one ocenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego czy też ocenie w kryteriach oceny ofert. W tym zakresie oferty winny być jawne nie tylko dla pozostałych wykonawców ale również dla każdego zainteresowanego.” Również pozostałych informacji, których podania wymagał Zamawiający w Karcie danych 001/K, nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z załącznikiem nr 8A w Karcie danych 001/K Zamawiający wymagał podania informacji pozwalających na zidentyfikowanie zaoferowanego urządzenia (prasy tłokowej). Jednocześnie podkreślić należy, że w załączniku nr 8 do SIWZ oraz dokładnie określił wymagane minimalne parametry techniczne i cechy jakościowe urządzenia (prasy tłokowej), formułując kilkadziesiąt szczegółowych wymagań w tym zakresie. Powyższe wymagania Zamawiającego, jako część składowa SIWZ, są jawne i dostępne dla każdego zainteresowanego. Nie sposób zatem uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa informacji o tym, że oferowane urządzenie spełnia jawne i powszechnie dostępne wymagania SIWZ. Co więcej, Karta danych 001/K nie zawiera żadnych informacji o charakterze technicznym czy

technologicznym, a jedynie wskazuje jakie konkretne urządzenie zostało zaoferowane Zamawiającemu. W szczególności Karta danych 001/K nie zawiera jakichkolwiek opisów technicznych, które mogłyby zawierać wynik prac twórczych wykonawcy, chronionych prawem autorskim, czy też o zbliżonym charakterze, mogących być przedmiotem nieuprawnionego naśladownictwa, w tym przynoszącego korzyści, kosztem wytwórcy. Podkreślił, że na wszystkie powyższe kwestie od dawna zwraca się uwagę w orzecznictwie KIO [Przykładowo: sygn. akt KIO 2793/10; sygn. akt: KIO 2389/10; sygn. akt KIO 2817/10]. Dalej podał, że nie jest żadnym uzasadnieniem dla dokonanego zastrzeżenia chęć utrzymania w tajemnicy informacji jakie konkretnie urządzenie (prasa dokowa) zostało zaoferowane przez wykonawcę Inżynieria, Jak to już wskazano powyżej, Zamawiający precyzyjnie określił w SIWZ jakie wymagania ma spełniać oferowane mu urządzenie, a rolą wykonawcy było jedynie dobranie odpowiedniego urządzenia spełniającego te wymagania. Informacji o tym, iż zaoferowane urządzenie spełnia jawne i powszechnie dostępne wymagania SIWZ, nie sposób uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa, co potwierdza powołane powyżej orzecznictwo KIO. Podkreślił, że urządzenie stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia (prasa tłokowa) jest produktem gotowym, „z półki”, produkowanym seryjnie, a nie tworzonymi na indywidualne potrzeby Zamawiającego. Co za tym idzie informacje o urządzeniu zaoferowanym przez wykonawcę Inżynieria są bez wątpienia powszechnie dostępne, chociażby na stronach internetowych jego producenta, gdzie zamieszcza się różnego rodzaju katalogi, ulotki czy karty techniczne, obejmujące m.in. informacje żądane przez Zamawiającego w Karcie danych 001/ K. Zatem również w tym wypadku nie został spełniony podstawowy warunek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa, jakim jest nieujawnienie do wiadomości publicznej. Na powyższe również zwrócono uwagę w orzecznictwie KIO [Przykładowo: sygn. akt KIO/399/11] Powołał się także na uchwałę Sądu Najwyższego - Izby Cywilnej z dnia 21.10.2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 w myśl której: (...) *w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji. Należy również zauważyć, iż dokonana klasyfikacja dokumentów pod kątem ich jawności musi również zapewniać zachowanie równości i konkurencyjności ocenianych ofert.* Dalej stwierdził, że cyt.: „Żadnym uzasadnieniem dla dokonanego zastrzeżenia nie jest również to, że na etapie przygotowania oferty wykonawca musiał samodzielnie dobrać sprzęt spełniający wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Taki dobór nie stanowi żadnej wartości, która byłaby chroniona na gruncie przepisów ustawy o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Umiejętność doboru sprzętu do wymagań określonych przez Zamawiającego posiada każdy wykonawca, który ubiega się o przedmiotowe zamówienie, czy w ogóle każdy wykonawca, który ubiega się o zamówienia na budowę suszarni mechanicznej osadów ściekowych. Również Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie i negatywnie odniosła się do takiego sposobu usprawiedliwiania dokonanego zastrzeżenia [Przykładowo: sygn. akt: KIO 2537/14; sygn. akt KIO 2398/13; sygn. akt KIO 1239/13].

Podał także, że: cyt.: „Za tajemnicę przedsiębiorstwa nie sposób też uznać pozostałych informacji, które miały się znaleźć w Karcie danych 001/ K, względnie miały zostać do niej załączone. Zamawiający wymagał bowiem informacji w następującym zakresie: Co do pozycji „Obiekty referencyjne z zamontowanym urządzeniem” Odwołujący wyjaśnia, że wiąże się ona ściśle z opisem oceny ofert w ramach kryterium „Jakość”, podkryterium „zawartość zawiesiny w odcieku”. Zamawiający wskazał bowiem w SIWZ (pkt XVII ppkt 4.a), str. 22), że: „do punktacji przyjmuje się rzeczywistą jakość odcieku dla oferowanego typu urządzenia pracującego na innych tożsamyh instalacjach odwadniania osadów. Jakość odcieku oceniana będzie przy użyciu parametru „zawiesina”. Wynik określający ilość zawiesiny w odcieku musi się odnosić wyłącznie do filtratu powstającego w wyniku odwadniania osadów bez udziału wody technologicznej używanej do ewentualnego czyszczenia urządzenia. Poprzez instalacje tożsame należy rozumieć komunalne oczyszczalnie ścieków, na których funkcjonują oferowane typy prasy odwadniającej osady ściekowe pochodzące co najmniej w 80% ze ścieków komunalnych.” Zatem w ww. pozycji Karty danych 001/ K należało wskazać tożsame instalacje odwadniania osadów, w których pracują urządzenia oferowanego typu. Informacji na temat tożsamyh instalacji odwadniania osadów nie sposób uznać natomiast za informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. W szczególności wskazanie tożsamej instalacji odwadniania osadów nie stanowi opisów technicznych, które mogłyby zawierać wynik prac twórczych wykonawcy, chronionych prawem autorskim, czy też o zbliżonym charakterze, mogących być przedmiotem nieuprawnionego naśladownictwa, w tym przynoszącego korzyści. Ze wskazania tożsamej instalacji odwadniania osadów nie wynika przecież w jaki sposób zaoferowane urządzenie osiąga parametry zadeklarowane przez wykonawcę. Co do opisu technicznego / dokumentów katalogowych, to jak to już podniesiono powyżej Zamawiający wskazał w Załączniku nr 8A, że: „Do Kart Danych należy dołączyć karty katalogowe lub inne dowolne dokumenty na dowód, że oferowane urządzenia spełniają wymagania kryterium”. Karty katalogowe z definicji są tworzone na potrzeby szerokiego informowania o właściwościach i parametrach danego urządzenia, zatem nie sposób przyjąć, iż informacje zamieszczone w kartach katalogowych nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, co potwierdza przytoczone powyżej orzecznictwo KIO. Ponadto karty katalogowe / inne dokumenty, w tym dokument potwierdzający jakość odcieku, miały

jedynie potwierdzać, że oferowane urządzenie spełnia wymagania kryterium, czyli potwierdzać wyłącznie wielkość ocenianych parametrów, zadeklarowaną przez wykonawcę. Ww. dokumenty nie miały zatem zawierać informacji o charakterze technicznym czy technologicznym, w szczególności opisów technicznych, które mogłyby zawierać wynik prac twórczych wykonawcy, chronionych prawem autorskim, czy też o zbliżonym charakterze, mogących być przedmiotem nieuprawnionego naśladownictwa, w tym przynoszącego korzyści, kosztem wytwórcy. Potwierdzenia wielkości parametru zadeklarowanego przez wykonawcę nie sposób uznać za informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą. Ze wskazania wielkości parametru ocenianego w ramach kryterium „Jakość” nie wynika przecież w jaki sposób zaofertowane urządzenie osiąga parametry zadeklarowane przez wykonawcę. Odnośnie dokumentów potwierdzających jakość odcieku z oferowanego urządzenia odwadniającego, to obowiązek ich złożenia wynika z pkt XVII, ppkt 4.a), str. 22 SIWZ, zgodnie z którym: „jako potwierdzenie efektów odwadniania Wykonawca przedstawi dokumenty potwierdzające (np. protokół rozruchu) jakości odcieku z oferowanego urządzenia odwadniającego”. W ocenie Odwołującego ww. dokumenty uznać należy za tożsame z dokumentami, o których mowa w Załączniku nr 8A, zgodnie z którym: „Do Kart Danych należy dołączyć karty katalogowe lub inne dowolne dokumenty na dowód, że oferowane urządzenia spełniają wymagania kryterium”. Jak wynika z powyższego zarówno karty katalogowe / inne dokumenty, o których mowa w Załączniku nr 8A, jak i dokumenty potwierdzające jakości odcieku, o których mowa w SIWZ, miały potwierdzać, że oferowane urządzenie spełnia wymagania kryterium, czyli potwierdzać wielkość ocenianych parametrów, zadeklarowaną przez wykonawcę. Zresztą wykonawca Inżynieria w swojej ofercie nie wyodrębnił pozycji dotyczącej dokumentów potwierdzających jakości odcieku a jako dokumenty zastrzeżone wskazał opis techniczny / dokumenty katalogowe do Karty danych 001/ K. Zatem jeżeli wykonawca Inżynieria złożył wraz z ofertą dokumenty potwierdzające jakości odcieku, to przypuszczać należy, że stanowią one część dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. opisu technicznego / dokumentów katalogowych do Karty danych 001/ K. Ze względu na tożsamość kart katalogowych/innych dokumentów, o których mowa w Załączniku nr 8A, z dokumentami potwierdzającymi jakości odcieku, o których mowa w SIWZ, do tych ostatnich dokumentów w całej rozciągłości stosuje się argumentacja odwołania dotycząca kart katalogowych / innych dokumentów. Zatem również zastrzeżenie dokumentów potwierdzających jakość odcieku oceniać należy jako pozbawione jakichkolwiek podstaw. Kolejnym argumentem świadczącym (...) za bezzasadnością dokonanego zastrzeżenia jest to, że zgodnie z § 2 wzoru umowy/kontraktu (Część II SIWZ) oferta z załącznikami oraz załączniki do oferty będą uważane, odczytywane i interpretowane jako integralna część umowy. Ponieważ zgodnie z art. 139 ust. 3 ustawy

umowy w sprawach zamówień publicznych są jawne i podlegają udostępnianiu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej, to jest oczywiste, że wraz z umową jawna będzie zarówno zastrzeżona przez wykonawcę Inżyniera Karta danych 001/K jak i zastrzeżony przez wykonawcę Inżyniera opis techniczny / dokumenty katalogowe do Karty danych 001/K jak i zastrzeżony przez wykonawcę Inżyniera dokument potwierdzający jakość odcieku z oferowanego urządzenia odwadniającego, gdyż wszystkie ww. dokumenty stanowią załączniki do oferty. Już tylko ta okoliczność powoduje, że nie sposób uznać Karty danych 001/K, opisu technicznego / dokumentów katalogowych do Karty danych 001/K oraz dokumentu potwierdzającego jakość odcieku z oferowanego urządzenia odwadniającego, za tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro z góry zakłada się ujawnienie zawartych w nich informacji po uzyskaniu zamówienia. Powyższa okoliczność w świetle utrwalonego i jednolitego orzecznictwa KIO przesądza również o niedopuszczalności zastrzeżenia Karty danych 001/K, opisu technicznego/dokumentów katalogowych do Karty danych 001/K oraz dokumentu potwierdzającego jakość odcieku z oferowanego urządzenia odwadniającego jako tajemnicy przedsiębiorstwa”.

(2) Podsumowując stwierdził, że w ocenie Odwołującego zastrzeżenie przez wykonawcę Inżyniera Karty danych 001/K, opisu technicznego/dokumentów katalogowych do Karty danych 001/K oraz dokumentu potwierdzającego jakość odcieku z oferowanego urządzenia odwadniającego było i jest pozbawione podstaw. Podał ponadto, że: (...) w świetle stanu faktycznego niniejszej sprawy nie ma żadnych wątpliwości, iż Zamawiający winien odtajnić (ujawnić) dokumenty zastrzeżone przez wykonawcę Inżyniera jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż wykonawca Inżyniera zastrzegając ww. dokumenty nie wywiązał się z obowiązku jednoczesnego wykazania, że zastrzegane informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”. Zdaniem Odwołującego (...) jest oczywiste, że faktycznym powodem zastrzeżenia przez wykonawcę Inżyniera Karty danych 001/K, opisu technicznego/dokumentów katalogowych do Karty danych 001/K oraz dokumentu potwierdzającego jakość odcieku z oferowanego urządzenia odwadniającego nie była chęć i potrzeba ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, ale dążenie do maksymalnego utrudnienia konkurencji, w tym Odwołującemu, weryfikacji jego oferty pod kątem zgodności jej treści z treścią SIWZ i prawidłowości przyznanej punktacji. Poprzez bezprawne zastrzeżenie wykonawca Inżyniera chce uniemożliwić innym wykonawcom sprawdzenie, czy faktycznie jego oferta odpowiada wymaganiom SIWZ i czy faktycznie otrzymała tyle punktów, ile powinna otrzymać”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie [pismo z dnia 14 czerwca 2017 r. z datą wpływu:] wniósł o jego oddalenie, a na posiedzeniu – także w piśmie procesowym z dnia

20.06.2017 r. – wnioś o odrzucenie tego odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust.3 pkt 1 tej ustawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca: Inżynieria Rzeszów S.A. z Rzeszowa także – jak zamawiający - wnosząc o oddalenie odwołania, a dodatkowo na posiedzeniu – także w piśmie procesowym podobnie jak zamawiający – wnioś o odrzucenie tego odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust.3 pkt 1 tej ustawy

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa suszarni mechanicznej osadów wraz z przebudową (modernizacją) obiektów Oczyszczalni Ścieków w Rzeszowie” podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust.3 pkt 1 tej ustawy.

W myśl art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba zobowiązana jest odrzucić odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: „3) *odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;*”. Terminy, w których można (należy) wnieść odwołanie zostały określone w art. 182 ustawy Pzp w ustępie 1 do 3.

Zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp: „*Odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się: w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia;*”. Wskazany ust.1 dotyczy czynności, o podjęciu których Zamawiający jest zobowiązany poinformować wykonawców, a ust. 2 – postanowień ogłoszenia o zamówienia oraz postanowień specyfikacji.

Izba mając uwadze okoliczności faktyczne tej sprawy zgodziła się z wnioskami Zamawiającego i Przystępującego, że podnoszony w odwołaniu zarzut:

✓ naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy w związku z naruszeniem art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, z uwagi na zaniechanie ujawnienia informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie złożonej przez wykonawcę Inżynieria, tj. Karty danych 001/K, sporządzonej na podstawie zał. nr 8A do SIWZ, oraz

opisu technicznego / dokumentów katalogowych, do Karty danych 001/K wraz z dokumentem potwierdzającym jakość odcieku z oferowanego urządzenia odwadniającego, pomimo że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

- został wniesiony z naruszeniem terminu wskazanego art. 182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp, który w niniejszej sprawie ma zastosowanie, co oznacza, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba, podobnie jak strona zamawiająca [Zamawiający i Przystępujący] wskazuje na istotną dla rozstrzygnięcia w tej sprawie chronologię zdarzeń:

- ✓ w dniu 27 kwietnia 2017 r. Odwołujący za pośrednictwem skrzynki mailowej wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie wszystkich złożonych ofert w zakresie nie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa. W szczególności wskazał, że z jego punktu widzenia istotne pozostają informacje zawarte w załącznikach nr 8A, 9A i 10 i o udostępnienie tych informacji wniósł w pierwszej kolejności;
- ✓ w dniu 28 kwietnia 2017 r. Zamawiający udostępnił do wglądu złożone w postępowaniu oferty, jednakże tylko w zakresie nie objętym tajemnicą przedsiębiorstwa, w tym z wyłączeniem wnioskowanych załączników.

Izba stwierdziła ponadto, że w odniesieniu do Informacji zastrzeżonych w załącznikach, jako tajemnica przedsiębiorstwa Zamawiający nie przedstawił dodatkowych terminów, w których możliwe byłoby ich udostępnienie. Także nie informował, że podjął procedurę zmierzającą do weryfikacji skuteczności tych zastrzeżeń. To oznacza, że Odwołujący w dniu 28/04/2017 r. powziął wiadomość o zakresie ujawnionych przez Zamawiającego dokumentów oraz o braku udostępnienia tych, o które w szczególności, wnioskował w piśmie [informacji zawartych w załącznikach do oferty nr 8A, 9A i 10]. Te okoliczności niewątpliwie jednoznacznie wskazują, że Odwołujący w dniu 28 kwietnia 2017 r. powziął lub przy zachowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o zastrzeżeniu informacji zawartych w ofercie wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. i z tego względu termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie upłynął dla zarzutów podniesionych w odwołaniu dla tego Odwołującego w dniu 8 maja 2017 r.

Izba zwraca uwagę na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwale podjętej w dniu 28 lutego 2013 r. III CZP 107/2012), w której Sąd Najwyższy stwierdził, m.in. że nawet (...) w sytuacji gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed dniem przesłania mu przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia

odwołania liczy się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (tzn. od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia”.

Izba, podzielając stanowisko strony zamawiającej, wskazuje także, że zgodnie z art. 182 ust 3 pkt 1 ustawy Pzp, wobec czynności innych niż wskazane w ust. 1 i 2 tego artykułu - [przykładowo: zaniechanie udostępnienia/odtajnienia, czy też niezasadne zastrzeżenie informacji, która nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa i, jako taka powinna być jawna w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego] - odwołanie wnosi się - odpowiednio w terminie 10 dni lub 5 dni - od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Ustawa Pzp w odniesieniu do tej czynności - braku uchylecia zakazu ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa - nie zobowiązuje zamawiającego do powiadamiania wykonawców o zastrzeżeniu w ofercie takich informacji i podjętej czynności, mającej na celu zweryfikowanie skuteczności takiego zastrzeżenia. Jednocześnie przepisy ustawy Pzp stanowią o jawności postępowania o zamówienie publiczne i zgodnie z art 96 ust 3 ustawy, oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia. Tym samym, każdy wykonawca, zachowując należyłą staranność, wiadomość o zastrzeżeniu informacji w ofercie, jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz stanowisko zamawiającego w przedmiocie odmowy ich ujawnienia może powziąć z upływem terminu wyznaczonego na złożenie, co do zasady, w najbliższym terminie, po niezwłocznym złożeniu wniosku o udostępnienie oferty (ofert) w pełnym zakresie - również w tym zastrzeżonym.

Na marginesie Izba zwraca uwagę, że analogiczne informacje [załączniki] zostały zastrzeżone przez Odwołującego w jego ofercie, czemu nie przeczył na posiedzeniu, a żądając w odwołaniu nakazania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w ofercie złożonej przez wykonawcę Inżynieria [m.in. Karty danych 001/K, opisu technicznego/dokumentów katalogowych do Karty danych 001/K wraz z dokumentem potwierdzającym jakość odcieku z oferowanego urządzenia odwadniającego] nie wyraził zgody - nawet *pro forma* [dla zachowania pozorów, albo z grzeczności, uwzględniając propagowane przez przedsiębiorców *Dobre Praktyki w Biznesie*] - na udostępnienie konkurencyjnym wykonawcom zastrzeżonych, w jego ofercie podobnych informacji. Co więcej, Odwołujący w ofercie zastrzegł także uzasadnienie powodów dla których informacje w ofercie objęte zostały klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Izba zauważa, że art. 8 ust.3 ustawy Pzp w zdaniu 1 stanowi: „3. *Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej*

konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa". To oznacza, że uzasadnienie zastrzeżenia informacji samo w sobie nie powinno stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem wykonawca zasadność wyłączenia jawności informacji [ich zastrzeżeń] ma wykazać nie tylko przed zamawiającym, ale także wobec konkurujących z nim wykonawców. Jednakże hipotetycznie zakładając, jeżeli, z jakichś przyczyn obiektywnych, w uzasadnieniu decyzji o zastrzeżeniu danych informacji, konieczne jest wskazanie na elementy, które także spełniają wymagania z definicji tajemnicy przedsiębiorstwa, to wykonawca powinien je przedstawić, przykładowo – chociażby z praktycznych powodów - na odrębnych kartach. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że te elementy zastrzeżone wymagałyby od wykonawcy kolejnych wyjaśnień, co prowadzi do krytycznej oceny praktyki zastrzegania przez oferentów uzasadnień decyzji o objęciu w ofercie [również w wyjaśnieniach] informacji klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

Konkludując, należy uznać, że odwołanie które zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2017 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje konicznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Izba ponadto z uwagi na wniosek pełnomocnika Odwołującego – nieobecnego na posiedzeniu w dniu 21/06/2017 – złożony po zamknięciu posiedzenia i wydaniu oraz ogłoszenia Postanowienia o odrzuceniu odwołania w sprawie: sygn. akt: KIO 1053/17, dodatkowo - ponad uzasadnienie do tego postanowienia - stwierdza:

Zgodnie z art. 196 ust. 1 zdanie 1 ustawy Pzp: „Izba ogłasza orzeczenie po zamknięciu rozprawy na posiedzeniu jawnym oraz podaje ustnie motywy rozstrzygnięcia.”. Zgodnie z kolei z § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 poz. 964 ze zm.) możliwe jest ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego – tak jak w niniejszej sprawie - na posiedzeniu, przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, wraz z przekazaniem informacji o ogłoszeniu podawanej na stronie internetowej Urzędu. Oczywiście odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego. Taki tryb ogłoszenia

postanowienia w sprawie KIO 1053/17 określony § 32 Regulaminu został zastosowany w niniejszej sprawie. W Protokole z posiedzenia z dnia 21/06/2017 podano, że:

- ✓ Izba uwzględniła wniosek strony zamawiającej w przedmiocie odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust.3 pkt 1 tej ustawy.
- ✓ Izba poinformowała, że w sprawie tej w dniu 21.06.2017 r. [w dniu posiedzenia wyda postanowienie w przedmiocie odrzucenia odwołania, a ogłoszenie jego sentencji – także w dniu 21.06.2017 r. - nastąpi w trybie określonym par. 32 regulaminu przy rozpoznawaniu odwołań.

Także w tym Protokole, po przekazaniu stronom powyższych informacji, odnotowano, że Przewodnicząca zamknęła posiedzenie o godz. 11 min 34.

Izba stwierdza ponadto, że posiedzenie toczyło się z udziałem pełnomocników stron oraz uczestnika, w tym m.in. dwóch pełnomocników Odwołującego.

W Protokole – w części z ogłoszenia postanowienia w sprawie KIO 1053 - podano: „W dniu 21 czerwca 2017 r. o godz. zostało ogłoszone Postanowienie przez wywieszenie jego sentencji na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o wydanym postanowieniu została skierowana o godz. 12:18 do zamieszczenia na stronie internetowej UZP - zgodnie z § 32 Regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań”.

Po dokonaniu powyższych czynności do akt sprawy wpłynęły 3 pisma od pełnomocnika Odwołującego nieobecnego na rozprawie p. J. K.. Każde z nich oznaczone jako „Oświadczenie” i tożsamej treści [uwaga: *duże litery w tekście jak w piśmie*]: cyt.: „Działając w imieniu Odwołującego W ZWIĄZKU Z brakiem zamknięcia posiedzenia, składam oświadczenie o cofnięciu odwołania w sprawie”. Te pisma opatrzone datą 21 czerwca 2017 r. mają różne godziny wpływu oraz ich rejestracji. Zróżnicowane także są ich formy oraz sposób wniesienia:

- ✓ pierwsze, z godz. wpływu: 12:29:15 zarejestrowano pod nr 10454/17 wniesiono w kserokopii faxem [data nadania fax-u: 12:10];
- ✓ drugie, z godz. 14:37:58 wpływu zarejestrowano pod nr 10470/17 wniesiono w formie elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym [data wytworzenia poświadczenia: 13:25];
- ✓ trzecie, z godz. wpływu: 14:49:05 zarejestrowano pod nr 10454/17 wniesiono w kserokopii faxem [data nadania fax-u: podobnie jak pierwsze:12:10];

Izba zwraca uwagę, że korespondencja zawierająca oświadczenia przesłane faxem była oznaczona godziną ich nadania nie zgodnie z rzeczywistym stanem, co do daty

nadania: „21 Cze. 2017 11:11”, a jej adresatem była Krajowa Izba Odwoławcza. Z kolei adresatem korespondencji zawierającej oświadczenie z użyciem podpisu elektronicznego był z jednej strony Prezes KIO, a z drugiej Krajowa Izba Odwoławcza

Izba stwierdza także, że każdy z tych dokumentów do akt sprawy wpłynął po Ogłoszeniu sentencji postanowienia w sprawie: sygn. akt: KIO 1153/17 i po skierowaniu do zamieszczenia Informacji o wydanym postanowieniu. Pierwszy w dniu 21/06/2017 po godz. 12:30, a dwa pozostałe w dniu 22/06/2017.

Izba stwierdza ponadto, że nie jest prawdziwe twierdzenie zawarte w oświadczeniu podpisanym przez nieobecnego na posiedzeniu pełnomocnika, że posiedzenie w tej sprawie [wg raportów: o godz. 12:10, a następnie o godz. 13:25] nie zostało zamknięte. Przede wszystkim fakt zamknięcia posiedzenia w dniu 21.06.2017 r. jak już wskazano zakomunikowany został obecnym na posiedzeniu pełnomocnikom stron, w tym pełnomocnikom Odwołującego - o godz. 11:34. Zatem zgodnie ze wskazanym art. 196 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 32 Regulaminu (...) ogłoszenie postanowienia nastąpiło po zamknięciu posiedzenia, co potwierdza adnotacja w Protokole.

Izba jednocześnie wskazuje, że mając na uwadze przepisy ustawy Pzp o rozprawie, w tym jej art. 191 ust.3: [cyt.: „Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania”.] i stosując ten przepis odpowiednio do posiedzenia, Izba miałaby podstawy w sprawie KIO 1053/17 rozważyć ponowne otwarcie posiedzenia, ale tylko wtedy, gdyby oświadczenie o cofnięciu odwołania zostało złożone do akt sprawy przed ogłoszeniem postanowienia o odrzuceniu odwołania – kończącym postępowanie odwoławcze. Skuteczne cofnięcie odwołania niewątpliwie znosi wszelkie skutki prawne związane z jego wniesieniem i cofnięcie odwołania jest nieograniczonym w czasie - zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp - uprawnieniem odwołującego na każdym etapie postępowania odwoławczego (aż do czasu zamknięcia rozprawy), **jednakże takie oświadczenie, dla jego skuteczności, musi być złożone przed wydaniem przez KIO orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze w sprawie.** W takim przypadku, Izba jest zobowiązana do umorzenia postępowania odwoławczego, a w przypadku cofnięcia odwołania przed otwarciem rozprawy również do orzeczenia o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczonej tytułem wpisu. W tej sprawie wydane zostało postanowienie kończące postępowanie odwoławcze przed złożeniem do akt sprawy oświadczenia o cofnięciu odwołania zawartego w pismach z dnia 21 czerwca 2017 r. i tym samym nie mogło wywrzeć żadnego skutku prawnego na wydane w tej sprawie przez Krajową Izbę Odwoławczą postanowienie o odrzuceniu odwołania w dniu 21/06/2017.

Izba dodatkowo zwraca uwagę [*Tak jak w pouczeniu zamieszczonym na str 2 sentencji*], że na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu [*Art. 198a. 1: Na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu.*] i tylko w tym trybie orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej kończące postępowanie odwoławcze może być wzruszone.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....