

POSTANOWENIE
z dnia 28 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Anna Wojciechowska**

Protokolant: **Piotr Ceglowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 28 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2019 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZUE S.A., Elkol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Elektrownię Ostrołęka spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce** przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz Zakłady Automatyki „KOMBUD” S.A. z siedzibą w Radomiu** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ZUE S.A., Elkol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** kwoty 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579, 2018) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Elektrownia Ostrołęka spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce - prowadzi w trybie dialogu konkurencyjnego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa układu infrastruktury kolejowej dla obsługi Elektrowni Ostrołęka C, nr postępowania ZP/01/2018*. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 kwietnia 2018 r., za numerem 2018/S 071-158078. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 14 stycznia 2019 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ZUE S.A., Elkol spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu udostępnienia części oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz Zakłady Automatyki „KOMBUD” S.A. z siedzibą w Radomiu, z powołaniem się na skuteczne utajnienie przez ww. Wykonawcę części jego oferty.

Zaskarżonej czynności Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 8 ust 3 ustawy pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „ZNK”) przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu dokumentów w postaci: Rozbicia Ceny Ofertowej (dalej jako „RCO”) oraz Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego (dalej jako „Harmonogramu” lub „HRF”) pochodzących od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz Zakłady Automatyki „KOMBUD” S.A. z siedzibą w Radomiu, a tym samym uznanie, że dokumenty te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a ww. Wykonawca skutecznie zastrzegł ich treść jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co z kolei prowadzi do stwierdzenia o prowadzeniu przez Zamawiającego postępowania w sposób naruszający wymóg zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu dokumentów w postaci Rozbicia Ceny Ofertowej oraz Harmonogramu pochodzących od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz Zakłady Automatyki „KOMBUD” S.A. z siedzibą w Radomiu, a tym samym ich odtajnienia (czyli stron: od 22 do ostatniej strony oferty ww. Wykonawcy). Odwołujący wniósł również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów

postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Dnia 18 stycznia 2019 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz Zakłady Automatyki „KOMBUD” S.A. z siedzibą w Radomiu.

W dniu 24 stycznia 2019 r. Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł, w trybie art. 186 ust. 1 ustawy pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości. Izba stwierdziła, że niniejsza odpowiedź została podpisana przez osoby umocowane do reprezentacji Zamawiającego.

Dnia 28 stycznia 2019 r. w związku z postanowieniem Izby z dnia 17 stycznia 2019 r. odbyło się posiedzenie niejawnie z udziałem stron i uczestnika postępowania. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Torpol S.A. z siedzibą w Poznaniu oraz Zakłady Automatyki „KOMBUD” S.A. z siedzibą w Radomiu nie stawili simimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia.

Zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2014 r., poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 14), niestawiennictwo strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego prawidłowo zawiadomionego o terminie rozprawy nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Izba stwierdziła, że wskutek prawidłowego wezwania, Przystępujący miał możliwość stawienia się na posiedzeniu i bronięcia swych interesów, a jego niestawiennictwo w okolicznościach wskazanych powyższej wywołuje negatywne skutki procesowe.

Przystępujący nie zdecydował się skorzystać ze swojego prawa, gdyż nie stawiał się na posiedzenie Izby. W ocenie Izby powyższe jest równoważne z rezygnacją z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Zauważyć bowiem należy, że posiedzenie z udziałem stron i uczestników postępowania jest fazą postępowania odwoławczego, która bezpośrednio poprzedza rozprawę. Na tym etapie strony prezentują swoje ostateczne stanowiska procesowe co do podtrzymania lub cofnięcia odwołania, uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu czy wniesienia sprzeciwu wobec tej ostatniej czynności, od których to stanowisk uzależnione jest skierowanie odwołania do rozpoznania na rozprawie. Dobrowolny brak udziału w tej fazie postępowania odwoławczego należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów (tak KIO w postanowieniu z dnia 7 grudnia 2016 r. sygn. akt: 2214/16).

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.

Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy pzp.

Na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy pzp oraz § 3 i § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty 20 000 zł uiszczonej tytułem wpisu.

Izba nie uwzględniła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz pełnomocnika Odwołującego, pomimo złożonych na posiedzeniu faktur VAT, gdyż zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. b ww. rozporządzenia w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba zasądza koszty wyłącznie od zamawiającego na rzecz odwołującego, jeżeli uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło po otwarciu rozprawy, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca, bowiem uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia.

Postanowienie zostało ogłoszone poprzez jego wywieszenie na tablicy ogłoszeń w trybie § 32 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t. j. Dz. U. z 2014 r., poz. 964 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 14).

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....