

POSTANOWIENIE
z dnia 16 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 16 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 grudnia 2015 r. przez Odwołującego – Tiefenbach spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Radzionkowie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Tauron Wydobycie SA w Jaworznie, przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Inwestycyjno – Handlowe Proserwis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rząsce, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – Tiefenbach spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Radzionkowie, kwoty 15.000 zł 00 gr [piętnastu tysięcy złotych, zero groszy], uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2013 r. poz. 907], na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Skład orzekający:

Uzasadnienie

Zamawiający – Tauron Wydobycie SA w Jaworznie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Remont i kompletację sterowania pilotowego Tiefenbach zastosowanego w obudowie zmechanizowanej Glinik 20/41 POz dla ZGO Janina TWD SA*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący w dniu 3 grudnia 2015 r. wniósł odwołanie wobec zaniechania odtajnienia i udostępnienia oferty wykonawcy Proserwis sp. z o.o. w Rząsce w części obejmującej: rachunki zysków i strat, str. 23-26 oferty; załącznik nr 6 do SIWZ - Wykaz usług, str. 28 oferty; referencje, str. 29-36 oferty; załącznik nr 7 do SIWZ - OŚWIADCZENIE WYKONAWCY dotyczące podwykonawców, str. 37 oferty; umowa o zapewnieniu dostaw z załącznikami, str. 38 - 41 oferty; zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, str. 42-43 oferty; załącznik nr 3 do SIWZ OŚWIADCZENIE WYKONAWCY potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z Postępowania - OŚWIADCZENIE PODWYKONAWCY, str. 44 oferty; KRS, US, ZUS, KRK podwykonawcy, str. 45-56 oferty; Załącznik nr 8 do SIWZ - OŚWIADCZENIA WYKONAWCY dotyczące produktu, str. 57-58 oferty; Ocena zdolności zakładu remontowego wraz z załącznikami, str. 59-62 oferty; Opinia techniczna, str. 63-67 oferty.

Po pierwsze, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania, mimo wniosku złożonego przez Zamawiającego, umotywowanego złożeniem odwołania w terminie późniejszym aniżeli 10 dni od terminu składania ofert, a to wobec wskazania w trakcie czynności otwarcia ofert dokonanej w dniu 13 listopada 2015 r., że w ofercie wykonawcy Przedsiębiorstwo Inwestycyjno – Handlowe Proserwis Sp. z o.o. w Rząsce zastrzeżono określone dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dostrzeżenia bowiem wymaga, że Odwołujący niezwłocznie, tj. dniu 16 listopada 2015 r. zwrócił się o udostępnienie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Inwestycyjno – Handlowe Proserwis Sp. z o.o. w Rząsce, zaś Zamawiający w dniu 23 listopada 2015 r. udostępnił ofertę w niezastrzeżonym zakresie. Dopiero zatem z momentem tego zapoznania Odwołujący powziął informacje, że Zamawiający zamierza nie udostępniać określonych informacji. Odwołanie złożone w dniu 3 grudnia 2015 r. jest zatem odwołaniem złożonym w

dziesięciodniowym terminie, wymaganym treścią art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Po drugie, Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie w terminie trzech dni od wezwania Zamawiającego, to jest w dniu 7 grudnia 2015 roku, do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Inwestycyjno – Handlowe Proserwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rząsce.

W dniu 11 grudnia 2015 r. faksem zawiadomiono Przedsiębiorstwo Inwestycyjno – Handlowe Proserwis spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Rząsce o terminie posiedzenia. Zgodnie z treścią art. 61 Kc, oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią; odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. Wykonawca Przedsiębiorstwo Inwestycyjno – Handlowe Proserwis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Rząsce w dniu 11 grudnia 2015 r. potwierdził otrzymanie zawiadomienia o terminie posiedzenia.

W dniu 16 grudnia 2015 roku na wyznaczonym terminie posiedzenia i rozprawy przed Izbą nie stawił się Przystępujący.

Zamawiający oświadczył na posiedzeniu, że uwzględni w całości przedstawione w odwołaniu zarzuty.

Izba uznała, że niestawiennictwo na posiedzeniu przed Izbą wykonawcy Przedsiębiorstwo Inwestycyjno – Handlowe Proserwis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Rząsce, przystępującego do postępowania odwoławczego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsamą z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania. Należało bowiem uznać, że wyznaczona do rozpoznania sprawy rozprawa i poprzedzające ją posiedzenie z udziałem stron to ta faza postępowania odwoławczego, w której następuje koncentracja czynności, wniosków i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania, zmierzająca do zakończenia postępowania toczącego się na skutek wniesienia odwołania. Z powyższego wynika, że po skierowaniu odwołania na posiedzenie z udziałem stron lub na rozprawę odwołanie, co do zasady, będzie rozpatrzone na tym posiedzeniu lub rozprawie i tam też rozpatrzone zostaną ewentualne zgłoszone wnioski i oświadczenia stron, takie jak oświadczenie co do uwzględnienia odwołania przez zamawiającego czy ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Skoro zatem uwzględnienie odwołania przez zamawiającego może nastąpić najpóźniej do ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie wniesionego odwołania, co – w razie wyznaczenia posiedzenia lub rozprawy mających na celu rozpatrzenie odwołania – odbędzie się na tym posiedzeniu lub rozprawie, ewentualny sprzeciw w tym zakresie również można zgłosić w tym czasie. W warunkach prawidłowego powiadomienia przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego o terminie posiedzenia, na którym ma zostać rozpatrzone odwołanie, uznać należy że na tym posiedzeniu przystępujący może zgłosić ewentualny sprzeciw co do uwzględnienia odwołania. Niestawiennictwo wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, mimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia, należy uznać za rezygnację z uprawnień do reprezentowania swoich interesów, tożsamą z niezłożeniem sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania.

Tym samym, Izba w pełni podzieliła stanowisko i argumentację wyrażoną, w odniesieniu do analogicznej sytuacji, w postanowieniach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 grudnia 2015 r. w spr. KIO 2534/15, 4 lutego 2015 r. w spr. KIO 151/15, 21 września 2015 r. sygn. akt KIO 1963/15, 10 marca 2014 r. w spor. KIO 360/14, 7 sierpnia 2014 r. w spr. KIO 1524/14, z 4 września 2014 r. w spr. o sygn. akt KIO 1710/14, 27 czerwca 2012 r. w spr. o sygn. akt KIO 1264/12, 9 czerwca 2010 r. w spr. o sygn. akt: KIO 991/10, 11 sierpnia 2010 r. w spr. o sygn. akt KIO 1575/10.

Zatem, w związku z faktem, że wykonawca przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego, poprzez niestawiennictwo na posiedzenie, na którym rozstrzygana miała być zasadność kierowanych wobec nieudostępnienia elementów jego oferty, nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – należało umorzyć.

Reasumując, skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu stanowiska Odwołującego uznał słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie to stwierdzić należy, że Zamawiający uznał zarzuty Odwołującego.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu,
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił skutecznie wykonawca, który nie skorzystał z prawa wniesienia sprzeciwu,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Wobec powyższego, w myśl 186 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zobligowany jest wykonać żądania postawione w odwołaniu. W odwołaniu postawiono żądania odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu treści oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Inwestycyjno – Handlowe Proserwis Sp. z o.o. w Rząsce, stanowiących rachunki zysków i strat, str. 23-26 oferty; załącznik nr 6 do SIWZ - Wykaz usług, str. 28 oferty; referencje, str. 29-36 oferty; załącznik nr 7 do SIWZ - OŚWIADCZENIE WYKONAWCY dotyczące podwykonawców, str. 37 oferty; umowa o zapewnieniu dostaw z załącznikami, str. 38 - 41 oferty; zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów, str. 42-43 oferty; załącznik nr 3 do SIWZ OŚWIADCZENIE WYKONAWCY potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z Postępowania - OŚWIADCZENIE PODWYKONAWCY, str. 44 oferty; KRS, US, ZUS, KRK podwykonawcy, str. 45-56 oferty; Załącznik nr 8 do SIWZ - OŚWIADCZENIA WYKONAWCY dotyczące produktu, str. 57-58 oferty; Ocena zdolności zakładu remontowego wraz z załącznikami, str. 59-62 oferty; Opinia techniczna, str. 63-67 oferty.

Zauważyć przy tym należy, że w sprawie znajduje zastosowanie art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w brzmieniu obowiązującym od 19 października 2014 r., który stanowi, że 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 udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa; wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy. Skoro w analizowanym postępowaniu wykonawca Przedsiębiorstwo Inwestycyjno – Handlowe Proserwis Sp. z o.o. w Rząsce w momencie złożenia oferty nie zawarł żadnego uzasadnienia podstaw uznania informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa [czego – dla skutecznego zastrzeżenia informacji - wymaga art. 8 ust. 3 ustawy], ograniczając się jedynie do wskazania w formularzu ofertowym w pkt 12 części C stron oferty stanowiących, w Jego ocenie tajemnicę przedsiębiorstwa, to nie nastąpiło skuteczne zastrzeżenie tej tajemnicy, co skutkuje uznaniem, że z momentem złożenia oferty, wszystkie informacje w niej zawarte są jawne. Skutku tego, zaistniałego już w momencie złożenia oferty bez wykazania zasadności zastrzeżenia [tj. w dniu 13 listopada 2015 r.] nie może z mocą wsteczną wprowadzić dokonane na wezwanie Zamawiającego uzasadnienie zasadności zastrzeżenia, które Przystępujący złożył dopiero w dniu 25 listopada 2015 r. Jak bowiem podkreślono w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Przemyślu z 11 maja

2015 r. w spr. I Ca 131/15, „Zgodnie ze znowelizowanym przepisem art. 8 ust. 3 P.z.p., którego treść obowiązuje od dnia 19.10.2014 r., 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 udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przed nowelizacją art. 8 ust. 3 P.z.p. nie wymagał wykazania w terminie w nim określonym, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, co umożliwiało zamawiającemu podjęcie czynności pozwalających na ustalenie zasadności zastrzeżenia przedłożonych przez wykonawcę informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Stąd też podniesioną przez przeciwnika skargi argumentację w tym względzie wraz z powołanymi orzeczeniami KIO odnieść należy do stanu prawnego obowiązującego przed nowelizacją art. 8 P.z.p. Obecnie niedochowanie powyższego wymogu określonego w znowelizowanym przepisie art. 8 powinno skutkować obowiązkiem odtajnienia zastrzeżonych informacji. Jako że zgodnie z art. 96 ust. 3 P.z.p. oferty należy udostępnić od chwili ich otwarciem (...)”. Oznacza to zatem tyle, że wobec niedochowania przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inwestycyjno – Handlowe Proserwis Sp. z o.o. w Rzęsce obowiązku wykazania zasadności zastrzeżenia informacji już w momencie złożenia oferty, z chwilą jej złożenia cała treść oferty stała się jawna i jako taka podlega udostępnieniu każdemu zainteresowanemu. Biorąc powyższe pod uwagę, bezprzedmiotowe jest „odtajnienie” oferty, która - w następstwie braku wykazania zasadności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa – jest od momentu jej złożenia jawna. Zamawiający obowiązany jest więc wykonać te żądania, które są adekwatne do aktualnej sytuacji, to jest udostępnić zainteresowanemu wykonawcy jawne – w wyniku braku aktywności dysponenta informacji, jakim jest wykonawca składający ofertę od momentu złożenia – dokumenty, w tym ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Inwestycyjno – Handlowe Proserwis Sp. z o.o. w Rzęsce.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Skład orzekający: