

POSTANOWIENIE

z dnia 1 grudnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu w dniu 1 grudnia 2014 roku na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2014 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. B. oraz Bader Drog Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Dalachowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „DROGPOL” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poraju** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

postanawia:

- 1. odrzuca odwołanie**
- kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. B. oraz Bader Drog Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Dalachowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. B. oraz Bader Drog Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Dalachowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. B. oraz Bader Drog Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w Dalachowie** na rzecz **Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „DROGPOL” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poraju** kwotę 3 600 zł

00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zimowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Katowicach z podziałem na części, część I – Rejon w Częstochowie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 10 listopada 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T. B. oraz Bader Drog Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Spółkę komandytową w Dalachowie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego:

1. niezgodnej z przepisami czynności z dnia 31 października 2014 roku (pismo z datą 30 października 2014 roku) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postaci oferty odwołujących,
2. niezgodnej z przepisami czynności z dnia 31 października 2014 roku (pismo z datą 30 października 2014 roku) dokonania ponownego badania i oceny ofert,
3. niezgodnej z przepisami czynności z dnia 31 października 2014 roku (pismo z datą 30 października 2014 roku) wykluczenia odwołujących z postępowania,
4. niezgodnej z przepisami czynności z dnia 31 października 2014 roku (pismo z datą 30 października 2014 roku) wyboru oferty firmy Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe DROGPOL Sp. z o.o,

Z ostrożności procesowej odwołujący podnieśli zarzut

5. zaniechania wykluczenia oferty firmy Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe DROGPOL Sp, z o.o. z postępowania z tych samych względów co oferty Odwołującego się.

Czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucili naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie do odwołującego, a jednocześnie niezastosowanie do Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe DROGPOL Sp. z o.o.,

2. art. 7 ust. 1 ustawy ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i przygotowanie oraz prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

3. inne przepisy wymienione lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wnieśli o:

1. unieważnienie czynności z dnia 31 października 2014 roku (pismo z datą 30 października 2014 roku) unieważnienia wyboru oferty odwołujących,

2. unieważnienia czynności z dnia 31 października 2014 roku (pismo z datą 30 października 2014 roku) wyboru oferty firmy Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe DROGPOL Sp. z o.o.

3. unieważnienia czynności z dnia 31 października 2014 roku (pismo z datą 30 października 2014 roku) wykluczenia odwołujących z postępowania,

4. dokonanie ponownego badania i oceny ofert,

5. dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postaci oferty odwołujących, z ostrożności procesowej

6. wykluczenia oferty firmy Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe DROGPOL Sp. z o.o. z postępowania z tych samych względów co oferty odwołujących.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 14 listopada 2014 roku przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „DROGPOL” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poraju (dalej: przystępujący)

Przystępujący w piśmie, w którym zgłosił przystąpienie, wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie:

- art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp z powodu jego wniesienia przez podmiot nieuprawniony,

- art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ odwołanie zostało przesłane zamawiającemu, a w konsekwencji przystępującemu, w niepełnej treści, a więc jedynie z niektórymi załącznikami wskazanymi w jego treści.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 1 grudnia 2014 roku oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania.

Przystępujący w oświadczeniu złożonym na posiedzeniu w tym samym dniu wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołanie zostało podpisane przez adwokata S. K. . Do odwołania zostało dołączone pełnomocnictwo udzielone adwokatowi S. K. przez T. B. oraz Bader Drog Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dalachowie reprezentującej Bader Drog Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Dalachowie.

Pismem z dnia 18 listopada 2014 roku Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał pełnomocnika odwołujących do przesłania w terminie 3 dni pod rygorem zwrotu odwołania następujących dokumentów:

- pełnomocnictwa, z którego wynika umocowanie do wniesienia odwołania w imieniu Pana T. B. oraz Bader Sp. z o.o. Sp. k. w Dalachowie,
- pełnomocnictwa dla Pana T. B. do reprezentowania konsorcjum w składzie: T. B. oraz Bader Drog Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Dalachowie,
- odpisu z KRS Bader Drog Sp. z o.o. z siedzibą w Dalachowie lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie osoby reprezentującej odwołującego bądź udzielającej pełnomocnictwa,

W wyznaczonym terminie pełnomocnik odwołujących złożył właściwe pełnomocnictwo dla adw. S. K., pełnomocnictwa dla Bader Drog Sp.k. z 10 września i 27 października 2014 roku oraz odpis KRS Bader Drog Sp. z o.o. Wyjaśnił też, że Pan T. B. jest Prezesem Zarządu Bader Drog Sp. z o.o., która z kolei jest reprezentuje Bader Drog Sp. z o.o. Sp.k. w Dalachowie.

Do odwołania zostały załączone następujące załączniki: pełnomocnictwo, odpis z KRS i CEIDG, dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, dowód uiszczenia wpisu od odwołania, dowód nadania pisma zamawiającemu, umowa nr GDDKiA/O-Po/R-2/37/2011 z dnia 23 marca 2012 roku zawarta pomiędzy GDDKiA i WASKO, pismo WASKO z dnia 7 listopada 2014 roku, protokoły montażu lokalizatorów GPS WASKO SA na sprzęcie odwołującego, pismo z dnia 21 października 2014 roku od zamawiającego do WASKO, protokół kontroli DrogoPol Sp. z o.o. z dnia 20 października 2014 roku w części 2 zamówienia.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 10 listopada 2014 roku.

Do odwołania odwołujący załączył dowód wysłania wiadomości elektronicznej wraz z 10 załącznikami.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania oświadczył, że otrzymał jedynie 5 załączników, tj. pełnomocnictwo, odpis z KRS i CEIDG, dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, dowód uiszczenia wpisu od odwołania, dowód nadania pisma zamawiającemu. Na te okoliczność okazał dowód otrzymania korespondencji mailowej z wyszczególnionymi 5 załącznikami. Oświadczył, że kopia odwołania nie została do niego przesłana w żaden inny sposób.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, tj. z powodu nieprzesłania zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Dyspozycja wskazanego przepisu obejmuje również sytuacje, w których odwołujący nie przekazał zamawiającemu załączników, które dołączył do odwołania i które mają merytoryczne znaczenie dla sprawy. Pod pojęciem „treści odwołania” należy rozumieć bowiem ogół informacji na temat istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania okoliczności faktycznych i prawnych, podawanych przez odwołującego, odnoszących się do stawianych zarzutów i podawanych na ich poparcie. Informacje te wcale nie muszą być podawane w samym piśmie stanowiącym odwołanie, ale również mogą być sformułowane w postaci odrębnych dokumentów/dowodów załączanych do odwołania. Istotne jest, aby zamawiający przez otrzymanie kopii odwołania uzyskał wszystkie informacje odnoszące się do jego meritum, pozwalające na ocenę zasadności jego zarzutów i twierdzeń. Jest to związane z instytucją uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Zamawiający może w pełni ocenić zasadność odwołania i zdecydować o jego uwzględnieniu tylko wówczas, gdy będzie posiadał wszystkie tego typu informacje (tak np. w postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2013 roku sygn. akt KIO 2633/13). Analogiczne stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 11 kwietnia 2013 roku sygn. akt XIX Ga 179/13 stwierdzając, iż w świetle obowiązujących przepisów konieczne jest przekazanie wraz z kopią odwołania tych załączników, które są niezbędne do merytorycznego ustosunkowania się zamawiającego do zarzutów.

W ocenie Izby załączniki, które nie zostały przekazane zamawiającemu, stanowią istotne dla sprawy dowody o merytorycznym charakterze. Odwołujący w treści odwołania wskazuje na te dowody, uzasadniając nimi podnoszone zarzuty.

W ocenie Izby odwołujący, okazując wydruk z korespondencji mailowej z wyszczególnionymi 10 załącznikami, nie wykazał, iż przesłał zamawiającemu wszystkie załączniki, które dołączył do odwołania. Waleru dowodu doręczenia zamawiającemu kopii odwołania nie ma bowiem potwierdzenie wysłania wiadomości elektronicznej z systemu odwołującego. Sąd Najwyższy – Izba Cywilna w postanowieniu z dnia 10 grudnia 2003, sygn. akt V CZ 127/03, odnosząc się do kwestii oświadczeń woli składanych drogą elektroniczną, uznał, iż oświadczenie woli w postaci elektronicznej, dokonywane *on line*, zostaje złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, to jest w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych. Samo wyjście wiadomości z serwera nadawcy nie jest zatem równoznaczne z tym, że została ona przyjęta przez serwer odbiorcy.

Z wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 22 października 2009 roku sygn. akt III SA/GI 1067/09 wynika, że składanie i odbieranie oświadczenia woli w postaci elektronicznej wymaga spełnienia określonych wymagań technicznych a także warunków, które umożliwiają wprowadzenie oświadczenia woli do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, aby adresat oświadczenia mógł się zapoznać z jego treścią:

- 1) Wobec tego podstawowym warunkiem składania oświadczeń woli w postaci elektronicznej jest posiadanie przez składającego oświadczenie woli, jak również przez adresata oświadczenia urządzeń elektronicznych, np. komputera, wyposażonych w potrzebne oprogramowanie, które umożliwiają wysyłanie i odbieranie danych na odległość przez Internet, bez obecności nadawcy i adresata oświadczenia oraz przechowywanie i przetwarzanie tych danych w pamięci komputera.
- 2) Drugim, równie ważnym warunkiem jest prawidłowa transmisja danych zawierających oświadczenie między systemami teleinformatycznymi, przede wszystkim za pomocą poczty elektronicznej, a to wymaga korzystania z usług operatora usług telekomunikacyjnych polegających na utworzeniu dla usługobiorcy konta pocztowego (tzw. elektronicznej skrzynki pocztowej) z indywidualnym adresem internetowym, umożliwienia dostępu do Internetu oraz transmisji danych lub sygnałów między zakończeniami sieci telekomunikacyjnej.
- 3) WSA podzielił pogląd wyrażony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 2003 r. sygn. akt I CN 384/01 (baza LEX 358821), że „złożenie oświadczenia woli wyrażonego w postaci elektronicznej – w rozumieniu art. 61 § 2 k.c. w brzmieniu nadanym ustawą z

dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 49, poz. 408) – polega na tym, że oświadczenie jest prawidłowo wprowadzone do urządzenia elektronicznego (komputera) nadawcy, i przekazane przez Internet – za pomocą narzędzi programowych umożliwiających indywidualne wysyłanie i odbieranie danych na odległość – trafia ono do operatora usług telekomunikacyjnych (serwera dostawcy usług internetowych) i od razu jest dostępne dla adresata oświadczenia – posiadacza tzw. elektronicznej skrzynki pocztowej”. Sąd uznał także iż takie rozumienie pojęcia „środków elektronicznych” odpowiada sformułowaniu zawartemu w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r., 98/34/EC (zmienionej przez Dyrektywę nr 98/48/EC z dnia 20 lipca 1998 r.) o zasadach dostarczania informacji o zakresie technicznych standardów i regulacji (tzw. dyrektywa transparentna).

Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 17 kwietnia 2013 roku sygn. akt KIO 750/13 stwierdziła, iż „odwołująca się poprzez złożenie wydruku z korespondencji mailowej wykazała jedynie, że taka informacja została wysłana z należącego do niej adresu mailowego. Nie jest to równoznaczne z odebraniem kopii odwołania przez serwer zamawiającego. Odwołująca się nie przedłożyła raportu potwierdzającego przekazanie rzeczony wiadomości, a – w ocenie Izby – to na niej ciążył obowiązek udowodnienia faktu odebrania maila przez zamawiającego. W interesie odwołującej się było uzyskanie takiego potwierdzenia poprzez – przykładowo – takie ustawienie parametrów poczty, aby można było takie potwierdzenie wygenerować, względnie – poprzez uzyskanie takiego potwierdzenia bezpośrednio od zamawiającego za pomocą innych przekaźników. Odwołująca się nie wykazała, że występowała do zamawiającego z prośbą o potwierdzenie odebrania wiadomości mailowej, a zatem brak jest podstaw do stwierdzenia, iż wiadomość taka została przez zamawiającego odebrana”.

Z powyższego wynika, iż odwołujący w przedmiotowej sprawie okazał jedynie potwierdzenie, iż kopia odwołania z 10 załącznikami została wysłana z jego adresu mailowego. Nie wykazał natomiast, że zamawiający wszystkie załączniki otrzymał. Zamawiający z kolei udowodnił, iż na jego serwer zostało przekazanych 5 załączników. Nie jest to w ocenie Izby sytuacja nadzwyczajna i niemożliwa do przewidzenia. Nieprzesłane załączniki do odwołania były dość obszerne, toteż mogły przekroczyć możliwą do przesłania ilość danych. W interesie odwołującego było upewnienie się, czy wszystkie załączniki zostały przekazane i uzyskanie potwierdzenia tej okoliczności. Z oświadczenia odwołującego złożonego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania wynika,

iż nie dowiadywał się u zamawiającego, czy ten otrzymał całość odwołania i nie występował o potwierdzenie w tym przedmiocie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 5 ust. 3 pkt 2 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.

.....