

Sygn. akt: KIO 1268/11

POSTANOWIENIE
z dnia 29 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Trojanowska**

Członkowie: **Renata Tubisz**

Barbara Bettman

Protokolant: **Mateusz Michalec**

wobec cofnięcia w dniu 29 czerwca 2011 r. przed otwarciem rozprawy odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2011r. przez wykonawcę **Asseco Poland Spółkę Akcyjną z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Ministra Sprawiedliwości Ministerstwo Sprawiedliwości w Warszawie, Al. Ujazdowskie 11**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Asseco Poland Spółkę Akcyjną z siedzibą w Rzeszowie, ul. Olchowa 14** kwoty **13 500 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 **Warszawie**

Przewodniczący:
.....*
.....*

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego przyspieszonego na „Budowę systemu usług elektronicznych MS, w tym uruchomienie usług dla przedsiębiorców i osób fizycznych, poprzez dostęp elektroniczny do wydziałów Krajowego Rejestru Sądowego, Krajowego Rejestru Karnego, Biura Monitora Sądowego i Gospodarczego" zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb-Państwa - Ministra Sprawiedliwości Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie, Al. Ujazdowskie 11 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2011/S 37-060802 w dniu 23 lutego 2011 r.

W dniu 14 czerwca 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i przekazał im kopię odwołania oraz wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 15 czerwca 2011r. faksem zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym wykonawca MIS Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, ul. Berenta 15, wskazując, iż przystępuje po stronie zamawiającego. Zgłaszający przystąpienie wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jako jedyny niewykluczony wykonawca będzie uprawniony do złożenia oferty zamawiającemu. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji zgłaszającego przystąpienie, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia przystąpienia została przekazana odwołującemu i zamawiającemu w dniu.

W formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia wpłynęło do Izby w dniu 21 czerwca 2011r.

Izba stwierdziła, że wykonawca MIS SA z siedzibą we Wrocławiu nie spełnia przesłanek dopuszczalności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłoszenie doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

W przedmiotowej sprawie MIS S.A. z możliwości wniesienia przystąpienia w formie elektronicznej nie skorzystało, co jest bezsporne. Bezsporne jest również to, że zamawiający w dniu 14 czerwca 2011r. powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał do dokonywania przystąpień. Termin zatem na wniesienie przystąpienia do Prezesa Izby upływał w dniu 17 czerwca 2011r. W dniu 15 czerwca 2011r. MIS S.A. przekazał treść przystąpienia do Izby faksem. Jednakże faksowi nie można przypisać atrybutu formy pisemnej. Zgodnie bowiem z art. 73 par. 1 kc stosowanym odpowiednio na podstawie art. 14 ustawy forma pisemna jest zachowana, w przypadku, gdy pod oświadczeniem woli znajdzie się podpis osoby składającej to oświadczenie. Podpis ten ma być podpisem oryginalnym, a

nie odbitym przez urządzenie faksujące. Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. nr 48 poz. 280) stanowiąc, że z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. O ile braki formalne odwołania (w tym nieprawidłowo wniesionego drogą faksową) mogą być naprawione tak w trybie art. 187 ust. 3 – 7 ustawy jak i w trybie odpowiadającym tym przepisom § 9 cytowanego rozporządzenia o tyle ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków zgłoszenia przystąpienia. Stąd też należy wywieść, że przystąpienie nie spełniające wymogów, co do formy wniesienia, terminu, braków formalnych w postaci :

- braku wskazania strony, do której się przystępuje oraz
- interesu w uzyskaniu korzystnego dla strony, do której się przystępuje rozstrzygnięcia, a także
- nie przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu,

nie może być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić przystępującego do udziału w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie przystąpienie spełniające wymogi, co do formy, wskazania strony, interesu oraz przekazania kopii nie zostało wniesione do Prezesa Izby do końca dnia 13 maja 2011r., a więc z uchybieniem terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 zd 1 ustawy. W formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia wpłynęło dopiero w dniu 17 maja 2011r., a więc z uchybieniem 3 dniowego terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 ustawy.

Obowiązku pisemnego wniesienia przystąpienia nie można zastąpić sposobami komunikacji wykonawców z Zamawiającym określonymi w art. 27 ust. 2 ustawy, tj. drogą faksową lub elektroniczną za potwierdzeniem otrzymania, gdyż jedynie do kopii odwołania w art. 180 ust. 5 ustawy ustawodawca dopuścił możliwość przesłania kopii w trybie art. 27 ust. 2 ustawy. Przepis ten natomiast nie został wskazany przez ustawodawcę jako dopuszczalna forma wniesienia przystąpienia ani w treści art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, ani w par. 7, zd. 1 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Izba nie podziela poglądu Odwołującego, co do zawężającego rozumienia interesu przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępujący przystępuje w postępowaniu poniżej progów unijnych, takie zawężenie nie wynika z literalnego brzmienia art. 185 ust. 2 ustawy. Zakładając racjonalność ustawodawcy, gdyby jego wolą było uniemożliwienie składania przystąpień skutkujących kwestionowaniem ofert konkurencyjnych

w postępowaniach poniżej progów, to by takie wyłączenie poczynił, tak jak zrobił to w art. 180 ust. 2 ze środkami ochrony prawnej.

Dodatkowo Izba zauważa, że MIS S.A. nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, gdyż w przedmiotowym postępowaniu występował jako wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, natomiast zgłoszenie przystąpienia nastąpiło wyłącznie w jego imieniu, a nie także w imieniu drugiego z ubiegających się podmiotów.

W dniu 16 czerwca 2011r. bezpośrednio do Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia firmy ComArch Spółki Akcyjnej z siedzibą w Krakowie, Al. Jana Pawła II 39 a. Zgłaszający przystąpienie wskazał, iż przystępuje po stronie odwołującego oraz wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego, gdyż zamawiający naruszył przepisy ustawy i uwzględnienie odwołania umożliwi przywrócenie stanu zgodnego z prawem. Zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia udzielonego przez członka zarządu i prokurenta, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 15 czerwca 2011r.

Izba stwierdziła, że zgłaszający przystąpienie ComArch S.A. z siedzibą w Krakowie nie spełnił przesłanki dopuszczalności przystąpienia wynikającej z art. 185 ust. 3 ustawy. To jest nie wykazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego. Zgłaszający przystąpienie wskazał jedynie, że zamawiający naruszył przepisy ustawy i uwzględnienie odwołania umożliwi przywrócenie stanu zgodnego z prawem. Jednakże nie wykazał na czym polega jego interes w przywróceniu stanu zgodnego z prawem. Odwołanie jak i przystąpienie zmierzają do unieważnienia postępowania. Przy przystąpieniu, w przeciwieństwie do wniesienia odwołania, gdzie odwołujący ma wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, ustawodawca nakazał, aby przystępujący miał interes w dacie zgłaszania przystąpienia. W tej dacie przystępujący nie ubiegał się już o udzielenie zamówienia, gdyż nie został zaproszony do składania ofert i na tę czynność zamawiającego nie składał odwołania. Termin na wniesienie odwołania upłynął dla zgłaszającego przystąpienie w dniu 13 czerwca 2011r., a zatem na 3 dni przed zgłoszeniem przystąpienia. W dniu 16 czerwca 2011r. zgłaszający przystąpienie nie był już uczestnikiem postępowania i korzystne dla odwołującego rozstrzygnięcie nie mogło mieć wpływu na jego sytuację prawną i faktyczną w danym postępowaniu o zamówienie publiczne.

W dniu 3 czerwca 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 13 czerwca 2011r. na tę czynność oraz na zaniechanie unieważnienia postępowania odwołanie wniósł odwołujący.

Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia udzielonego przez zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania. Kopię odwołania odwołujący przekazał zamawiającemu w dniu 13 czerwca 2011r.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

W dniu 29 czerwca 2011r. odwołujący cofnął wniesione odwołanie. Cofnięcie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 maja 2011r. udzielonego przez dwóch członków zarządu, upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem KRS załączonym do odwołania. W uzasadnieniu cofnięcia odwołujący podniósł, że dokonanie czynności cofnięcia wiąże się z pozyskanymi przez niego opiniami prawnymi dotyczącymi braku interesu w uzyskaniu zamówienia i utracie statusu uczestnika postępowania. Odwołujący podkreślił, iż nie zmienia to jego przekonania o zasadności merytorycznej podniesionych zarzutów i oceny konieczności unieważnienia postępowania z uwagi na udział w tym postępowaniu po stronie zamawiającego osoby niezapewniającej bezstronności.

Izba zważyła, co następuje :

Uwzględniając powyższe Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 3 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisów od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238) Izba postanowiła zwrócić na rzecz odwołującego się 90% kwoty uiszczanego wpisu.

Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego stwierdzając, iż brak jest podstawy prawnej do jego uwzględnienia. Podstawa taka nie wynika ze zdania drugiego art. 187 ust. 8 ustawy ani z paragrafu 5 ust. 1 pkt 3 litera 'A' rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisów od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

.....

Członkowie

.....

.....

