

POSTANOWIENIE
z dnia 11 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 11 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2016 r. przez wykonawcę **Almax-Dystrybucja sp. z o.o. w Panieńszczyźnie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową nr 2063 w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Gastromax W. S. R. C. sp. j. w Nasiegniewie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. **znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15.000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Almax-Dystrybucja sp. z o.o. w Panieńszczyźnie, stanowiącej wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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

Jednostka Wojskowa nr 2063 w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zakup i dostawa produktów pochodzenia niezwierzęcego: pieczywa, wyrobów ciastkarskich i ciast, artykułów ogólnospożywczych, warzyw, owoców i nowalijek”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 kwietnia 2016 r., nr 2016/S 076-133376.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wobec:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę Gastromax W. S. R. C. sp. j. w Nasiegniewie,
 - 2) czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez ww. wykonawcę jako najkorzystniejsza,
- wykonawca Almax-Dystrybucja sp. z o.o. w Panieńszczyźnie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł w dniu 30 czerwca 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny ofert oraz próbie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Gastromax W. S. R. C. sp. j. w Nasiegniewie w sytuacji, gdy zawierała ona błędną stawkę podatku VAT części III poz. 5 - baton musli o smaku owocowym,
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp przez uznanie, że oferta odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W oparciu o przywołane zarzuty i przedstawioną w uzasadnieniu odwołania argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) nakazania czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty Gastromax W. S. R. C. sp. j. w Nasiegniewie jako zawierającej błąd w obliczeniu,

4) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w postępowaniu a nie podlegających odrzuceniu.

Na podstawie korespondencji zamawiającego z 4 lipca 2016 r. (pismo nr 2966) oraz załączonych do niej dowodów a także dokumentacji przekazanej przez zamawiającego ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 30 czerwca 2016 r. za pośrednictwem faksu.

W dniu 5 lipca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dotarł faks, w którym wykonawca Gastromax W. S. R. C. sp. j. w Nasiegniewie informuje, iż przystępuje do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. W dniu 7 lipca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dotarło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Gastromax W. S. R. C. sp. j. w Nasiegniewie złożonej w formie pisemnej. Pismo zostało podpisane przez Pana W. S. .

Ustalono także, że 7 lipca 2016 r. zamawiający doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności ustalono, że do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło wprawdzie zgłoszenie przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego wykonawcy Gastromax W. S. R. C. sp. j. w Nasiegniewie, jednakże wniesione po terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. W myśl § 7 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) 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. W przypadku korespondencji przesyłanej faksem lub drogą elektroniczną domniemywa się, że dzień przesłania korespondencji faksem lub drogą elektroniczną jest dniem doręczenia, jeżeli korespondencja została przesłana niezwłocznie również w formie pisemnej.

Jak wynikało z dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przesłał wykonawcy faksem w dniu 30 czerwca 2016 r. Tym samym z ww. chwilą rozpoczął bieg terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął wykonawcy w dniu 4 lipca 2016 r. (uwzględniając fakt, że dzień 3 lipca 2016 r. był dniem wolnym od pracy zgodnie z art.115 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp).

Wskazać w tym miejscu należy, że dla zachowania terminu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego znaczenie ma data doręczenia zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w jednej z form wskazanych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Izba nie mogła wziąć zatem pod uwagę zgłoszenia przesłanego Izbie 5 lipca 2014 r. w formie faksu. Forma taka nie została dopuszczona w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i została wykluczona w świetle §7 rozporządzenia. Jedyne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, które dotarło do Izby w prawidłowej formie tj. formie pisemnej, zostało wniesione dopiero w dniu 7 lipca 2014 roku (prezentata Krajowej Izby Odwoławczej na zgłoszeniu przystąpienia z adnotacją o wpływie pisma).

Izba stwierdziła, że wobec otrzymania w dniu 30 czerwca 2016 roku kopii odwołania wraz z wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym, wniesione w dniu 7 lipca 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Gastromax W. S. R. C. sp. j. w Nasiegniewie zostało wniesione z uchybieniem ustawowego 3 - dniowego terminu do jego wniesienia i skutkuje niedopuszczeniem do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie. W konsekwencji wykonawca ten nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Niezachowanie terminu dla zgłoszenia przystąpienia skutkowało wygaśnięciem prawa do wniesienia tego środka ochrony prawnej, gdyż termin określony w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter terminu zawitego i nie podlega przywróceniu.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia było nieskuteczne również z uwagi na niewskazanie przez wykonawcę w czym upatruje interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść zamawiającego, a także wskutek zaniechania przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu, co jest jednym z warunków formalnych zgłoszenia przystąpienia, wynikających z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Z przywołanego przepisu art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wynika w sposób jednoznaczny, że jednym z elementów pisma, jakim jest zgłoszenie przystąpienia do postępowania

odwoławczego, winno być wskazanie, w czym wykonawca upatruje swego interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia odwołania na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawca w piśmie swym oświadczył jedynie, iż „przystępuje do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego”. Zatem nie wiadomo, jakich korzyści upatruje zgłaszający przystąpienie w tym, aby odwołanie zostało oddalone. Wskazanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia jest elementem istotnym pisma albowiem - jak wynika z przepisu art. 185 ust. 3 ustawy Pzp - ustawodawca przyznaje status uczestnika postępowania wyłącznie wykonawcom, którzy mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Interes ten jest zatem badany przez Izbę. Ponadto, w myśl art. 185 ust. 4 ustawy Pzp, interes ten może być kwestionowany przez strony w drodze opozycji.

Z przywołanego przepisu wynika także w sposób jednoznaczny, że obowiązkiem wykonawcy, który zgłasza przystąpienie do postępowania odwoławczego jest przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia zarówno zamawiającemu jak i odwołującemu. Zgłaszający przystąpienie w żaden sposób nie wykazał faktu przesłania kopii zgłoszenia do odwołującego ani zamawiającego. Ponieważ zgłaszający przystąpienie faktu tego nie wykazał, należało przyjąć, że kopia zgłoszenia przystąpienia nie została przekazana zamawiającemu ani odwołującemu.

Niewskazanie w czym wykonawca upatruje interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony do której przystąpił, a także zaniechanie przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu jest brakiem formalnym zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji usunięcia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego (w przeciwieństwie do instytucji usunięcia braków formalnych odwołania – art. 187 ust. 3 ustawy Pzp). Powyższe skutkowało koniecznością uznania za bezskuteczne zgłoszenia przystąpienia wykonawcy Gastromax W. S. R. C. sp. j. w Nasiegniewie do analizowanego postępowania odwoławczego.

Stwierdzono zatem, że w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Podzielono tym samym, wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie Izby pogląd, iż *Brak skutecznego, tj. zgodnego z art. 185 ust. 2 p.z.p., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego należy traktować jako brak przystąpienia w terminie opisanego w art. 186 ust. 2 ustawy. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie brał udziału żaden wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego* (tak m.in. postanowienie KIO z dnia 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 348/10. Podzielono w omawianym zakresie również stanowisko wyrażane w piśmiennictwie, zgodnie z którym *Wobec braku przepisów ustalających zasady uzupełniania braków formalnych w interwencji ubocznej ich ewentualne wystąpienie sankcjonowane będzie*

odrzucając interwencję (por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz LEX 2010, Komentarz do art. 185 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.).

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca. Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 i art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu, *koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp znosi się wzajemnie.*

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia 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), gdyż uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron. Zgodnie z powołanym przepisem, *w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, a jeżeli uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło po otwarciu rozprawy albo*

rozpoczęciu posiedzenia z udziałem stron, Izba zasądza koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego.

Przewodniczący: