

Sygn. akt: KIO 1764/13

POSTANOWIENIE
z dnia 1 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska - Romek
Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 1 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2013 r. przez wykonawcę **W..... ISS Sp. z o.o. Sp. komandytowo-akcyjna, ul. Leszczyńska 22, 43-300 Bielsko - Biała** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu, ul. Prosta 32, 87 -100 Toruń.**

przy udziale wykonawcy:

S..... Pojazdy Specjalne Sp. z o.o., ul. Bestwińska 105A, 43-346 Bielsko - Biała zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;
2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **W..... ISS Sp. z o.o. Sp. komandytowo-akcyjna, ul. Leszczyńska 22, 43-300 Bielsko - Biała** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej tytułem wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Komendant Wojewódzki Państwowej Straży Pożarnej w Toruniu, działający w imieniu własnym oraz w imieniu i na rzecz innych piętnastu Komend Wojewódzkich Państwowych Straży Pożarnych, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę 16 sztuk średnich samochodów ratownictwa technicznego SRt. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 maja 2013 roku pod poz. 2013/S 097-165551.

W dniu 19 lipca 2013 roku odwołujący – W..... ISS Sp. z o.o. Sp. komandytowo – akcyjna wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności oceny ofert polegającej na zaniechaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy S..... Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. i wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że postępowanie zamawiającego narusza art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 1 pkt 1a w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów podniósł, że S..... Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. (działający uprzednio jako Pojazdy Specjalistyczne Z..... S..... Sp. z o.o.) nie wywiązał się z umowy na dostawę średniego samochodu dowodzenia i łączności sztabowej, zawartej w ramach postępowania ogłoszonego w dniu 20 lipca 2011 roku przez Komendanta Wojewódzkiego PSP w Warszawie. Skutkiem tego zamawiająca komenda odstąpiła od umowy z winy wykonawcy. Podniósł, że Wojewódzka Komenda PSP w Warszawie jest jednym z zamawiających – odbiorców i płatników przedmiotu zamówienia, objętego niniejszym postępowaniem. Ponieważ odwołujący nie miał możliwości uzyskania odpisu akt przedmiotowego postępowania, wniósł o zwrócenie się przez Krajową Izbę Odwoławczą do Komendy Wojewódzkiej w Warszawie o wydanie akt postępowania i przeprowadzenie dowodu z dokumentów na okoliczność braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie 16 sztuk średnich samochodów ratownictwa technicznego SRt przez wykonawcę S..... Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. przez naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 1 a ustawy Pzp. Ponadto odwołujący podniósł, że wykonawca S..... Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Powołując się na własne doświadczenia rynkowe wynikające z analizy przetargów, w których uczestniczył odwołujący oraz przeciwnik, wskazał, że S..... Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. nie ma potencjału technicznego, wiedzy i doświadczenia aby wykonać przedmiotowe zamówienie zgodnie ze standardami oczekiwanymi przez zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty S..... Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert oraz wyboru oferty W..... ISS Spółka z o.o. Spółka komandytowo - akcyjna jako najkorzystniejszej.

W dniu 23 lipca 2013 za pośrednictwem faxu wykonawca S..... Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z jednoczesnym nadaniem tej przesyłki w placówce operatora wyznaczonego. W dniu 24 lipca 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Zamawiający w dniu 25 lipca 2013 roku poinformował, że uwzględnia w całości złożone przez W..... ISS Sp. z o.o. Sp. komandytowo - akcyjna odwołanie i jednocześnie poinformował, że anulowaniu ulega rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania z dnia 9 lipca 2013 roku.

Na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2013 roku zgłaszający przystąpienie S..... Pojazdy Specjalne Sp. z o.o zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania. (pismo wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej dnia 26 lipca 2013 roku). Zgłaszający sprzeciw wniósł o rozpatrzenie odwołania i jego oddalenie, wskazując, że wybór wykonawcy został dokonany zgodnie z przepisami prawa i warunkami siwz. Wniósł o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła, co następuje:

Wobec uznania, że przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłoszone przez S..... Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z uchybieniem ustawowego terminu do jego wniesienia oraz mając na uwadze okoliczność, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że w sprawie ziściły się przesłanki określone w art.186 ust. 2 ustawy Pzp skutkujące koniecznością umorzenia postępowania odwoławczego. Zgodnie z dyspozycją tego przepisu 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. Postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w przypadku zaistnienia wyżej wskazanych okoliczności Izba może także wydać na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, jak to miało miejsce w rozpatrywanym stanie faktycznym. W przypadku umorzenia postępowania zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od daty otrzymania kopii odwołania, przy czym zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu, a jego kopie przesyła zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Izba ustaliła, że w dniu 19 lipca 2013 roku zamawiający przekazał za pośrednictwem poczty elektronicznej wezwanie do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wraz z kopią odwołania złożonego przez W..... ISS Sp. z o.o. Sp. k.a., przesyłając je na adres e-mail wykonawcy S..... Pojazdy Specjalne Sp. z o.o.. Potwierdzeniem tej okoliczności jest znajdujące się w aktach sprawy pismo z dnia 19 lipca 2013 roku wraz z wydrukiem z poczty elektronicznej, z którego wynika data przekazania dnia 19 lipca godz. 11:49 wiadomości na adres e-mail biuro@psszczesniak.pl oraz potwierdzenie odczytania tej wiadomości przez adresata dnia 23 lipca 2013 roku godz.8:49. W dniu 22 lipca 2013 roku wykonawca S..... Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. potwierdził otrzymanie w formie pisemnej kopii odwołania (dowód: potwierdzenie odbioru w aktach sprawy).

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie przewidzianej w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp w dniu 24 lipca 2013 roku. 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 formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu. Nie można zatem uznać, że wniesienie przystąpienia nastąpiło w dniu 23 lipca 2013 roku tj. w dniu przekazania zgłoszenia w formie faxu.

Izba stwierdziła, że wobec przekazania w dniu 19 lipca 2013 roku, w formie elektronicznej kopii odwołania wraz wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym, wniesione w dniu 24 lipca 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę S..... Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. 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, a zgłoszony przez niego sprzeciw wobec uwzględnienia przez

zamawiającego zarzutów odwołania nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Podkreślić należy także, że wezwanie do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, nie konwaliduje braku skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego. Termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu a jego niedochowanie powoduje utratę prawa do udziału w postępowaniu odwoławczym i uzyskania statusu uczestnika postępowania odwoławczego. Uzasadniając liczenie terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego od dnia 19 lipca 2013 roku tj. od dnia przekazania informacji o wniesionym odwołaniu oraz kopii odwołania za pośrednictwem poczty elektronicznej na adres zgłaszającego przystąpienie wykonawcy, przywołać należy kwalifikowaną teorię doręczeń, wynikającą z dyspozycji art. 61§ 1 kodeksu cywilnego, zgodnie z którą 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. Dodatkowo wskazać należy na treść art. 61 § 2 kodeksu cywilnego, który określa samodzielną normę zapoznania się z treścią oświadczenia woli złożonego w postaci elektronicznej. W przypadku oświadczeń woli złożonych innej osobie wyrażonych w postaci elektronicznej ustawodawca przyjął, że oświadczenie to jest złożone z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Jako chwilę złożenia oświadczenia w postaci elektronicznej należy przyjąć moment przejścia komunikatu do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, a konkretnie - chwilę przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych (podobnie: postanowienie SN z dnia 10 grudnia 2003 r., V CZ 127/03, OSNC 2005, nr 1, poz. 12, z aprobowaną glosą A. Koniewicza, OSP 2005, z.6, poz.76 – źródło: Legalis). Podkreślić należy, że adresata wiadomości obciążają negatywne konsekwencje niezapoznania się z otrzymaną drogą elektroniczną informacją. Dla oceny skuteczności złożenia oświadczenia istotne jest to czy adresat miał możliwość zapoznania się z jego treścią a nie data faktycznego zapoznania się z treścią tej informacji. Co do zasady dowód wprowadzenia oświadczenia do środka komunikacji elektronicznej pociąga za sobą domniemanie faktyczne, że adresat mógł zapoznać się z treścią komunikatu, zaś ciężar dowodu, że adresat z uzasadnionych względów nie mógł zapoznać się z oświadczeniem spoczywa na odbiorcy wiadomości. Przenosząc powyższe rozważania na rozpatrywany stan faktyczny, wskazać należy, że zamawiający przedstawił wiarygodny dowód, z którego wynika że w dniu 19 lipca 2013 roku wprowadził do środka komunikacji elektronicznej i przekazał na adres e- mail zgłaszającego przystąpienie wykonawcy S..... Pojazdy Specjalne Sp. z o.o. informację o wniesieniu odwołania wraz z kopią odwołania. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia kwestii terminowości zgłoszenia przystąpienia do postępowania

odwoławczego pozostaje data faktycznego odczytania przekazanej wiadomości i zapoznania się z jej treścią w dniu 23 lipca 2013 roku. Wykonawca w toku posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą nie zaprzeczył okoliczności, że wiadomość przekazana na jego adres e-mail, podany w ofercie tego wykonawcy, dotarła na serwer pocztowy wykonawcy w dniu 19 lipca 2013 roku, nie przedstawił także żadnego dowodu na okoliczność istnienia obiektywnych względów, które uniemożliwiły mu zapoznanie się z treścią przekazanej informacji. Zgłaszający przystąpienie wykonawca wskazywał jedynie, że z treścią tej informacji zapoznał się faktycznie dopiero w dniu 23 lipca 2013 roku.

Podnieść także należy, że wskazany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) sposób porozumiewania się z wykonawcami: pisemnie lub za pośrednictwem faxu dotyczy wyłącznie oświadczeń, wniosków, zawiadomień i informacji przekazywanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie ma zastosowania do postępowania odwoławczego. Zdaniem Izby, ogólne reguły, wynikające z art. 27 ust.1 i 2 ustawy Pzp dotyczące wskazania sposobu porozumiewania się między wykonawcami a zamawiającym znajdują zastosowanie w odniesieniu do środków ochrony prawnej, zawartych w dziale VI ustawy pzp, jedynie w sytuacjach, gdy ustawodawca wprost tak postanowi. Dla przykładu wskazać należy na treść w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca w zakresie przekazania kopii odwołania zamawiającemu wskazał wprost na zastosowanie art. 27 ust. 2 ustawy Pzp. *A contrario*, skoro w przypadku art. 185 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca nie przewidział analogicznego zastosowania dyspozycji art. 27 ust. 1 i 2 ustawy Pzp to należy przyjąć, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp, dla liczenia terminu przekazania kopii odwołania wykonawcom znajduje zastosowanie omawiana wyżej kwalifikowana teoria doręczeń, wynikająca z art. 61 § 1 i 2 kodeksu cywilnego i bez znaczenia pozostaje podany przez zamawiającego w siwz sposób porozumiewania się z wykonawcami.

Mając na uwadze powyższe, postanowiono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), z którego wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron lub rozprawy, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

W oparciu o § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

.....