

POSTANOWIENIE
z dnia 27 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 27 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2011 r. przez wykonawcę **JM-TRONIC sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **EnergiaPro S.A. we Wrocławiu**, działającą we własnym imieniu i na własną rzecz, a także w imieniu własnym i na rzecz **Enion S.A. w Krakowie** oraz **Tauron Ekoenergia sp. z o.o. w Jeleniej Górze**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych) na rzecz **JM-TRONIC sp. z o.o. w Warszawie** 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 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

EnergiaPro S.A. we Wrocławiu, działająca we własnym imieniu i na własną rzecz, a także, na podstawie udzielonych pełnomocnictw, w imieniu własnym i na rzecz Enion S.A. w Krakowie oraz Tauron Ekoenergia sp. z o.o. w Jeleniej Górze, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę wyłączników SN na potrzeby EnergiaPro S.A., ENION S.A. i TAURON Ekoenergia sp. z o.o.”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 23 lutego 2011 r. pod numerem 2011/S 37-060855.

W dniu 16 maja 2011 r., za pośrednictwem faksu, zamawiający przesłał wykonawcy JM-TRONIC sp. z o.o. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym” wezwanie do przesłania sprawozdań z badań na podstawie których został wystawiony certyfikat nr/np. 0790/NBR/06; L0278/98; 00380.

Wobec powyższej czynności zamawiającego odwołujący wniósł w dniu 19 maja 2011r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. W odwołaniu tym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niezasadne wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów. W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów, uznanie jej za bezzasadną, uznanie oferty odwołującego za zgodną z wymaganiami zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania ustalono także, iż zamawiający w dniu 19 maja 2011 r. drogą elektroniczną przesłał wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia ABB sp. z o.o. w Warszawie, zwanemu dalej „przystępującym” wezwanie do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wraz z kopią odwołania. W dniu 23 maja 2011 r. przystępujący zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia przez wykonawcę JM-TRONIC sp. z o.o. w Warszawie odwołania po stronie zamawiającego. W treści zgłoszenia przystąpienia

przystępujący oświadczył, iż przekazał zamawiającemu i odwołującemu kopię zgłoszenia przystąpienia. Do zgłoszenia przystąpienia nie załączył dowodu przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu.

Ustalono także, że w dniu 23 maja 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo zamawiającego (znak: UZ/AL.-2911-7(10)/2011/502) dotyczące uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Pismo to zostało podpisane przez Pana Macieja Z., umocowanego do podpisywania w imieniu zamawiającego dokumentów i korespondencji wynikających z prowadzonych przez Biuro Zamówień Publicznych Energia Pro S.A. procedur udzielania zamówień, na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez Energia Pro S.A. z dnia 27.10.2009 r. Zamawiający w powyższym piśmie wskazał, iż odwołanie wykonawcy JM-TRONIC sp. z o.o. w Warszawie zostało uwzględnione w całości.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego ustalono ponadto, że przystępujący kopię zgłoszenia przystąpienia doręczył zamawiającemu w dniu 24 maja 2011 r. Odwołujący, w trakcie posiedzenia w dniu 27 maja 2011 r. oświadczył, iż nie otrzymał od przystępującego kopii zgłoszenia przystąpienia. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp 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. Literalna wykładnia ww. przepisu prowadzi do wniosku, iż jedną z przesłanek skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego jest przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia zarówno zamawiającemu jak i wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Co do znaczenia faktu przesłania kopii zgłoszenia stronom postępowania odwoławczego podzielono stanowisko zaprezentowane w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 października 2009 roku (sygn. akt XXIII Ga 634/09 niepubl.), które zachowuje aktualność w obecnym stanie prawnym. W orzeczeniu tym wskazano, że celem przekazania kopii zgłoszenia jest umożliwienie wszystkim uczestnikom sporu zapoznania się ze stanowiskiem przedstawionym w zgłoszeniu jeszcze w trakcie przygotowania się do rozprawy. Celem zgłoszenia przystąpienia nie jest bowiem wyłącznie ustalenie kręgu uczestników postępowania, lecz umożliwienie stronom odpowiednio wcześniejszego zapoznania się z argumentacją zgłaszającego przystąpienie. Cel ten może być spełniony wyłącznie jeśli kopia zgłoszenia przystąpienia zostanie przekazana stronom postępowania.

Sąd Okręgowy uznał za nietrafny pogląd o braku znaczenia obowiązku przekazania kopii „nie można traktować określonych tam (tj. w ustawie Pzp) wymagań jako wymagania, których można nie spełnić (...). Przyjęcie poglądu odmiennego prowadziłoby wprost do wybiórczego i dowolnego interpretowania ustawy w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej.”

Nie ulegało wątpliwości, iż przystępujący przesłał kopię zgłoszenia zamawiającemu, zaś kopia ta została doręczona zamawiającemu w dniu 24 maja 2011 r. Natomiast wobec przeciwnych oświadczeń przystępującego (w zgłoszeniu przystąpienia) i odwołującego (w trakcie posiedzenia) co do faktu przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu, Izba stwierdziła, iż ciężar dowodu co do tej okoliczności obciążał przystępującego, stosownie do przepisu art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 6 KC. Stosownie do przywoływanego przepisu, ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. To przystępujący, z faktu przesłania kopii zgłoszenia odwołującemu wywodził skutek prawny w postaci skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wobec oświadczenia odwołującego złożonego w trakcie posiedzenia, iż nie otrzymał on kopii zgłoszenia przystąpienia, zgłaszający przystąpienie powinien wykazać stosownym dowodem sporną okoliczność. Fakt przesłania kopii zgłoszenia nie został wykazany przez przystępującego ani w treści zgłoszenia przystąpienia ani w trakcie posiedzenia, na które przystępujący nie stawił się, pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie. Przystępujący nie wykazał też, iż nastąpiło opóźnienie w doręczeniu korespondencji odwołującemu z przyczyn niezależnych od przystępującego. Na marginesie zauważyć należy, że korespondencję przesłaną przez przystępującego zamawiającemu również w dniu 23 maja 2011 r. ten ostatni otrzymał już w dniu 24 maja 2011 r.

W tej sytuacji, wobec niewykazania przesłanek skuteczności zgłoszenia przystąpienia o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy ABB sp. z o.o. w Warszawie było nieskuteczne. W konsekwencji, wskutek niespełnienia formalnych przesłanek zgłoszenia przystąpienia, wykonawca ABB sp. z o.o. w Warszawie nie stał się uczestnikiem postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 185 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego, nawet ewentualne złożenie przez przystępującego oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, do którego został wezwany pismem z dnia 24 maja 2011 r., nie będzie mogło zostać uznane za skuteczne. Prawo do wniesienia sprzeciwu przysługuje bowiem jedynie uczestnikowi postępowania, który przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759 ze zm.). 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.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę na skutek uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

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), zgodnie z którym, 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.

W związku z powyższym, Izba, na podstawie art. 186 ust. 2, art. 186 ust. 6 pkt 1, art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła jak na wstępie.

Przewodniczący: