

Sygn. akt: KIO 2317/19

POSTANOWIENIE

z dnia 27 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**
Piotr Kozłowski
Emil Kuriata

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 27 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2019 r. przez wykonawcę **Mitsubishi Hitachi Power Systems Europe GmbH, Schifferstrasse 80, 47059 Duisburg, Niemcy** w postępowaniu prowadzonym przez **Enea Elektrownia Połaniec S.A., Zawada 26, 28-230 Połaniec**

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Mitsubishi Hitachi Power Systems Europe GmbH, Schifferstrasse 80, 47059 Duisburg, Niemcy** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący :

.....

.....

U z a s a d n i e

Enea Elektrownia Połaniec S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa wkładów katalitycznych dla instalacji katalitycznego odazotowania spalin bloków energetycznych w Enea Połaniec S.A.”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 lipca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2019/S 129-317507.

W dniu 15 listopada 2019 r. wykonawca Mitsubishi Hitachi Power Systems Europe GmbH (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Laborelec, zaniechania wykluczenia wykonawcy Laborelec z postępowania i zaniechania odrzucenia jego oferty, jak również zaniechania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Laborelec, który na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, bowiem finalnie należy uznać, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp);
- 2) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez potraktowanie wykonawcy Laborelec w sposób naruszający zasady równego traktowania, wobec przyjęcia oferty tego wykonawcy z naruszeniem zasad dostępu do postępowania określonych przez Zamawiającego;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Laborelec, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji,
- 4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowienia badania i oceny ofert, zaś na etapie ponownej oceny, odrzucenia oferty wykonawcy Laborelec, oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

3. zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego według norm przepisanych wraz z innymi uzasadnionymi kosztami uczestnika postępowania odwoławczego według spisu kosztów przedłożonego przed zamknięciem rozprawy.

W dniu 18 listopada 2019 r. wykonawca Laborelec przekazał za pomocą faksu zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (faks w aktach sprawy). W tym samym dniu zgłoszenie przystąpienia w formie pisemnej zostało nadane drogą pocztową (koperta w aktach sprawy). Zgłoszenie przystąpienia w formie pisemnej wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 26 listopada 2019 r. (prezentata na piśmie).

Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Laborelec do postępowania odwoławczego jest nieskuteczne, bowiem zostało 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 postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Szczególną formę wniesienia odwołania oraz zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przewiduje również rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.). W §7 ww. rozporządzenia zastrzeżono, że korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, z wyjątkiem wniesienia odwołania oraz zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę.

Jak wynika z dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego, Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przesłał wykonawcy Laborelec za pomocą platformy EB2B i emailiem w dniu 15 listopada 2019 r. (okoliczność przyznana przez wykonawcę w piśmie z dnia 18 listopada 2019 r.). Tym samym, z ww. chwilą rozpoczął bieg termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął wykonawcy w dniu 18 listopada 2019 r. 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 i §7 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (patrz: postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 kwietnia 2011 r., sygn. akt XIX Ga 169/11, wyrok Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 23 maja 2011 r., sygn. akt II Ca 220/11, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1162/16, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2019 r., sygn. akt KIO 2150/19). Izba nie mogła wziąć zatem pod uwagę zgłoszenia przesłanego Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2019 r. w formie faksu. Forma taka nie została dopuszczona w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i została wykluczona w świetle §7 ww. rozporządzenia.

Jedyne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Laborelec, które dotarło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w prawidłowej formie, tj. w formie pisemnej, wpłynęło w dniu 26 listopada 2019 r. (prezentata Krajowej Izby Odwoławczej na zgłoszeniu przystąpienia z adnotacją o wpływie pisma). Wprawdzie pismo ze zgłoszeniem przystąpienia zostało nadane drogą pocztową w dniu 18 listopada 2019 r. (stempel na kopercie), jednakże ustawa Pzp jednoznacznie nie łączy żadnych skutków z nadaniem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej, inaczej niż w przypadku innych pism (por. przykładowo przepis art. 198b ust. 2 ustawy Pzp, który ze złożeniem skargi na orzeczenie Izby w placówce pocztowej operatora wyznaczonego łączy skutki wniesienia skargi do sądu). Powyższe stanowisko jest ugruntowane i prezentowane jednolicie w orzecznictwie Izby. Prawidłowość tego stanowiska, na tle analogicznych przepisów ustawy Pzp dotyczących wniesienia odwołania, potwierdza również uchwała Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r., sygn. akt II CZP 90/13, w której stwierdził, że nie ma znaczenia dla zachowania terminu do wniesienia odwołania okoliczność, kiedy pismo z odwołaniem zostanie złożone w placówce operatora wyznaczonego.

Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Laborelec zostało wniesione z uchybieniem ustawowego 3 - dniowego terminu do jego złożenia, co skutkuje niedopuszczeniem do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie. 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 (np. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1764/13, postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 79/14).

W dniu 22 listopada 2019 r. pocztą elektroniczną oraz w dniu 25 listopada 2019 r. w formie pisemnej wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie Zamawiającego, że uwzględnia odwołanie w całości.

W świetle oświadczenia Zamawiającego, wobec braku skutecznego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła postępowanie odwoławcze umorzyć.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a 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. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :

.....

.....