

POSTANOWIENIE
z dnia 17 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 17 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2013 r. przez **LARIX Sp. z o.o., ul. Korfanteo 42, 49-100 Niemodlin** od czynności zamawiającego, którym jest **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Brzeg ul. Kilińskiego 1, 49-300 Brzeg**

orzeka:

- 1. odrzuca odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża LARIX Sp. z o.o., ul. Korfanteo 42, 49-100 Niemodlin i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez LARIX Sp. z o.o., ul. Korfanteo 42, 49-100 Niemodlin tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Brzeg (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługi leśne z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Brzeg w latach 2014-2015” w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 31 grudnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy LARIX Sp. z o.o., ul. Korfantego 42, 49-100 Niemodlin (dalej „odwołujący”) wobec:

1. uznania, że oferta Szymona G. G3 Pol na pakiet nr 3 spełnia wymogi pkt. 8.1.2) i 3) Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia pomimo, że wykazane przez tego wykonawcę usługi na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji we Wrocławiu nie są wymaganymi przez SIWZ usługami leśnymi i mimo nie wykazania, że wykonawca ten dysponuje wymaganym przez SIWZ sprzętem służącym do rozdrabniania pozostałości pozrębowych,
2. zaniechania wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia oferty o dokumenty, że wykazane usługi na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji we Wrocławiu były usługami leśnymi i zostały wykonane należycie oraz o dokumenty dotyczące typu ciągników oraz rozdrabniaczy, a także dowody własności sprzętu wykazanego jako własny,
3. zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz uznania jego oferty za odrzuconą mimo złożenia nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania, że wykonane usługi na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji we Wrocławiu były usługami leśnymi oraz pomimo nie wykazania że ww. wykonawca spełnia określone w SIWZ warunki udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W odwołaniu (pismo z dnia 30 grudnia 2013 r.) odwołujący oświadczył, że „zawiadomienie o wyborze oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej na pakiet nr 3 otrzymał w dniu 18 grudnia 2013 r.”

Pismami z dnia 8 stycznia 2014 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej skierował tak

do odwołującego, jak i do zamawiającego prośbę o wskazanie terminu przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania wraz z dokumentami potwierdzającymi ten termin oraz o wskazanie sposobu, w jaki informacja ta została przesłana.

Odpowiadając na pismo Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w piśmie z dnia 9 stycznia 2014 r., odwołujący oświadczył, że "zawiadomienie o wyborze ofert w przedmiotowym postępowaniu spółka nasza otrzymała w dniu 2013-12-18". Załączył także wyciąg z księgi korespondencyjnej, gdzie pod poz. 263/13 z 18.12.2013 r. wpisano jako nadawcę korespondencji z 17.12.2013 r. Nadleśnictwo Brzeg (w treści korespondencji zaś: „dot. zawiadomienia o wyborze oferty wykonawcy wg rozdzielnika”). Odwołujący załączył także kserokopię koperty, w której korespondencję otrzymał, z pieczęcią nadania w dniu 17 grudnia 2013 r.

Odpowiadając na pismo Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w piśmie z dnia 9 stycznia 2014 r., zamawiający oświadczył natomiast, że „informację o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania przesłał do wykonawców za pomocą poczty elektronicznej oraz pisemnie w dniu 17 grudnia 2013 r.” Na potwierdzenie przesłania informacji w dniu 17 grudnia 2013 r. zamawiający załączył rozdzielnik, zgodnie z którym do wykonawców, w tym odwołującego, wysłano zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 3 via faks/mail - wskazano godzinę przesłania, tj. 12:53 oraz pocztą.

Zamawiający przekazał także wydruk przesłania pliku oznaczonego jako „20131217113206.pdf” z adresu: grazyna.kowacka@katowice.lasy.gov.pl m.in. na adres: biuro@larixniemodlin.pl

Jak ustalił skład orzekający Izby adres docelowy to adres e-mail odwołującego wskazany w ofercie (nagłówek papieru firmowego).

Bezsporny był fakt, że odwołujący otrzymał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 3 pocztą.

Spornym był natomiast fakt otrzymania tego zawiadomienie przez odwołującego drogą elektroniczną w dniu 17 grudnia 2013 r.

Zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego, znajdującego zastosowanie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego stosownie do art. 14 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”], ciężar dowodu spoczywa na osobie, która z wykazywanego faktu wywodzi skutki prawne. Wobec przedłożenia przez zamawiającego dowodu w postaci wydruku przesłania,

poprzez e-mail, załącznika z poczty nadawcy, tj. Grażyny K. do poczty odbiorcy, tj. biura spółki Larix w dniu 17 grudnia 2013 r. o godz. 12:53, na odwołującym spoczywał ciężar udowodnienia, że przedmiotowej wiadomości e-mail nie otrzymał, czego odwołujący nie uczynił.

W tej sytuacji, w ocenie składu orzekającego Izby zamawiający w dostateczny sposób udowodnił, że przesłał w dniu 17 grudnia 2013 r. o godz. 12:53 wiadomość e-mail do odwołującego.

Ustalenie sposobu przesłania przez zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 3 jest niezbędne dla ustalenia terminu na wniesienie odwołania na wskazaną czynność zamawiającego. Zgodnie bowiem z przepisem art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób (fakt, że postępowanie dotyczy przypadku, gdy wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp nie był sporny).

Wskazać przy tym należy, że w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca wskazał dwa sposoby przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień, informacji: faksem lub drogą elektroniczną, zaś sam art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp uzależnia termin na wniesienie odwołania od sposobu przesłania informacji stanowiącej podstawę wniesienia odwołania, niezależnie od sposobu przekazywania innych informacji w toku postępowania. Przesłanie wiadomości drogą elektroniczną umożliwiło odwołującemu pozyskanie informacji o czynności zamawiającego od momentu jej przesłania, stąd krótszy (10 dni) niż w przypadku przesłania informacji pocztą (15 dni) termin na wniesienie odwołania.

Użycie e-mail, którym posłużył się zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, niezależnie od przesłania zawiadomienia pocztą, jest niewątpliwie jednym ze sposobów, o którym mowa w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, tj. jest użyciem drogi elektronicznej. Oznacza to, uwzględniając wartość przedmiotowego zamówienia powyżej tzw. progów unijnych, iż termin na wniesienie odwołania wynosił 10 dni od dnia przesłania wiadomości e-mail, zawierającej zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 3, tj. od dnia 17 grudnia 2013 r. i w konsekwencji upływał w dniu 27 grudnia 2013 r.

Dostrzeżenia wymaga także, że w toku przedmiotowego postępowania zamawiający trzykrotnie kierował do odwołującego korespondencję i każdorazowo kierował ją na adres biuro@larixniemodlin.pl oraz dodatkowo pocztą: w dniu 21 listopada 2013 r., przekazując pismo z dnia 20 listopada 2013 r. stanowiące wyjaśnienie treści SIWZ (e-mail z 21.11.2013 r. godz. 09:44), w dniu 17 grudnia 2013 r., przekazując informację o wyborze

oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr 3 (e-mail z 17.12.2013 r. godz. 12:53) oraz w dniu 27 grudnia 2013 r., przekazując odpowiedź na pismo odwołującego z dnia 23 grudnia 2013 r. – prośba o udzielenie informacji w sprawie przyczyn wyboru oferty konkurencyjnego wykonawcy (e-mail z 27.12.2013 r. godz. 08:55). Podnieść także należy, że fakt kierowania przez zamawiającego korespondencji również inną drogą niż poczta wynikał każdorazowo z treści samych pism, ponieważ każde z nich (w dolnej części pism) zawierało informację o sposobach, w jaki pismo zostało przekazane, tj. faksem/e-mailem oraz pisemnie.

Na podstawie powyższego skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie wniesione przez wykonawcę LARIX Sp. z o.o., ul. Korfanteo 42, 49-100 Niemodlin podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ zostało wniesione w dniu 31 grudnia 2013 r. z uchybieniem terminu, który w tym przypadku, ze względu na przesłanie informacji stanowiącej podstawę wniesienia odwołania drogą elektroniczną w dniu 17 grudnia 2013 r. W konsekwencji uznać należy, że termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 27 grudnia 2013 r.

Termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym, nie podlegającym przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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 art. 189 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy Pzp postanowienie wydano po przeprowadzeniu posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

W oparciu o § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 z późn. zm.), 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: