

Sygn. akt: KIO 1983/13

POSTANOWIENIE
z dnia 23 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 23 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Grupa Gumułka-Audyt sp. z o.o. w Katowicach** oraz **InfoAudit sp. z o.o. w Warszawie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **DPC A. D. i Spółka sp.j. w Opolu** oraz **Kontafin sp. z o.o. w Siedlcach**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Centrum Rozwoju Administracji sp. z o.o. w Szczecinie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

w postępowaniu prowadzonym przez **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości w Warszawie**

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 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Grupa Gumułka-Audyt sp. z o.o. w Katowicach oraz **InfoAudit 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 9 sierpnia 2013 r., poz. 907) 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

Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, 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 (Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „audyt Regionalnych Instytucji Finansujących za poszczególne kwartały lat 2013-2014”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2013 r. nr 2013/S 104-178501. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 6 sierpnia 2013 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu i poczty elektronicznej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Grupa Gumułka-Audyt sp. z o.o. w Katowicach oraz InfoAudit sp. z o.o. w Warszawie, zwanych dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia DPC A. D. i Spółka sp.j. w Opolu oraz Kontafin sp. z o.o. w Siedlcach, zwanego dalej „wykonawcą D.”.

Wobec zaniechania czynności wezwania wykonawcy D. do uzupełnienia dokumentów celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisanego w §6 ust. 1 pkt 2 SIWZ oraz warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, opisanego w § 6 ust. 1 pkt 3 lit. c SIWZ, odwołujący wniósł w dniu 14 sierpnia 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy D. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunków udziału w postępowaniu oraz w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W oparciu o przywołane zarzuty i przedstawioną w uzasadnieniu odwołania argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności badania i oceny ofert, a także powtórzenia czynności badania i oceny ofert i powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej

spośród ofert niepodlegających odrzuceniu - przy uwzględnieniu wniosków płynących z rozstrzygnięcia odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 14 sierpnia 2013 r. pocztą elektroniczną.

W dniu 16 sierpnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego wykonawcy Centrum Rozwoju Administracji sp. z o.o. w Szczecinie.

W dniu 19 sierpnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie faksu wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy D. W dniu 20 sierpnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy D.

Ustalono także, że 23 sierpnia 2013 r., przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie (pismo znak: BZP-0-270-11/13/MG/008783/2013), w której zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

W pierwszej kolejności stwierdzono, że do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło wprawdzie zgłoszenie przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego wykonawcy D, 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.

Jak wynikało z dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał wykonawcy D. w dniu 14 sierpnia 2013 r. pocztą elektroniczną. Taka forma porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami została przez zamawiającego przewidziana w §7 ust. 3 SIWZ. W tym dniu zamawiający przesłał wykonawcy skan odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego na adres poczty elektronicznej wskazany w ofercie tj. biuro@dpconsulting.pl. Jak wynika z raportu transmisji mailowej wiadomość została skutecznie dostarczona na ww. skrzynkę pocztową w tym dniu. Tym samym z ww. chwilą rozpoczął bieg termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Uzasadniając liczenie terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego od dnia 14 sierpnia 2013 roku, tj. od dnia skutecznego 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 w zw. z art. 14 ustawy Pzp, 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 14 sierpnia 2013 roku wprowadził do środka komunikacji elektronicznej i przekazał skutecznie na adres e-mail zgłaszającego przystąpienie wykonawcy D. 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.

Biorąc powyższe pod uwagę termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął wykonawcy w dniu 17 sierpnia 2013 r. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie przewidzianej w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp w dniu 20 sierpnia 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 19 sierpnia 2013 roku tj. w dniu przekazania zgłoszenia w formie faxu.

Izba stwierdziła, że wobec otrzymania w dniu 14 sierpnia 2013 roku, w formie elektronicznej kopii odwołania wraz wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym, wniesione w dniu 20 sierpnia 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę D. 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.

Stwierdzono zatem, że w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił w terminie 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).*

Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. 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.

W związku z powyższym Izba, na podstawie art. 186 ust. 2, art. 186 ust. 6 pkt 1, art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, oraz § 13 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 13 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), postanowiła jak na wstępie.

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 przed rozpoczęciem posiedzenia z udziałem stron Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Przewodniczący: