

Sygn. akt: KIO 1271/17

POSTANOWIENIE
z dnia 4 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 4 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **Getinge Poland sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce z siedzibą w Ostrołęce**

przy udziale wykonawcy **A. A.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **A. A., AMED Biuro Techniczno-Handlowe w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Sterimed sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. znieść wzajemnie koszty postępowania odwoławczego i nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 10.000,00 zł (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Getinge Poland 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 2015 r. poz. 2164 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 **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Mazowiecki Szpital Specjalistyczny im. dr. Józefa Psarskiego w Ostrołęce z siedzibą w Ostrołęce, zwany 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 (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „modernizacja centralnej sterylizatorni wraz z zakupem wyposażenia”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych Europejskiej 16 czerwca 2017 r. poz. 533834.

Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na opisanu przedmiotu zamówienia wykonawca Getinge Poland sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”, wniósł 21 czerwca 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 i art. 15 ust 1 pkt. 3 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści SIWZ zgodnie z żądaniami zawartymi w uzasadnieniu odwołania.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego ustalono, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazał innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu 23 maja 2017 r. zamieszczając je na swej stronie internetowej.

Do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, w dniu 26 czerwca 2017 r., zachowując termin na zgłoszenie przystąpienia oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca A. A., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A. A., AMED Biuro Techniczno-Handlowe w Warszawie, zwany dalej „przystępującym AMED”.

Do postępowania odwoławczego, po stronie odwołującego, w dniu 28 czerwca 2017 r., wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca Sterimed sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „przystępującym Sterimed”.

Ustalono także, że 28 czerwca 2017 r., przed otwarciem rozprawy, zamawiający doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie, że uwzględni odwołanie.

Ustalono także, że 28 czerwca 2017 r. wykonawca A. A., AMED Biuro Techniczno-Handlowe w Warszawie został wezwany na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania pod rygorem umorzenia postępowania. Wykonawca A. A., AMED Biuro Techniczno-Handlowe w Warszawie potwierdził fakt otrzymania faksem ww. wezwania.

W określonym terminie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło oświadczenie wykonawcy A. A., AMED Biuro Techniczno-Handlowe w Warszawie w przedmiocie wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę A. A., AMED Biuro Techniczno-Handlowe w Warszawie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

W następnej kolejności Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Sterimed sp. z o.o. w Warszawie.

Stosownie do art. 185 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zgodnie zaś z art. 185 ust. 2 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 postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Odwołanie dotyczyło treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba ustaliła, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym zamieścił na swej stronie internetowej w dniu 23 czerwca 2017 r. Zgłoszenie

przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Sterimed zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2017 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. Nie można zatem uznać, że wniesienie przystąpienia nastąpiło w dniu 27 czerwca 2017 r. tj. w dniu nadania zgłoszenia do Prezesa Izby w placówce pocztowej.

Izba stwierdziła, że wobec zamieszczenia w dniu 23 czerwca 2017 r., kopii odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym na stronie internetowej zamawiającego, wniesione w dniu 28 czerwca 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Sterimed sp. z o.o. w Warszawie zostało wniesione z uchybieniem ustawowego 3 - dniowego terminu do jego wniesienia i skutkuje niedopuszczeniem zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym. W konsekwencji wykonawca ten nie jest uczestnikiem 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 odwoławczych od dnia 23 czerwca 2017 roku tj. od dnia przekazania informacji o wniesionym odwołaniu oraz kopii odwołania za pośrednictwem strony internetowej zamawiającego, 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. Podkreślić należy, że adresata wiadomości obciążają negatywne konsekwencje niezapoznania się z informacją otrzymaną drogą elektroniczną. 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.

Na rozstrzygnięcie Izby co do niedopuszczenia do udziału w postępowaniu odwoławczym nie służy odrębny środek zaskarżenia. Z kolei, jak wynika z art. 196 ust. 5 Pzp, orzeczenia Izby doręcza się wyłącznie stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom. Wykonawca, który zgłosił nieskuteczne zgłoszenie do postępowania odwoławczego nie posiada statusu uczestnika postępowania, zatem w myśl ww. przepisu nie ma obowiązku doręczenia mu orzeczenia Izby. Jednakże, jak wynika z art. 198b ust. 2 ustawy Pzp, doręczenie orzeczenia Izby jest warunkiem koniecznym dla wniesienia skargi. Zgodnie bowiem z tym przepisem skargę wnosi się w terminie 7 dni od dnia doręczenia orzeczenia Izby.

Obecna regulacja powoduje, że rozstrzygnięcia Izby co do niedopuszczenia zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego nie podlegają sądowej weryfikacji na żadnym etapie. Nie służy bowiem wobec niego odrębny środek zaskarżenia i niemożliwe jest wniesienie skargi do Sądu na końcowe orzeczenie Izby. Rozstrzygnięcia te należy uznać za doniosłe, gdyż zamykają zgłaszającemu przystąpienie drogę do Sądu. Dotychczasowa regulacja wydaje się być zatem sprzeczna z konstytucyjną zasadą dostępu strony do Sądu.

Wobec powyższego w sentencji postanowienia oznaczono Sterimed sp. z o.o. w Warszawie, jako uczestnika postępowania, choć w ocenie Izby nie posiada on takiego statusu, wyłącznie po to, aby zostało mu doręczone niniejsze postanowienie.

Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości. Przystępujący po stronie zamawiającego w zakreślonym terminie nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem, *jeżeli uczestnik postępowania, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowania, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 3 i art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji.

Izba orzekła o wzajemnym zniesieniu kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Stosownie do tego przepisu, *koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 3 znosi się wzajemnie, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości lub w części zarzuty przedstawione w odwołaniu przed otwarciem rozprawy.*

Izba nakazała zwrot odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania, stosownie do przepisu § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a 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 zm.), gdyż uwzględnienie zarzutów nastąpiło przed otwarciem rozprawy. Zgodnie z powołanym przepisem, *w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił, wypełniając wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy, żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczonej tytułem wpisu.*

Przewodniczący: