

**Sygn. akt: KIO 1223/18**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 26 czerwca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Monika Szymanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 26 czerwca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2018 r. przez wykonawcę SKAMEX Sp. z o. o. Sp. k. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach

**postanawia:**

1. odrzucić odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciążyć wykonawcę SKAMEX Sp. z o. o. Sp. k. i zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych), uiszczoną przez powyższego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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 Katowicach.

**Przewodniczący:**

.....

## **U z a s a d n i e**

### **do postanowienia z dnia 26 czerwca 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1223/18**

Zamawiający - Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, ul. Ziołowa 45/47, 40 – 635 Katowice – Ochojec, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa jednorazowego sprzętu medycznego”, podzielone na zadania, o numerze postępowania nadanym przez zamawiającego DZ/3321/202/17, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 listopada 2017 r. pod numerem 2017/S 216 - 448457, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie, którego przedmiotem jest na dostawa, prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 8 czerwca 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców, poprzez pocztę elektroniczną, o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dla zadania nr 2 (dowód przesłania wiadomości e - mail odwołującemu w aktach sprawy).

W dniu 19 czerwca 2018 r. odwołanie, za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej e-PUAP (data doręczenia odwołania, według urzędowego poświadczenia odbioru, 19.06.2018 r., godz. 8:27), wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, w zakresie zadania nr 2, wniósł wykonawca SKAMEX Sp. z o. o. Sp. k., ul. Częstochowska 38/52, 93 – 121 Łódź, dalej zwany jako „odwołujący”.

W odwołaniu, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 7 ust. 1 ustawy - poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 197 ust. 1 w zw. z art. 185 ust. 1 ustawy poprzez niewykonanie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2018 r. KIO 644/18, w szczególności poprzez niezastosowanie się do wytycznych zawartych w uzasadnieniu wyroku,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy - poprzez wybór w zakresie Zadania nr 2 oferty złożonej przez Safemed Sp. z o. o. Sp. K. z siedzibą przy ul. Wielickiej 181A/pok. 22, 30-663 Kraków (dalej „Safemed”), mimo iż nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów ustawy i powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą 644/18, w szczególności z protokołu rozprawy oraz nakazanie zamawiającemu:

unieważnienia czynności wyboru oferty Safemed w zakresie zadania nr 2, powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie uznania, że a) oferta złożona przez Safemed nie spełnia wymagań SIWZ i nakazanie jej odrzucenia, b) ofertę najkorzystniejszą złożył odwołujący.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie środka ochrony prawnej.

**Izba zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p., mającym zastosowanie w ustalonym stanie sprawy, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania wykonawcy informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli informacja została przesłana w sposób określony w art. 180 ust. 5 zd. drugie p.z.p. (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej).

Z akt sprawy wynika, że odwołujący otrzymał wiadomość elektroniczną z informacją o wyniku postępowania w dniu 8 czerwca 2018 r., fakt ten został również przyznany przez odwołującego w treści odwołania. Zatem należy przyjąć, że zawity termin na wniesienie środka ochrony prawnej, określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p., rozpoczął bieg z dniem 9 czerwca 2018 r i skutecznie upłynął z dniem 18 czerwca 2018 r. (art. 14 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 111 § 2 k.c. oraz art. 111 § 1 k.c.).

W konsekwencji powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Izby za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej e-PUAP w dniu 19 czerwca 2018 r. należy uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Warto zaznaczyć, że stosownie do art. 180 ust. 4 p.z.p. odwołanie wnosi się do Prezesa Izby w formie pisemnej w postaci papierowej albo w postaci elektronicznej, opatrzone odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym, ponadto dla zachowania terminu dla wniesienia odwołania konieczne jest jego faktyczne doręczenie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej (por. uchwała Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r. sygn. akt II CZP 90/13). Termin na wniesienie odwołania ma charakter terminu prekluzyjnego, nie podlegającego przywróceniu, zatem uchybienie terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie i nie może zostać konwalidowane.

W wywiedzionym stanie faktycznym i prawnym Izba stwierdziła spełnienie przesłanek opisanych w dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p. i zobligowana była odwołanie odrzucić, w związku z czym orzeczono jak w sentencji. Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze p.z.p. postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym.

Ponadto Izba uznała za bezskuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, wykonawcy SAFAMED Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą ul. Wielicka 181a/22, 30 – 663 Kraków. Oświadczenie o przystąpieniu zostało złożone w formie elektronicznej z podpisem kwalifikowanym (w aktach sprawy) jednakże, według załączonych odpisów KRS, nie przez osoby uprawnione do działania w imieniu podmiotu wskazanego w tym oświadczeniu. Zgodnie z art. 38 k.c., „Osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie.”. Zgodnie z treścią oświadczenia zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego jest spółką komandytową, której komplementariuszem (uprawnionym do reprezentacji na zasadzie art. 117 k.s.h.) jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością – w imieniu tejże z kolei oświadczenia woli mogą składać członkowie organu i prokurenci, na zasadzie określonej w umowie spółki i ujawnionej w Krajowym Rejestrze Sądowym (art. 201 § 1 i 2 k.s.h. oraz art. 109<sup>4</sup> k.c.). Zgodnie z ujawnionym sposobem reprezentacji komplementariusza zgłaszającego przystąpienie, prokurent nie jest uprawniony samodzielnie do składania oświadczeń woli, a może to czynić jedynie wspólnie z członkiem zarządu (na zasadzie art. 109<sup>4</sup> § 1<sup>1</sup> k.c.).

Mając na uwadze, że ustawa p.z.p. nie przewiduje trybu usuwania braków w oświadczeniu o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz brak złożenia oświadczenia o przystąpieniu z zachowaniem zasad reprezentacji, należało uznać, że przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawcy SAFAMED Sp. z o.o. sp. k. nie jest skuteczne, ponieważ oświadczenie procesowe zostało złożone przez osobę z przekroczeniem jej uprawnień do występowania w imieniu komplementariusza – a w konsekwencji – spółki.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego Izba wydała na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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, ze zm.), obciążając odwołującego kosztem wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:**

.....