

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 21 czerwca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **21 czerwca 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 czerwca 2011 r.** przez wykonawcę **ELSTER Kent Metering Sp. z o.o., ul. Szczawińska 42c, 95-100 Zgierz** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa**

**postanawia:**

- 1. Umorzyć postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz ELSTER Kent Metering Sp. z o.o., ul. Szczawińska 42c, 95-100 Zgierz kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej 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 2010 r. 113, poz. 759 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 Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Izba ustaliła, że odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem w przedmiocie „Rozbudowa systemu zdalnego wodomierzy” – ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2011/S 83-136832 w dniu 29.04.2011 r.

W dniu 31.05.2011 r. (faxem) Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym” poinformował ELSTER Kent Metering Sp. z o.o., ul. Szczawińska 42c, 95-100 Zgierz zwany dalej: „ELSTER Kent Metering Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” w trybie art. 56 ust. 2 w zw. z art. 50 ust. 2 Pzp, że wniosek o dopuszczenie do udziału w negocjacjach z ogłoszeniem został złożony w dniu 27.05.2011 r. o godz. 11:40, a więc po upływie terminu wyznaczonego na składanie wniosków, tj. do dnia 27.05.2011 r. do godz. 11:00.

W dniu 10.06.2011 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło odwołanie ELSTER Kent Metering Sp. z o.o. na podstawie art. 180 ust.1 Pzp. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 27 ust. 5 Pzp a w konsekwencji art. 50 ust. 2 zd. 2 w zw. z art. 56 ust. 2 Pzp. W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienia czynności zawiadomienia Odwołującego o złożeniu przez niego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu po terminie
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania oceny złożonego wniosku.

Wskazał, że zgodnie z art. 27 ust. 5 Pzp *„Informacja o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może być przekazana telefonicznie przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wniosek uważa się za złożony w terminie, jeżeli przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został on wysłany w formie pisemnej i zamawiający otrzymał go nie później niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu składania wniosków”*. A zatem aby skorzystać z dyspozycji tego przepisu spełnione muszą być 3 warunki:

- 1) Informacja o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może być przekazana telefonicznie przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
- 2) przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wniosek został wysłany do Zamawiającego w formie pisemnej;

3) zamawiający otrzymał wniosek nie później niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu składania wniosków.

W przedmiotowej sprawie Wykonawca spełnił wszystkie powyższe warunki (pkt 1-3) aby jego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został uznany w trybie art. 27 ust. 5 Pzp za złożony w terminie a mimo to Zamawiający poinformował go iż wniosek został złożony po terminie. Po pierwsze wskazał, iż Wykonawca przed upływem terminu składania wniosku poinformował telefonicznie panią Bożenę Ś., która została wpisana w ogłoszeniu o zamówieniu w punkcie kontaktowym jako osoba do kontaktów (Wykonawca dysponuje stosownym bilingiem potwierdzającym ten fakt). Po drugie, wniosek w formie pisemnej dotarł do Zamawiającego 40 minut po tym terminie (fakt ten nie jest kwestionowany - vide pismo Zamawiającego z 31.05.2011 r.). Po trzecie, wniosek został wysłany w formie pisemnej przed upływem terminu składania wniosków. Wskazał, iż sam fakt iż odległość pomiędzy siedzibą Zamawiającego (w której należało złożyć wniosek) znajdującą się w Warszawie a siedzibą Wykonawcy znajdującą się w Zgierzu (a z której wniosek był wysyłany) wynosi ok. 130 km i nie jest fizycznie możliwy dojazd (samochodem czy też innym środkiem komunikacji) w ciągu 40 minut przesądza o tym iż wniosek został wysłany przed upływem przedmiotowego terminu. Ponadto, Wykonawca dysponuje księgą wyjść ze swojej siedziby dokumentującą fakt wyjścia pracownika przed upływem powyższego terminu oraz zeznaniami świadków. Jednocześnie, choć przepis nie warunkuje skuteczności powoływania się na niego z tytułu wystąpienia okoliczności niezależnych od Wykonawcy, skutkujących niemożnością dostarczenia wniosku w terminie to Wykonawca wskazuje, iż taka okoliczność miała w tym przypadku miejsce bowiem złożenie wniosku po terminie wynikało z wypadku samochodowego, który zdarzył się na trasie przejazdu i który skutkowało wprowadzeniem ruchu wahadłowego a w konsekwencji znacznym opóźnieniem (powyżej 40 minut) w stosunku do planowanego czasu podróży. Ponadto, wskazał na trudności komunikacyjne, które wystąpiły w wyniku przyjazdu prezydenta USA do Warszawy. Powyższe fakty wskazują iż Wykonawca wypełnił dyspozycję art. 27 ust. 5 Pzp a zatem jego wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu powinien podlegać ocenie. O ile interpretacja treści pkt 1 oraz 3 nie budzi specjalnych wątpliwości o tyle pewne wątpliwości może budzić interpretacja wyrażenia: „*wysłany do Zamawiającego w formie pisemnej*” zawarta w pkt 2. Określenie przez ustawodawcę formy w jakiej należy wysłać powyższy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jako formy pisemnej eliminuje możliwość wysłania takiego wniosku drogą elektroniczną lub faksową. Pozostaje pytanie czy ustawodawca określa także (ogranicza) sposób działania Wykonawcy chcącego przekazać powyższy wniosek Zamawiającemu. Ze względu na fakt iż zarówno w artykule 27 ust. 5 Pzp, w całej Pzp, jak i w treści pozostałych powszechnie obowiązujących na terenie Rzeczypospolitej Polskiej aktów prawnych nie jest zdefiniowane pojęcie: „*wysłać*” konieczne jest sięgnięcie do

wykładni literalnej tego pojęcia. Zgodnie z definicją słownikową (Słownik języka polskiego wydany przez PWN) termin: „wysłać” oznacza:

- a) zlecić komuś, żeby udał się dokądś w jakimś celu
- b) przekazać coś komuś za pośrednictwem poczty, urządzeń technicznych lub jakiejś osoby
- c) wytworzyć jakąś energię i spowodować przemieszczanie się jej w określonym kierunku w przestrzeni
- d) skierować coś dokądś.

Z powyższego wynika iż Wykonawca ma pełną dowolność co do sposobu działania mającego na celu przekazanie Zamawiającemu pisemnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w trybie art. 27 ust. 5 Pzp. W szczególności nie ma znaczenia czy wniosek taki został wysłany pocztą, kurierem czy też przez własnego pracownika (pkt b definicji słownikowej). Nie ma bowiem powodu aby prawnie różnicować sytuacje z jednej strony pracownika poczty czy też kuriera, posługującego się w celu dostarczenia przesyłki np. samochodem dostawczym od pracownika Wykonawcy posługującego się w tym samym celu tożsamym środkiem lokomocji. Podkreślić nawet należy iż sytuacja w której to pracownik Wykonawcy został wysłany z pisemnym wnioskiem pozwala na skuteczniejsze, względem poczty czy firmy kurierskiej, korzystanie z tego przepisu bowiem Wykonawca ma pełniejszą wiedzę na temat nagłych okoliczności skutkujących możliwością braku dostarczenia w terminie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji na skuteczniejszą reakcję w postaci telefonu do Zamawiającego informującego o tych trudnościach.

Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 10.06.2011 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego), na potwierdzenie tej okoliczności załączył dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu wraz ze stosownym potwierdzeniem wpływu we wskazanym dniu.

W dniu 17.06.2011 r. (faxem), a 20.06.2011 r. pisemnie Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego. Odpowiedź została podpisana przez Prezesa Zarządu Henryka Brzuchacza oraz Członka Zarządu Hannę Krajewską osoby ujawnione w KRS-ie załączonym do dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 1240/11 i umocowane do łącznej reprezentacji.

Izba ustaliła, że do Prezesa KIO w trydziennym terminie, tj. do 16.06.2011 r. włącznie, żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 Pzp). Zgodnie z informacją uzyskaną od Zamawiającego zawiadomienie o złożeniu odwołania zostało przekazane uczestnikom postępowania faxem w dniu

13.06.2011 r. (informacja zawarta w załączonej do niego kopii stosownego zawiadomienia).

Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

**Przewodniczący:**

.....