

Sygn. akt: KIO 2895/12

POSTANOWIENIE
z dnia 11 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 11 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2012 r. przez wykonawcę **Polsuper sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Warszawa, Zarząd Oczyszczania Miasta w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **D..... M..... zamieszkałego w Starym Mystkowcu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Polsuper sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Polsuper sp. z o.o. w Warszawie** 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:

U z a s a d n i e

Zamawiający - Miasto Warszawa, Zarząd Oczyszczania Miasta w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *pielęgnacja zieleni niskiej i utrzymanie czystości wzdłuż tras komunikacyjnych na terenie m.st. Warszawy*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 września 2012 r., nr 2012 / S 187-308079. Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 17 grudnia 2012 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Polsuper sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty:

- a) w zakresie części IV złożonej przez wykonawcę Testa T..... Ś.....,
- b) w zakresie części VI – złożonej przez wykonawcę D..... M.....,
- c) w zakresie części VIII – złożonej przez wykonawcę AG Complex sp. z o.o. w Warszawie.

W dniu 27 grudnia 2012 r., odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu przystąpił wykonawca D..... M.....

W dniu 11 stycznia 2013 r., w trakcie posiedzenia Izby, zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp, względnie o jego oddalenie. Wskazał, że w dniu 27 grudnia 2012 r. odwołujący doręczył zamawiającemu faksem kopię odwołania. Tekst odwołania został umieszczony w układzie poziomym strony A4, a nie w zwykle stosowanym układzie pionowym. Jednocześnie tekst nie został dostosowany (sformatowany) do wydruku dokumentu przy poziomym położeniu strony formatu A4, w związku z czym kopia przesłana zamawiającemu nie zawiera całości tekstu odwołania, w tym wszystkich przedstawionych przez odwołującego zarzutów. Zamawiający przypuszczał, iż kopia została nadana przez odwołującego za pomocą urządzenia wielofunkcyjnego (skaner, faks, drukarka), które umożliwia ułożenie

dokumentu na szybie skanera w poziomie oraz w pionie. W związku z tym, iż oryginał odwołania został nieprawidłowo umieszczony w urządzeniu faksującym, zamawiający otrzymał faksem dokument niepełny, nie zawierający pełnej treści odwołania. Ewentualnie, w urządzeniu faksującym odwołującego, zostały wprowadzone błędne ustawienia wysyłania faksu.

Zamawiający wywodził, że zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, odwołujący jest zobowiązany do przesłania kopii odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Nie wykonanie ww. obowiązku przez odwołującego - zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp - skutkuje odrzuceniem odwołania przez Izbę. Zgodnie z definicją, przez kopię należy rozumieć rzecz dokładnie odtworzoną z oryginału. Przesłany zamawiającemu dokument nie może zostać uznany za kopię, ponieważ nie odzwierciedla (nie odtwarza) całej treści zawartej w odwołaniu. Co istotne, oprócz braku treści mało istotnych (jak np. oznaczenie postępowania na pierwszej stronie, które zostało „ucięte”), nie mających istotnego znaczenia dla zamawiającego oraz jego pozycji w postępowaniu, przesłany dokument nie zawiera istotnych elementów odwołania, zawierających merytoryczne stanowisko odwołującego. Przykładowo - na drugiej stronie dokumentu nie zostały skopiowane wszystkie zarzuty podnoszone przez odwołującego (na stronie 2 w pkt 6 widoczna jest jedynie pierwsza linia tekstu, wskazująca jedynie naruszony przepis ustawy - zamawiający nie miał więc możliwości zapoznania się pełną treścią zarzutów podniesionych w odwołaniu). Na stronie 3 u góry jest fragment zdania oderwany od wcześniejszego kontekstu zawartego na końcu 2 strony- można więc przypuszczać, iż stanowi kontynuację wcześniejszego fragmentu, który nie został skopiowany. Na stronie 4 zostały „ucięte” fragmenty tekstu na dole i na górze strony, na stronie 5 i 6 zamawiający nie jest w stanie zweryfikować, czy znalazł się na nich cały tekst z oryginału odwołania - należy jednak przypuszczać, że nie - skoro wszystkie strony dokumentu miały ten sam rozmiar należy przypuszczać, iż na każdej ze stron mogło dojść do usunięcia fragmentu tekstu.

W trakcie posiedzenia Izby w dniu 11 stycznia 2013 r. przystępujący D..... M..... poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o odrzucenie odwołania.

Odwołujący odnosząc się w trakcie posiedzenia Izby do odpowiedzi na odwołanie argumentował, że nie ma żadnych przesłanek do stwierdzenia, że to on ponosi winę zaistniałego stanu rzeczy. Powoływał się na raport transmisji faksowej 6 stron ze statusem „ok”, załączony do odwołania wniesionego do Izby. Uważał, że potwierdza on, iż format i ustawienia strony faksowanego dokumentu były prawidłowe. Ponadto argumentował, że nawet okrojona treść odwołania mieści w sobie elementy wymagane zgodnie z ustawą Pzp.

Wprawdzie niektóre zarzucane zamawiającemu jako naruszone przepisy ustawy nie są widoczne, to jednak z całości odwołania można wywnioskować jakim czynnościami zamawiającego zarzuca się niezgodność z ustawą.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Izba ustaliła, że w dniu 27 grudnia 2012 r. o g. 15.46 odwołujący przesłał pod nr faksu zamawiającego 6 stron dokumentów. W trakcie transmisji oryginał faksowanego dokumentu został ułożony w urządzeniu nadawczym w układzie poziomym strony A4, zamiast w układzie pionowym, wskutek czego nie przesłano zamawiającemu dolnego i górnego fragmentu każdej z 6 stron odwołania. Faks odebrała w sekretariacie Zarządu zamawiającego Pani B..... T..... W przesłanym faksie nie znalazły się następujące elementy odwołania, które wniesiono do Izby:

- a) część zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (zarzut szósty odwołania, s.2 w wersji przekazanej Izbie),
- b) całość zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (zarzut siódmy odwołania, s. 2 odwołania w wersji przekazanej Izbie),
- c) uzasadnienie posiadania przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (s. 3, pierwszy akapit odwołania w wersji przekazanej Izbie),
- d) żądania odwołania (s. 3 akapit drugi odwołania w wersji przekazanej Izbie),
- e) fragmenty uzasadnienia (s. 4 i s. 5 pierwszy i ostatni akapit na obydwu stronach w wersji przekazanej Izbie).

Niepełna kopia odwołania została przekazana przez zamawiającego innym wykonawcom, w tym przystępującemu w dniu 28 grudnia 2012 r.

Ustalenia faktyczne Izba poczyniła na podstawie raportu transmisji faksowej z 27 grudnia 2012 r. g. 15.46 (załącznik do odwołania), oryginału faksu odebranego przez zamawiającego w dniu 27 grudnia 2012 r. o g. 15.46, okazanego w trakcie posiedzenia, którego odpis złożono do akt sprawy, oryginału odwołania wniesionego do Izby oraz oświadczenia Pani B..... T.....

W ocenie Izby dowody te były ze sobą spójne i wskazywały jednoznacznie na przedstawiony ciąg zdarzeń. Tezie odwołującego jakoby nie było żadnych przesłanek do stwierdzenia, że to on ponosi winę zaistniałego stanu rzeczy przeczył raport transmisji faksowej, jaki on sam załączył do odwołania wniesionego do Izby. Raport ten przedstawia bowiem w formie obrazu pierwszą stronę faksowanego dokumentu, która została ułożona w

pozycji poziomej czyli w takiej w jakiej otrzymał ją zamawiający, a nie w pozycji pionowej. Powyższe, w zestawieniu z oryginałem faksu otrzymanego przez zamawiającego w wersji poziomej, który okazano Izbie w trakcie posiedzenia i w połączeniu z oświadczeniem pracownicy zamawiającego, która oświadczyła, że odebrała faks w wersji nieczytelnej, w ocenie Izby pozwoliło na odtworzenie zaistniałego stanu faktycznego.

Podkreślenia wymaga również to, że odwołujący nie zadbał o potwierdzenie u zamawiającego, czy korespondencja jest czytelna i pełna. Nie zażądał bowiem od zamawiającego potwierdzenia faktu otrzymania informacji faksem w trybie art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, co ustalono na podstawie wyraźnego oświadczenia złożonego przez zamawiającego w trakcie posiedzenia, iż faksowi nie towarzyszyło żądanie w trybie art. 27 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący tej okoliczności faktycznej nie zaprzeczył, więc Izba uznała ją za udowodnioną. Zamawiający nie miał zatem obowiązku informowania odwołującego, iż otrzymana faksem kopia odwołania jest niepełna. W tym kontekście podkreślenia wymaga również, że odwołujący jest profesjonalistą, spółką prawa handlowego, a zatem należyta jego staranność należy oceniać poprzez pryzmat zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej.

Reasumując zatem Izba stwierdziła, że zamawiający przeprowadził wiarygodne i spójne dowody pozwalające na ustalenie, iż nie mógł się zapoznać z treścią odwołania. Pozwoliło to na obalenie domniemania prawnego z art. 180 ust. 5 zd. 2 ustawy Pzp.

W powyższych okolicznościach faktycznych Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 w zw. z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, gdyż odwołujący – wbrew przepisowi art. 180 ust. 5 ustawy Pzp, nie przesłał kopii odwołania zamawiającemu w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp obowiązkiem odwołującego jest przekazanie zamawiającemu kopii odwołania w ten sposób aby mógł on zapoznać się z jego treścią. Przepis ten odgrywa istotną rolę w postępowaniu odwoławczym. Na podstawie przekazanej kopii odwołania zamawiający może opracować odpowiedź na odwołanie, rozważyć decyzję o uwzględnieniu zarzutów w całości (art. 186 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu, po analizie przesłanej przez zamawiającego kopii odwołania, mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 ustawy Pzp). Przepis art. 180 ust. 5 ustawy Pzp nie precyzuje co należy rozumieć przez pojęcie „kopia odwołania”, lecz nie ulega wątpliwości iż chodzi tu o zgodność merytoryczną obu dokumentów, a więc przekazanie zamawiającemu i Izbie informacji o tej samej treści. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, w celu ustalenia pojęcia treść odwołania, należy posiłkować się przepisem art. 180 ust. 3 ustawy Pzp i § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy

rozpoznawaniu odwołań, które wymieniają zasadnicze elementy odwołania. Zgodnie z przywoływanymi przepisami odwołanie zawierać musi między innymi:

- a) przedstawienie zarzutów,
- b) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania,
- c) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Ponieważ określenie zarzutów, żądania co do sposobu rozstrzygnięcia, wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania „tworzy” treść odwołania, to stwierdzić należy, że przesłanie zamawiającemu faksu różniącego się co do istotnej treści od odwołania wniesionego do Prezesa KIO oznacza, iż odwołujący nie uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp., albowiem nie przekazał zamawiającemu kopii odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią.

W konsekwencji tego zaniechania odwołującego Izba jest zobligowana przepisem art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp do odrzucenia odwołania. W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 7 w zw. z art. 180 ust 5 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: