

Sygn. akt: KIO 213/13

Sygn. akt: KIO 216/13

POSTANOWIENIE
z dnia 15 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Przemysław Dzierzędzki
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 14 lutego 2013 r. w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 31 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A., ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa**
- B. w dniu 31 stycznia 2013 r. r. przez wykonawcę **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez

Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach, ul. Żeromskiego 5, 25-369 Kielce

przy udziale:

- A. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Firma Budowlana Anna-Bud (pełnomocnik wykonawców), (2) Maxto Sp. z o.o. SKA, adres dla pełnomocnika: Bilcza, ul. Marmurowa 60, 26-026 Morawnica** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 213/13 oraz KIO 216/13 po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 213/13 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umorzyć postępowania

i

2A. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **EIFFAGE Budownictwo Mitex S.A., ul. Postępu 5A, 02-676 Warszawa** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania,

2B. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **ERBUD S.A., ul. Puławska 300A, 02-819 Warszawa** kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis 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 Kielcach.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 213/13

Sygn. akt: KIO 216/13

Uzasadnienie

Zamawiający Uniwersytet Jana Kochanowskiego w Kielcach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zamówienie pn. „Wykonanie w systemie „ZAPROJEKTUJ i WYBUDUJ”: dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim oraz budową obiektu naukowo- dydaktycznego UJK przy Al. IX Wieków Kielc 19, w Kielcach” - Nr referencyjny postępowania: DP/2310/62/12. Postępowanie jest prowadzone według zasad wymaganych przy procedurze, kiedy szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniu 24 października 2012 roku zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu dotyczące przedmiotowego postępowania pod nr (2012/S 205-337045).

W dniu 21 stycznia 2013 zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez CONDITE sp. z o.o. SKA, w tym także o odrzuceniu oferty wykonawcy Eiffage Budownictwo Mitex S.A.,

Od takiej czynności zamawiającego w dniu 31 stycznia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) wykonawcy: 1) Eiffage Budownictwo Mitex S.A, 2) ERBUD SA oraz 3) Konsorcjum Firm A..... B..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Budowlana "ANNA-BUD" (Lider Konsorcjum) MAXTO Sp. z o.o. SKA (Członek Konsorcjum) złożyli odwołania, zarzucając zamawiającemu:

A1) Eiffage Budownictwo Mitex S.A naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty z powodu uznania jej za niezgodną z treścią SIWZ

Ad2) ERBUD SA - dokonanie niewłaściwej oceny oferty wybranej i tym samym uznanie jej za najkorzystniejszą w postępowaniu

Ad3) Konsorcjum Firm- Firma Budowlana "ANNA-BUD" –lider, Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ, oraz zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy CONDITE Sp. z o.o. S.K.A.

W dniu 6 lutego Zamawiający pismem z tej samej daty w przesłanym do Prezesa KIO w odpowiedzi na wniesione odwołania oświadczył, że po zapoznaniu się z treścią zarzutów i przedstawioną argumentacją wykonawców w tym zakresie, postanowił uwzględnić w całości zarzuty podniesione w ww. odwołaniach.

Wobec faktu uwzględnienia zarzutów ww. odwołań oraz zgłoszonych przystąpień wykonawców po stronie Zamawiającego Prezes KIO wystąpił do tych wykonawców z wezwaniem do oświadczenia się w przedmiocie możliwości wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca CONDITE sp. z o.o. S.K.A. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia ww. trzech odwołań. Natomiast wykonawca Eiffage Budownictwo Mitex S.A wniósł sprzeciw co do uwzględnienia zarzutów odwołania wniesionego przez Konsorcjum „ANNA-BUD”.

W oparciu o dokumentację postępowania Izba ustaliła iż termin na wniesienie odwołania zostały zachowane przez odwołujących, a kopie odwołań zostały w terminie przekazane zamawiającemu. Ponadto z informacji zamawiającego wynika, że w dniu 1 lutego 2013 roku za pomocą faksu poinformował wykonawców o wniesieniu odwołań do KIO.

Od tej daty dla wykonawców zaczął biec termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, który upływał w dniu 4 lutego 2013 roku.

Odnosząc się do kwestii zachowania terminów na zgłoszenie przystąpień, stwierdzić należy, że zgłoszenie przystąpień wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane "UNIMAX" Sp. z o.o., ul. Okrzei 35, z Kielc zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 213/13, KIO 214/13 oraz KIO 216/13 po stronie odwołującego, wpłynęło do Prezesa KIO w dniu 12 lutego 2013 roku. Pełnomocnik zgłaszającego przystąpienie wyjaśnił iż zapoznał się z informacją o wniesieniu odwołań dopiero w dniu 4 lutego 2013 roku i uznał, że od tej daty biegnie trzydniowy termin na wniesienie odwołania. W dniu 7 lutego 2013 roku wykonawca ten przesłał przystąpienia faksem do Prezesa KIO, wysyłając równocześnie listownie wersję pisemną.

Wskazać należy iż zamawiający wykazał, że w dniu 1 lutego 2013 roku w sposób skuteczny przesłał temu wykonawcy za pomocą faksu informacje o wniesieniu odwołań wraz z ich kopią.

Wykonawca Condite Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Kielcach, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 213/13, KIO 214/13 oraz KIO 216/13 po stronie zamawiającego. Powyższe przystąpienia wpłynęły do Prezesa KIO w dniu 7 lutego 2013 roku. Wykonawca ten stwierdził, że jego zdaniem został zachowany termin na zgłoszenie przystąpienia jak również wniesienia sprzeciwu, gdyż zapoznał się z treścią informacji zamawiającego o wniesionych odwołaniach w dniu 4 lutego 2013 roku i tym samym jego zdaniem ta data jest terminem początkowym na zgłoszenie przystąpień w sprawie.

Zamawiający w tym zakresie wyjaśnił, powołując się między innymi na pismo przesłane w tej sprawie do Prezesa KIO iż w dniu 1 lutego sześciokrotnie podejmował próbę przesłania za pomocą faksu informacji o wniesionych odwołaniach do wykonawcy Condite, jednakże próby te, po przesłaniu odpowiednio: 5, 23, 12, 8, 5 i 34 stron, zakończyły się informacją o

wystąpieniu błędu w komunikacji faksowej. W następstwie braku możliwości przesłania za pomocą faksu zamawiający dokonał zeskanowania kopii odwołań i przesłał je drogą elektroniczną na adres poczty e-mailowej wykonawcy, na dowód czego złożył skany zrzutów ze stron internetowych, wskazujących na przesłanie ww. informacji.

Ponadto zamawiający oświadczył, iż w trakcie kolejnych prób przesłania kopii odwołań przysyłał następne strony, pomijając te które zostały już przekazane w poprzedniej próbie nadania wiadomości. Tym samym zamawiający uważa, iż musiały przejść do wykonawcy CONDITE wszystkie strony trzech odwołań, których łącznie było około 44. Natomiast w toku 6 transmisji faksowej przesłano łącznie około 80 stron.

Odnosząc się do tych faktów pełnomocnik wykonawcy CONDITE stwierdził iż o tym, że ze strony zamawiającego podejmowane były próby przesłania mu informacji za pomocą faksu dowiedział się w dniu 4 lutego, po otwarciu biura w poniedziałek, gdyż biuro wykonawcy czynne jest tylko od poniedziałku do piątku. W tym też dniu w godzinach rannych odczytał również informację z poczty elektronicznej z dnia 1 lutego 2013 roku, w której podana była informacja o wniesionych odwołaniach wraz z ich treścią. Również w dniu 4 lutego w godzinach porannych otrzymał przesyłkę listowną od Zamawiającego, z informacją o wniesieniu odwołań w przedmiotowym postępowaniu. Odnosząc się do takiego przesłania mu przedmiotowych informacji stwierdził, iż próby posłania informacji o wniesionych odwołaniach za pomocą faksu czy maila nie mają znaczenia dla sprawy, gdyż zamawiający w postanowieniach SIWZ wskazał, jako sposób komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, drogę listowną. Ponadto zarzucił zamawiającemu iż ten winien był dokonać transmisji faksowej w takim okresie, kiedy w sposób zwyczajowo przyjęty czynne są biura wykonawców.

Odwołujący Eiffage Budownictwo oraz Konsorcjum „ANNA-BUD” wnieśli o uznanie za nieskuteczne, przystąpienia zgłoszonych przez wykonawcę Condite oraz przez Przedsiębiorstwo Budowlane "UNIMAX" Sp. z o.o., stwierdzając iż nie zostały one wniesione w przewidzianym dla tej czynności terminie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba postanowiła stwierdzić nieskuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego "UNIMAX" Sp. z o.o., oraz Condite Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. w Kielcach, uznając równocześnie zgłoszone przez tego wykonawcę sprzeciwy wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów ww. odwołań za nieskuteczne.

W uzasadnieniu stanowiska Izby wskazać należy iż zgodnie z treścią art. 185 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp, 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. Z analizy powyższego przepisu wynika, że

zgłoszenie przystąpienia powinno wpłynąć do Izby w formie pisemnej w terminie przewidzianym w art. 185 ust. 2 ustawy p.z.p. (tj. w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołań). Tym samym, za niewystarczające w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp jest zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wyłącznie za pośrednictwem faksu (w sytuacji, gdy zgłoszenie przystąpienia nie wpłynie w terminie w formie pisemnej), ponieważ forma pisemna polega na złożeniu własnoręcznego podpisu przez osobę dokonującą czynności na dokumencie zawierającym jej oświadczenie woli.

Tym samym zgłoszone przystąpienie Przedsiębiorstwa Budowlanego "UNIMAX" Sp. z o.o. nie mogło zostać uznane za skuteczne.

Dodatkowo w zakresie nie uznania za skutecznych, przystąpień wykonawcy CONDITE stwierdzić należy, że poza wszelkim sporem jest fakt, że w dniu 1 lutego do tego wykonawcy zostały przesłane informacje za pośrednictwem faksu - z której można było co najmniej wywieść informację o wniesieniu odwołań w sprawie, a ponadto pełna treść informacji o wniesionych odwołaniach została przesłana za pomocą poczty elektronicznej. Tych faktów wykonawca ten nie kwestionował, kwestionując tylko możliwość skutecznego przesłania tych informacji, gdyż jego zdaniem wg treści SIWZ winny być one przekazane tylko w formie pisemnej – listownej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza, że dla ważności przesłania informacji dla wykonawcy nie ma żadnego znaczenia godzina nadania informacji, oraz to czy miało to miejsce w dniach wolnych od pracy. Rolą każdego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest takie zorganizowanie pracy odpowiednich służb, aby przesyłane do niego informacje zostały niezwłocznie przekazane osobom uprawnionym do składania oświadczeń w imieniu tego podmiotu.

Nie jest również zasadne stanowisko tego wykonawcy iż o skuteczności przesłania informacji możemy mówić tylko wtedy, kiedy nastąpi potwierdzenie otrzymania przez adresata pisma. Rozumowanie, że skoro nie potwierdził, to nie otrzymał jest błędne. Brak potwierdzenia nie może stanowić o skuteczności doręczenia pisma. Odmienna interpretacja mogłaby sparaliżować pracę zamawiającego w sytuacji ignorowania przez wykonawców jego prośby o potwierdzenie otrzymania korespondencji.

Również stanowisko zgłaszającego przystąpienie co do możliwości skutecznego doręczenia informacji tylko poprzez zachowanie formy pisemnej nie może zostać uwzględnione. Działanie zasady pisemności w sytuacji wskazania przez zamawiającego formy pisemnej jako właściwej dla wymiany oświadczeń, wniosków i informacji oznacza tylko tyle, iż nie może on odmówić przyjęcia komunikatu przesłanego w formie pisemnej. Nie ma natomiast żadnego wpływu na sposób liczenia terminu do zgłoszenia przystąpienia zgodnie z art.185 ust.2 ustawy Pzp w wypadku zastosowania sposobu przesłania określonej informacji przez zamawiającego w formie faksowej czy elektronicznej.

Jednocześnie stwierdzić należy, że w przypadku przystąpienia do postępowania odwoławczego, ustawa nie przyjęła takiej samej zasady domniemania doręczenia, jak to ma miejsce w przypadku odwołania, o której mowa w przepisie art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Jednakże w sytuacji braku uregulowania tej kwestii w ustawie Pzp należy dokonać oceny tej sytuacji za pomocą przepisów ustawy kodeks cywilny, poprzez zastosowanie art. 14 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem art.61§2 k.c. oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 10 grudnia 2003r., V CZ 127/2003 (OSNC Nr 1 z 2005r., poz. 12) stwierdził, że oświadczenie woli w postaci elektronicznej dokonywane *on line* zostaje złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, to jest w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych. Analogiczną zasadę należy stosować do przesłania informacji za pomocą faksu. Ponadto stwierdzić należy, że zamawiający nie może ponosić skutków braku prawidłowego funkcjonowania urządzeń transmisyjnych w siedzibie odwołującego, czy innego wykonawcy.

Tym samym Izba uznaje za zasadne uznanie zgłoszonych przystąpień ww. wykonawców oraz zgłoszonych sprzeciwów, w tych okolicznościach sprawy za nieskuteczne.

Nadto wskazać należy jeszcze wskazać iż do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca ERBUD S.A, jednakże wykonawca ten nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania

Zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba umarza postępowanie odwoławcze pod warunkiem, że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca. Co miało miejsce w przedmiotowej sprawie.

Tym samym Izba postanowiła umorzyć postępowania odwoławcze wskazane w sentencji orzeczenia. Natomiast odwołanie wykonawcy „ANNA-BUD”, ze względu na skuteczne wniesienie sprzeciwu przez przystępującego Eiffage Budownictwo, zostało przekazane zgodnie z przepisem art. 186 ust.4 ustawy Pzp do rozpoznania na rozprawie.

Dla wywarcia skutku procesowego w postaci umorzenia postępowania odwoławczego, konieczne jest uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu. Dalsze czynności, jakie zamawiający podejmie w związku z uwzględnieniem zarzutów, pozostają bez znaczenia dla ustalenia przesłanki do umorzenia postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, znoszą się wzajemnie. Tym samym Izba orzekła o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołujących z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 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:

Członkowie ;

.....