

Sygn. akt: KIO 1046/13

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 23 maja 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 23 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2013 r. przez wykonawcę **ZDB Dratovna a.s. w Bohuminie - Pudlov, Republika Czeska** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. w Jastrzębiu-Zdroju**

przy udziale wykonawcy **Centrali Zaopatrzenia Górnictwa S.A. w Katowicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ZDB Dratovna a.s. w Bohuminie - Pudlov, Republika Czeska** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ZDB Dratovna a.s. w Bohuminie - Pudlov, Republika Czeska** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **ZDB Dratovna a.s. w Bohuminie - Pudlov, Republika Czeska** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. w Jastrzębiu-Zdroju** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający, Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. w Jastrzębiu-Zdroju, 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 dostawa dla kopalń JSW S.A. lin wyciągowych w łącznej ilości 345 393 kg.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 stycznia 2013 r., nr 2013/S 005-005810.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (protokół postępowania, pkt 2.3, w aktach sprawy).

W dniu 11 kwietnia 2013 r. odbyła się aukcja elektroniczna dotycząca m.in. części 1, 10, 11, 12, 13, 14 zamówienia z udziałem ZDB Dratovna a.s. w Bohuminie - Pudlov, Republika Czeska, zwanego dalej „odwołującym”.

W dniu 15 kwietnia 2013 r. odwołujący przesłał zamawiającemu printscreen z 11.04.2013 z zaznaczonym komunikatem o błędzie, jaki zaistniał w trakcie aukcji elektronicznej a także korespondencję mailową z organizatorem aukcji Logintrade dotyczącą zgłoszenia o błędzie w trakcie aukcji nr SCM-27855-456 (e-mail z 11 kwietnia 2013 r., e-mail z 12 kwietnia 2013 r.), w aktach sprawy.

W dniu 24 kwietnia 2013 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem poczty elektronicznej i faksu odwołującego, m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Centrala Zaopatrzenia Górnictwa S.A. w Katowicach, zwanego dalej „przystępującym”, w zakresie części 1, 10, 11, 12, 13, 14 zamówienia.

W dniu 2 maja 2013 r., odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec ww. czynności zamawiającego. Do odwołania załączył m.in.

- a) printscreen z 11.04.2013 z zaznaczonym komunikatem o błędzie, jaki zaistniał w trakcie aukcji elektronicznej,
- b) korespondencję mailową z organizatorem aukcji dotyczącą zgłoszenia o błędzie w trakcie aukcji nr SCM-27855-456 (e-mail z 11 kwietnia 2013 r., e-mail z 12 kwietnia 2013 r.),
- c) korespondencję mailową z zamawiającym (email z 12 kwietnia 2013 r.),
- d) korespondencja odwołującego z certyfikatem podpisu elektronicznego Unizeto Technologies S.A. w Szczecinie (e-mail z 17 kwietnia 2013 i e-mail z 23 kwietnia 2013 r.).

W dniu 2 maja 2013 r. odwołujący przesłał zamawiającemu faksem jedynie

zasadniczą część odwołania (bez ww. załączników).

Do upływu terminu na wniesienie odwołania, tj. do dnia 4 maja 2013 r., odwołujący nie przesłał zamawiającemu korespondencji z certyfikatem podpisu elektronicznego Unizeto Technologies S.A. w Szczecinie (e-mail z 17 kwietnia 2013 i e-mail z 23 kwietnia 2013 r.).

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Centrala Zaopatrzenia Górnictwa S.A. w Katowicach.

**Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł, że kopia odwołania, którą otrzymał od odwołującego nie zawiera żadnego z merytorycznych załączników wskazanych w treści zasadniczej części odwołania. Analiza dokumentacji postępowania, jaką dostarczył zamawiający doprowadziła do wniosku, że choć istotnie odwołujący przesyłając w dniu 2 maja 2013 r. kopię odwołania nie załączył do niej żadnego z merytorycznych załączników, to jednak zamawiający był w posiadaniu niektórych z nich przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Izba ustaliła bowiem, czego zamawiający w trakcie posiedzenia nie kwestionował, że w dniu 15 kwietnia 2013 r. odwołujący przesłał zamawiającemu printscreen z 11.04.2013 z zaznaczonym komunikatem o błędzie, jaki zaistniał w trakcie aukcji elektronicznej a także korespondencję mailową z organizatorem aukcji dotyczącą zgłoszenia o błędzie w trakcie aukcji nr SCM-27855-456 (e-mail z 11 kwietnia 2013 r., e-mail z 12 kwietnia 2013 r.), w aktach sprawy.

Nie było natomiast spornym pomiędzy stronami, że przed upływem terminu na wniesienie odwołania nie została zamawiającemu przekazana korespondencja odwołującego z certyfikatem podpisu elektronicznego Unizeto Technologies S.A. w Szczecinie (e-mail z 17 kwietnia 2013 i e-mail z 23 kwietnia 2013 r.). Powyższa okoliczność faktyczna została przyznana przez odwołującego w trakcie posiedzenia.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5. Art. 180 ust. 5 ustawy Pzp stanowi zaś, że odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu

przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Pojęcie „kopia” oznacza merytoryczną tożsamość dokumentów przesłanych Prezesowi Izby i zamawiającemu. Z kolei w celu ustalenia znaczenia pojęcia „odwołanie” należy posiłkować się przepisem art. 180 ust. 3 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.), który określa co zawiera minimalna treść odwołania.

Izba oceniając tak ustalony stan faktyczny stwierdziła, że korespondencja z certyfikatem podpisu elektronicznego Unizeto Technologies S.A. w Szczecinie, choć formalnie została wyodrębniona przez odwołującego z części zasadniczej odwołania, stanowi element, o którym mowa w § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań („okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania oraz dowody na poparcie przytoczonych okoliczności”) i winna zostać przekazana nie tylko Izbie, ale i zamawiającemu zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp. Stwierdzić należy, że korespondencja ta jest elementem merytorycznej zawartości odwołania, z którymi tak zamawiający, jak i wszyscy potencjalni wykonawcy zgłaszający przystąpienia do postępowania odwoławczego mieli prawo i powinni byli się zapoznać. Brakujący dokument, w ocenie Izby, należy uznać za merytoryczną treść odwołania. Stanowi ustosunkowanie się certyfikatora podpisu elektronicznego do kwestii poprawności działania tego podpisu. Z uwagi na podniesione w odwołaniu zarzuty – tj. niemożność składania postępień w końcowej części aukcji elektronicznej przez odwołującego, okoliczność stanowiska dostawcy podpisu w tym zakresie niewątpliwie mogła mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Odwołujący bowiem usiłował w ten sposób wykazać, że winę zaistniałego stanu rzeczy ponosi zamawiający, względnie organizator aukcji, w czym pomocne mogłoby być ewentualne ustalenie, że podpis elektroniczny odwołującego działał prawidłowo. Stanowiska firmy certyfikującej nie mogła zastąpić własna interpretacja odwołującego dotycząca odpowiedzi firmy certyfikującej.

Izba wskazuje, że nałożony na odwołującego w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek przekazania kopii odwołania zamawiającemu do upływu terminu na wniesienie odwołania nie ma wyłącznie charakteru technicznego. Otrzymałą kopię odwołania zamawiający ma obowiązek niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 2 dni, przesłać innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 ustawy Pzp). Zaś w oparciu o przesłaną kopię odwołania wykonawcy ci podejmują decyzję co do przystąpienia do postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 ustawy Pzp). W niniejszej sprawie, z uwagi na zaniechanie odwołującego, zamawiający w dniu 7 maja 2013 r. przesłał innym wykonawcom i przystępującemu jedynie zasadniczą

część odwołania (raporty z transmisji faksowej 7 stron z 7 maja 2013 r., w aktach sprawy). Zatem inni wykonawcy i przystępujący podejmując decyzję co do zgłoszenia przystąpienia, nie mogli korespondencji odwołującego z certyfikatorem znać, co mogło wpłynąć na decyzję co do przystąpienia lub nie do postępowania odwoławczego. W ocenie Izby prawidłowe wykonanie obowiązku nałożonego na odwołującego wpływa na właściwe kształtowanie kręgu uczestników postępowania odwoławczego. Ustawodawca, dostrzegając rolę analizowanego przepisu, jego naruszenie sankcjonuje koniecznością odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Ponadto, zgodnie z art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zamawiający ma prawo do podjęcia decyzji co do ewentualnego uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu w całości i tym samym uniknięcia ponoszenia kosztów postępowania odwoławczego (art. 186 ust. 6 ustawy Pzp). Przesłanie niepełnej kopii odwołania może utrudnić, a w niektórych sytuacjach uniemożliwić, skorzystanie zamawiającemu z tego uprawnienia.

Uwzględniając fakt, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono rozpoznawane przez Izbę odwołanie jest postępowaniem powyżej tzw. progów unijnych, na podstawie przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania oraz przesłania zamawiającemu jego kopii upływał w dniu 4 maja 2013 r. (10 dni od dnia 24 kwietnia 2013 r., kiedy to zamawiający przesłał pocztą elektroniczną i faksem odwołującemu zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania). Zatem stwierdzić należy, że przekazanie zamawiającemu w dniu 2 maja 2013 r. zubożonej, niepełnej treści odwołania, która nie obejmowała korespondencji odwołującego z dostawcą podpisu elektronicznego, oznacza, że odwołujący nie dopełnił obowiązku wynikającego z przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp przekazania pełnej kopii odwołania przed upływem terminu na jego wniesienie. 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 w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 7 w zw. z art. 180 ust. 5 z art. 189 ust. 3 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

Jednocześnie Izba oddaliła wniosek o zasądzenie zwrotu kosztów stawiennictwa na posiedzenie pełnomocników zamawiającego, uznając że wniosek taki nie znajdował oparcia w brzmieniu ww. przepisów. Izba wzięła pod uwagę, że skoro strona wystąpiła o zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, to koszty stawiennictwa pełnomocnika na posiedzenie winny mieścić się w kwocie wynagrodzenia pełnomocnika, zaś zwrot kosztów stawiennictwa na posiedzenie przysługiwać mógłby, w okolicznościach niniejszej sprawy, wyłącznie stronie, która nie była reprezentowana przez pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....