

Sygn. akt: KIO 1117/16, KIO 1119/16, KIO 1127/16

POSTANOWIENIE
z dnia 5 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu w dniu 5 lipca 2016 r. w Warszawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu **24 czerwca 2016 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A. we Wrocławiu** (sygn. akt KIO 1117/16),
- B) w dniu **24 czerwca 2016 r.** przez wykonawcę **Budimex S.A. w Warszawie** (sygn. akt KIO 1119/16),
- C) w dniu **24 czerwca 2016 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty-Łódź S.A. w Łodzi** (sygn. akt KIO 1127/16),

w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Miejski Ogród Zoologiczny w Łodzi sp. z o.o. w organizacji z siedzibą w Łodzi**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Robót Mostowych Mosty-Łódź S.A. w Łodzi**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1117/16 po stronie odwołującego

postanawia:

- 1. umarza postępowania odwoławcze,
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz:
 - 2.1. wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budowlanego Inter-System S.A. we Wrocławiu** kwoty **18.000 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu,
 - 2.2. wykonawcy **Budimex S.A. w Warszawie** kwoty **18.000 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu,

- 2.3. wykonawcy **Przedsiębiorstwa Robót Mostowych Mosty-Łódź S.A. w Łodzi** kwoty **18.000 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miejski Ogród Zoologiczny w Łodzi sp. z o.o. w organizacji z siedzibą w Łodzi, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa wielofunkcyjnego pawilonu hodowlano – wystawienniczego wraz z wybiegami zewnętrznymi zwierząt zwanego <Orientarium> na terenie Miejskiego Ogrodu Zoologicznego sp. z o.o.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 czerwca 2016 r., nr 2016/S 114-202912.

W dniu 24 czerwca 2016 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A. we Wrocławiu, zwany dalej „odwołującym Inter-System”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, które oznaczono sygn. akt KIO 1117/16.

W dniu 24 czerwca 2016 r. wykonawca Budimex S.A. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym Budimex”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, które oznaczono sygn. akt KIO 1119/16.

W dniu 24 czerwca 2016 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty-Łódź S.A. w Łodzi, zwany dalej „odwołującym Mosty-Łódź”, wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, które oznaczono sygn. akt KIO 1127/16.

Kopie odwołań wraz z wezwaniem do udziału w postępowaniach odwoławczych zostały zamieszczone przez zamawiającego na jego stronie internetowej w dniu 24 czerwca 2016 r. W dniu 27 czerwca 2016 r. zamawiający dodatkowo przekazał wykonawcom, których znał, kopie odwołań wraz z wezwaniem w formie faksu. Powyższe ustalono na podstawie maila przesłanego przez zamawiającego w dniu 28 czerwca 2016 r. (znak MOZ.311.2016).

W dniu 27 czerwca 2016 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A. we Wrocławiu przesłał Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawach o sygn. akt KIO 1119/16 oraz KIO 1127/16 w formie faksu. W dniu 30 czerwca 2016 r. wykonawca ten doręczył Prezesowi Izby tożsame zgłoszenie w formie pisemnej.

W dniu 27 czerwca 2016 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty-Łódź S.A. w Łodzi doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1117/16.

W dniu 1 lipca 2016 r. odwołujący Inter-System oraz odwołujący Mosty-Łódź przesłali Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenia o cofnięciu odwołań. Odwołujący

Budimex doręczył Prezesowi Izby oświadczenie o cofnięciu wniesionego przez siebie odwołania w dniu 5 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie o sygn. akt KIO 1117/16 w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty-Łódź S.A. w Łodzi, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

W następnej kolejności Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniach odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1119/16 oraz KIO 1127/16 wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego Inter-System S.A. we Wrocławiu.

Stosownie do art. 185 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.* Ponadto zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od daty otrzymania kopii odwołania, przy czym zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu, a jego kopie przesyła zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Odwołania w sprawach o sygn. akt KIO 1119/16 oraz KIO 1127/16 dotyczyły treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba ustaliła, że zamawiający kopię odwołań wraz z wezwaniami do udziału w postępowaniach odwoławczych zamieścił na swej stronie internetowej w dniu 24 czerwca 2016 r. Dodatkowo zamawiający przesłał dokumenty ww. wykonawcy w dniu 27 czerwca 2016 r. faksem. Zgłoszenie przystąpienia do postępowań odwoławczych zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej przewidzianej w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp w dniu 30 czerwca 2016 roku. Wskazać w tym miejscu należy, że dla zachowania terminu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego znaczenie ma data doręczenia zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu. Nie można zatem uznać, że

wniesienie przystąpienia nastąpiło w dniu 27 czerwca 2016 roku tj. w dniu przekazania zgłoszenia do Prezesa Izby w formie faxu.

Izba stwierdziła, że wobec przekazania w dniu 24 czerwca 2016 roku, w formie elektronicznej kopii odwołania wraz wezwaniami do udziału w postępowaniach odwoławczych, wniesione w dniu 30 czerwca 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowań odwoławczych przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A. we Wrocławiu zostało wniesione z uchybieniem ustawowego 3 - dniowego terminu do jego wniesienia i skutkuje niedopuszczeniem zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniach odwoławczych. W konsekwencji wykonawca ten nie jest uczestnikiem postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1119/16 i KIO 1127/16. Termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ma charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu a jego niedochowanie powoduje utratę prawa do udziału w postępowaniu odwoławczym i uzyskania statusu uczestnika postępowania odwoławczego. Uzasadniając liczenie terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowań odwoławczych od dnia 24 czerwca 2016 roku tj. od dnia przekazania informacji o wniesionych odwołaniach oraz kopii odwołań za pośrednictwem strony internetowej zamawiającego, przywołać należy kwalifikowaną teorię doręczeń, wynikającą z dyspozycji art. 61 § 1 kodeksu cywilnego, zgodnie z którą oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Dodatkowo wskazać należy na treść art. 61 § 2 kodeksu cywilnego, który określa samodzielną normę zapoznania się z treścią oświadczenia woli złożonego w postaci elektronicznej. W przypadku oświadczeń woli złożonych innej osobie wyrażonych w postaci elektronicznej ustawodawca przyjął, że oświadczenie to jest złożone z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Podkreślić należy, że adresata wiadomości obciążają negatywne konsekwencje niezapoznania się z otrzymaną drogą elektroniczną informacją. Dla oceny skuteczności złożenia oświadczenia istotne jest to czy adresat miał możliwość zapoznania się z jego treścią a nie data faktycznego zapoznania się z treścią tej informacji. Co do zasady dowód wprowadzenia oświadczenia do środka komunikacji elektronicznej pociąga za sobą domniemanie faktyczne, że adresat mógł zapoznać się z treścią komunikatu, zaś ciężar dowodu, że adresat z uzasadnionych względów nie mógł zapoznać się z oświadczeniem spoczywa na odbiorcy wiadomości. Przenosząc powyższe rozważania na rozpatrywany stan faktyczny, wskazać należy, że zamawiający przedstawił wiarygodny dowód, z którego wynika że w dniu 24 czerwca 2016 roku zamieścił na swej stronie internetowej kopie odwołań wraz z wezwaniami do udziału w postępowaniach odwoławczych.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia kwestii terminowości zgłoszenia przystąpienia do postępowań odwoławczych pozostaje data dodatkowego przesłania przez zamawiającego kopii odwołań wraz z wezwaniami faksem i zapoznania się z ich treścią w dniu 27 czerwca 2016 roku. Podkreślenia wymagało to, że odwołania dotyczyły treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 185 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie przewiduje w odniesieniu do odwołań dotyczących treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązek zamieszczenia ich kopii na stronie internetowej wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wywołanym danym odwołaniem. Publikacja kopii odwołania wraz ze stosownym wezwaniem na stronie internetowej jest równoznaczna z otrzymaniem kopii odwołania wyznaczającym początek biegu terminu na zgłoszenie przystąpienia zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Przyjęcie interpretacji że bieg terminu rozpoczął się od dnia, kiedy wykonawca otrzymał kopię odwołania przesłaną mu przez zamawiającego faksem, oznaczałoby dopuszczenie różnych terminów na zgłoszenie przystąpień pomimo faktu publikacji kopii odwołania na stronie (inny termin byłby dla wykonawców, o których zamawiający wie, iż są zainteresowani postępowaniem, inny dla tych, co do których takiej informacji nie posiada lub uzyskuje ją w terminie późniejszym). Powyższe naruszałoby naczelną zasadę równości wykonawców w postępowaniu, jak również czyniłoby w dużej mierze bezprzedmiotowym obowiązek publikacji kopii odwołania na stronie internetowej. Ponadto, w skrajnych przypadkach, termin na zgłoszenie przystąpienia liczony od daty zamieszczenia kopii odwołania na stronie internetowej mógłby się skończyć zanim zamawiający przekazałby wykonawcom kopię odwołania wraz z wezwaniem w innej formie. Powyższe byłoby niedopuszczalne biorąc pod uwagę, że termin na zgłoszenie przystąpienia ma charakter zawity. Biorąc powyższe pod uwagę Izba postanowiła nie dopuścić wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego Inter-System S.A. we Wrocławiu do udziału w postępowaniach odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 1119/16 oraz KIO 1127/16. Identyczny pogląd na tle analogicznego stanu faktycznego został wyrażony w wyroku Izby z dnia 18 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 440/11, KIO 448/11, KIO 451/11, KIO 458/11).

Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Zgodnie zaś z art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.

Odwołujący złożyli skuteczne oświadczenia o cofnięciu wniesionych przez siebie odwołań, co nastąpiło przed otwarciem rozprawy. Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8, art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, postanowiła, w drodze postanowienia, umorzyć postępowania odwoławcze w tych sprawach.

Stosownie do art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy Pzp, *jeżeli cofnięcie odwołania nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu*. Analogiczne brzmienie posiada przepis § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 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).

Ponieważ odwołujący cofnęli odwołania przed otwarciem rozprawy, Izba na podstawie art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a powołanego rozporządzenia postanowiła o dokonaniu zwrotu każdemu z odwołujących z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 18.000,00 zł, stanowiącej 90 % kwoty uiszczonej przez każdego z nich tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: