Sygn. akt KIO 1509/11

POSTANOWIENIE
z dnia 26 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i pełnomocników w dniu 26 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie** od czynności zamawiającego **Radomskiego Szpitala Specjalistycznego im. dr Tytusa Chałubińskiego w Radomiu,**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: **"Aesculap Chifa" Sp. z o.o. w Nowy Tomyślu w części I postępowania oraz Przedsiębiorstwo YAVO Sp. z o.o. w Bełchatowie i EPIC MEDICAL Marcin Plichta w Poznaniu w części II postępowania**

orzeka:

1. **odrzuca odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża **Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie** i:

2.1 nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie.**

2.2. zasądza od **Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Radomskiego Szpitala Specjalistycznego im. dr Tytusa Chałubińskiego w Radomiu** kwotę

---

3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 Radomiu.**

Przewodniczący:

……

Uzasadnienie

Zamawiający - Radomski Szpital Specjalistyczny im. Dr Tytusa Chałubińskiego w Radomiu – 6 lipca 2011 przesłał informację o wynikach postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2011r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako „ustawa" lub „Pzp"). Przedmiotem postępowania jest zakup i dostawa nici chirurgicznych dla potrzeb zamawiającego, wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwoty wskazane w art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca - Covidien Polska Sp. z o.o. w Warszawie - wniósł odwołanie wobec czynności oraz zaniechania czynności przez zamawiającego polegających na nieodrzuceniu, dopuszczeniu do końcowej oceny i wyborze jako najkorzystniejszych ofert „Aesculap Chifa" Sp. z o.o. w Nowym Tomyślu w części I, Przedsiębiorstwa „YAVO" Sp. z o.o. w Bełchatowie w części II postępowania oraz nieodrzuceniu i ocenie oferty Marcin Plichty prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EPIC MEDICAL Marcin Plichta w Poznaniu w części II. Nadto odwołujący podniósł zarzut

zaniechania wyboru złożonej przez niego oferty w obu częściach postępowania.
Wskazując na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 Pzp wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części I i II, dokonania powtórnego badania i oceny ofert, odrzucenia ofert: „Aesculap Chifa" Sp. z o. o., Przedsiębiorstwa „YAVO" Sp. z o. o., EPIC MEDICAL Marcin Plichta, dokonania wyboru oferty odwołującego. Odwołujący wniósł również o wpłatę kwoty stanowiącej uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania na podniesione okoliczności.

Wykonawcy „Aesculap Chifa" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo „YAVO" Sp. z o.o. oraz Marcin Plichta prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EPIC MEDICAL Marcin Plichta zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołania. Marcin Plichta wnosił również o odrzucenie odwołania z powodu braku czytelności całej treści otrzymanej kopii odwołania.

Przed otwarciem posiedzenia odwołujący złożył na piśmie opozycję przeciwko dopuszczeniu do udziału w postępowaniu odwoławczym wszystkich wykonawców, którzy zgłosili przystąpienie. Zarzucił niezachowanie przesłanek zawartych w art. 185 ust. 2 Pzp, z uwagi

na fakt, że kopie zgłoszenia przystąpień nie zostały przekazane ustanowionemu pełnomocnikowi - radcy prawnemu Arkadiuszowi Koperowi, który podpisał odwołanie.
Na posiedzeniu zarzucił Marcinowi Plichcie brak interesu prawnego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie uwzględniła wniosków przystępującego.
Stosownie do art. 185 ust. 4 zd. 2 Pzp, Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycje uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił; w przeciwnym razie Izba oddala opozycję.
Z przywołanego przepisu wyprowadzić można dwa wnioski. Po pierwsze: podstawą do zgłoszenia opozycji może być wyłącznie zarzut braku interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której wykonawca zgłasza przystąpienie. Wskazane w art. 185 ust. 2 Pzp pozostałe przestanki w postaci: zachowania terminu na zgłoszenie przystąpienia, formy oświadczenia oraz obowiązku przekazania kopii zgłoszenia odwołującemu i zamawiającemu, mimo, że warunkują one skuteczność zgłoszenia przystąpienia i podlegają obligatoryjnemu badaniu przez Izbę, nie mogą stać się, w aktualnym stanie prawnym, podstawą opozycji.
O uwzględnieniu lub oddaleniu opozycji Izba orzeka w formie postanowienia na podstawie art. 185 ust. 4 zd. 4 Pzp. Z uwagi na zamknięty charakter regulacji art. 185 ust. 4 Pzp oraz brak innego przepisu ustawy stanowiącego podstawę do wydania postanowienia, niezachowanie pozostałych przesłanek zgłoszenia przystąpienia warunkować może wyłącznie uznanie braku skuteczności przystąpienia.
Po wtóre: podstawą opozycji może stać się uprawdopodobnienie braku interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść wskazanej strony, nie zaś braku interesu prawnego.
Uszło odwołującemu, że nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych dokonana ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778 ze zm.) zmieniła materialno prawne przesłanki dopuszczalności rozpoznania odwołania. Kategorię interesu prawnego zastąpiły przesłanki interesu oraz szkody. Adekwatnie, również w zakresie instytucji przystąpienia, skuteczność zgłoszenia przystąpienia nie jest obecnie uwarunkowana wykazaniem interesu prawnego – bezpośredniego związku utraty możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawcę zgłaszającego przystąpienie z normą prawną. Przepisy art. 185 ust. 2 – 4 Pzp posługują się kategorią interesu, który może mieć postać tak interesu prawnego, jak i faktycznego, co zbliża przesłanki uczestnictwa w procedurze odwoławczej do postępowania nieprocesowego uregulowanego w przepisach kodeksu postępowania cywilnego. Podkreślić przy tym należy, że do zgłoszenie przystąpienia, inaczej niż stanowi to art. 179 ust. 1 Pzp, nie jest niezbędne wykazywanie szkody.

Odnosząc przedstawione rozważania do wniosku odwołującego, Izba stwierdziła, że opozycja jest dopuszczalna wyłącznie w odniesieniu do Marcina Plichty. Izba postanowiła oddalić opozycję. Interes wykonawcy, który złożył ofertę, ocenioną w części II zamówienia, jako druga w kolejności po uznanej za najkorzystniejszą ofercie Przedsiębiorstwa „Yavo" Sp. z o.o., w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego jest niewątpliwy.

Izba uznała również, że wykonawcy zachowali wynikający z art. 185 ust. 2 zd. 2 *in fine* Pzp obowiązek przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu. Przywołany przepis nakazuje przesłanie kopii zgłoszenia zamawiającemu oraz wykonawcy, który wniósł odwołanie.
Odwołujący przyznał, że otrzymał kopie zgłoszeń przystąpień wszystkich trzech wykonawców. Z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie sposób wywieść obowiązku przesyłania ustanowionemu pełnomocnikowi pism w toku postępowania odwoławczego. Zgodnie z art.185 ust. 7 Pzp stanowi, do postępowania odwoławczego stosuje się przepisy kodeksu postępowania cywilnego – o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Fakultatywne i wyłączne zastosowanie przepisów o sądzie polubownym powoduje brak podstaw do zastosowania, za pośrednictwem art. 13 § 2 k.p.c., art. 133 § 3 k.p.c., z którego wynika obowiązek dokonywania doręczeń ustanowionemu pełnomocnikowi procesowemu.

Izba stwierdziła, że „Aesculap Chifa" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo „YAVO" Sp. z o.o. oraz Marcin Plichta prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EPIC MEDICAL Marcin Plichta zachowali przesłanki zgłoszenia przystąpienia i stali się uczestnikami postępowania odwoławczego (przystępującymi).

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp. Przywołany przepis obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, jeżeli odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania.
Izba ustaliła, że odwołujący przesłał zamawiającemu kopię odwołania faksem w piątek 15 lipca 2011 r. za pośrednictwem faksu, dokonując transmisji partiami między godziną 14.13 a 14.35, ostatniego dnia roboczego przed upływem terminu na wniesienie odwołania. Odwołujący nie wnosił do zamawiającego o potwierdzenie otrzymania odwołania i jego czytelności. Kopia odwołania nie zawiera żadnej adnotacji o tej treści. Zamawiający zaprzeczył twierdzeniu odwołującego, że sekretarka wysyłająca odwołanie z kancelarii pełnomocnika odwołującego prosiła telefonicznie o potwierdzenie. Odwołujący zgłoszonego twierdzenia nie poparł dowodem.

W treści odwołania zostały zamieszczone fotokopie dwóch dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania, dwa załączniki do odwołania stanowią również fotokopie. Są to odpowiednio: oświadczenie pracownika zamawiającego z 11 lipca 2011r., notka pracownika zamawiającego z rozmowy telefonicznej z pracownikiem EPIC MEDCAL Marcin Plichta z 21 czerwca 2011 oraz pismo zamawiającego do „Aesculap Chifa" Sp. z o.o. w sprawie wyjaśnienia treści oferty z 13 czerwca 2011r. i odpowiedź wykonawcy z 21 czerwca 2011r. Treści odwołania oraz załączników, których oryginał zamawiający okazał, jest w tych miejscach nieczytelna, całkowicie zaczerniona.
Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania w takiej postaci, w jakiej otrzymał go od odwołującego.

Art. 180 ust. 5 Pzp stanowi, że odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, w taki sposób, by mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło za pomocą jednego ze sposobów określonych w art. 27 ust. 2. Z kolei stosownie do art. 27 ust. 2 Pzp jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.
Przenosząc regulacje ustawowe na grunt dokonanych na posiedzeniu ustaleń, stwierdzić trzeba, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania przed upływem terminu ustawowego w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią.

Obowiązek przekazania kopii odwołania jest spełniony dopiero wtedy, gdy zamawiający w terminie zakreślonym ustawą może zapoznać się z pełną treścią odwołania wniesionego do Prezesa Izby.
Przesłanie kopii zawierającej miejsca wyczernione, nieczytelne nie wypełnia dyspozycji ustawy.
Zważyć należy, że w obecnym stanie prawnym zachowanie obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania ma doniosłe znaczenie. Wszak tylko poznanie całości wskazanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych oraz uzyskanie wiedzy, jakie dowody zostają powołane na potwierdzenie zarzutów odwołania, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów, tak przez zamawiającego, jak i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W wyniku dokonanej analizy zamawiający może uwzględnić zarzuty odwołania albo przygotować stanowisko zmierzające do ich oddalenia, wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą podjąć decyzję o zgłoszeniu przystąpienia oraz o ewentualnym sprzeciwie wobec uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego. Prawidłowe skorzystanie z instytucji uwzględnienia zarzutów odwołania w całości oraz możliwość zgłoszenia sprzeciwu,

wskazanych w art. 186 ust. 2 i 3, jest możliwe zatem jedynie wówczas, gdy kopia odwołania zostanie przez odwołującego przekazana zamawiającemu w pełni swojej treści.
Drugorzędne znaczenie ma rzeczywista merytoryczna waga elementów treści odwołania, z którymi zamawiający, a w konsekwencji również wszyscy przystępujący wykonawcy, nie mieli możliwości się zapoznać. Pozbawiona doniosłości prawnej jest również okoliczność, że odwołanie w swojej nieczytelnej części zawiera fotokopie dokumentów postępowania.
Wskazać należy, przede wszystkim, że nie jest rzeczą zamawiającego, ani wykonawców uczestniczących w postępowaniu domyślanie się, jaka treść odwołania kryje się w nieczytelnych miejscach.
Argument, że skoro zamawiający jest w posiadaniu całości dokumentacji postępowania, to brak czytelności odwołania w tej części nie powoduje osłabienia jego pozycji w sporze, nie jest pozbawiony racjonalnych podstaw. Jest jednak trafny wyłącznie w stosunku do zamawiającego, natomiast w odniesieniu do wykonawców uczestniczących w postępowaniu jest całkowicie chybiony. Podkreślić trzeba, że kopię odwołania przekazaną przez odwołującego, zamawiający stosownie do art. 185 ust. 1 Pzp przesyła niezwłocznie wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. O ile można sobie wyobrazić, że zamawiający mógłby ustalić pominiętą treści odwołania, jeśli nieczytelne dokumenty wchodzące w jej skład zostałyby wprost wymienione w treści odwołania, o tyle w przypadku wykonawców uczestniczących w postępowaniu jest to niemożliwe, a sytuacja taka godzi w ich prawa w postępowaniu.
Zatem, dla realizacji praw przyznanych zamawiającemu i wykonawcom zainteresowanych rozstrzygnięciem w przepisach ustawy, niezbędne jest, aby źródło wiedzy o zarzutach podnoszonych wobec czynności i zaniechań zamawiającego stanowiła wyłącznie treść odwołania.

Obowiązek przekazania kopii odwołania w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią spoczywa w całości na odwołującym. Zamawiający nie jest w żaden sposób zobowiązany do tego, aby informować odwołującego, o tym, że kopia odwołania jest niepełna lub nieczytelna. Z uwagi na skutki, które ustawa wiąże z niedopełnieniem obowiązku przekazania kopii odwołania przez odwołującego, oczekiwanie takie pozbawione jest racjonalnych podstaw.
Odwołujący, działając zgodnie ze swoim interesem, winien skorzystać z przewidzianej w art. 27 ust. 2 Pzp możliwości potwierdzenia otrzymania odwołania, w tym ilości stron i ich czytelności, czego zamawiający nie może odmówić. Konsekwencje zaniechania uzyskania potwierdzenia prawidłowego wykonania czynności istotnej dla praw odwołującego w postępowaniu mogą obciążać wyłącznie jego.

Z uwagi na profesjonalny charakter prowadzonej przez siebie działalności, odwołujący winien dołożyć należytej staranności i nie upewnić się, czy kopia odwołania dotarła do zamawiającego w taki sposób, że może on zapoznać się z jej treścią.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 sierpnia 1993 r. (sygn. akt III CRN 77/93), wskazał, że *„Należyta staranność dłużnika, określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej (art. 355 § 2 k.c), obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej"*
Natomiast w wyroku Sąd Apelacyjny w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r. (sygn. akt : ACa 1018/05) wywiódł, iż *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności".*

Przesłanie zamawiającemu niepełnej treści odwołania, oznacza, że odwołujący nie przesłał kopii odwołania w rozumieniu art. 180 ust. 3 i 5 Pzp. Odwołujący nie dopełnił obowiązku wynikającego z art. 180 ust. 5 Pzp, co obliguje Izbę do zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp do odrzucenia odwołania.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie z art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp odrzuciła odwołanie, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie Pzp.

Przewodniczący: ……