

Sygn. akt: KIO/UZP 279 /08

POSTANOWIENIE
z dnia 14 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Luiza Łamejko
Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu /~~rozprawie~~^{*} w dniu **14 kwietnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Deloitte Business Consulting S.A. ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **ppup Poczta Polska Pl. Małachowskiego 2, 00-940 Warszawa** protestu z dnia 14 marca 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego XXX po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego^{*}.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Deloitte Business Consulting S.A. ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Deloitte Business Consulting S.A. ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy) przez **Deloitte Business Consulting S.A. ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa** na rzecz **ppup Poczta Polska Pl. Małachowskiego 2, 00-940 Warszawa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Deloitte Business Consulting S.A. ul. Piękna 18, 00-549 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – ppup „Poczta Polska” prowadzi, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Opracowanie strategii Poczty Polskiej na lata 2009 – 2015”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 6 września 2007 r. pod numerem 2007/ S 171-210925.

Dnia 14 marca 2008 r. Deloitte Business Consulting S.A. wniósł protest dotyczący Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655) :

1. art. 91 ust.2 w zw. z art. 7 ust.1 poprzez niezgodne z ustawą określenie kryteriów oceny ofert,
2. art. 29 ust.1 i 2 oraz art. 30 ust. 1 poprzez sprzeczne z ustawą przedstawienie opisu przedmiotu zamówienia, brak określenia zamówienia w sposób szczegółowy i wyczerpujący,
3. art. 7 ust. 1 poprzez sprzeczne z ustawą określenie terminu wykonania zamówienia w sposób ograniczający konkurencję,
4. art. 14 oraz art. 139 w zw. z przepisami ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (DZ.U., Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) poprzez niezgodne z tymi przepisami sformułowanie zapisów § 12 załącznika nr 3 do SIWZ;

W związku z powyższym Protestujący wniósł o :

1. dookreślenie kryterium oceny ofert ostatecznych, oznaczonego w SIWZ jako Metodologia (M),
2. dookreślenie kryterium oceny ofert ostatecznych, oznaczonego w SIWZ jako Zarządzanie projektem (ZP),
3. uzupełnienie i/lub uszczegółowienie opisu przedmiotu zamówienia,
4. zmianę terminu wykonania zamówienia w odniesieniu do II etapu lub zmniejszenie zakresu usługi,
5. sformułowanie zapisów § 12 załącznika nr 3 do SIWZ w sposób zapewniający równość stron,
6. wydłużenie terminu składania ofert wstępnych o 7 dni od daty przekazania informacji o modyfikacjach wprowadzonych do SIWZ;

Zamawiający dnia 17 marca 2008 r. protest rozstrzygnął w ten sposób, że na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, protest odrzucił. W uzasadnieniu Zamawiający podał, że protest został wniesiony po terminie, tj. z uchybieniem 6-dniowego terminu przed upływem terminu składania ofert, określonego w art. 180 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wyjaśnia, że dnia 7 marca 2008 r. zaprosił Protestującego do złożenia oferty wstępnej w załączeniu przekazując SIWZ. Termin składania ofert wstępnych wyznaczono na dzień 18 marca 2008 r. Protestujący, zatem miał czas na wniesienie protestu od dnia otrzymania SIWZ, tj. 7 marca 2008 r. do dnia 11 marca 2008 r. Zaś protest został wniesiony dnia 14 marca 2008 r., czyli po terminie.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 21 marca 2008 r. wniósł odwołanie. Odwołujący się podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście, z tą zmianą, że zmodyfikował żądanie nr 6 z uwagi na wniesienie ofert wstępnych, w ten sposób, iż zażądał wydłużenia terminu składania ofert wstępnych o 7 dni od daty przekazania informacji o modyfikacjach wprowadzonych do SIWZ.

Odnosnie odrzucenia protestu Odwołujący się podkreśla, że powyższe nastąpiło z naruszeniem art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Odwołującego się art. 180 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w tym stanie faktycznym nie ma zastosowania, gdyż odnosi się do terminu składania ofert a ten nie został jeszcze wyznaczony. Dnia 17 marca 2008 r. postępowanie znajdowało się na etapie po przekazaniu zaproszenia do składania ofert wstępnych a przed ich złożeniem.

Odwołujący dalej argumentuje, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji oferty a w sprawach nieuregulowanych odsyła do k.c. Art. 66 § 1 k.c. stanowi, że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Zdaniem Odwołującego się, Zamawiający nie miał prawa uznać oferty wstępnej za ofertę. Oferta wstępna nie stanowi w myśl k.c. oferty, gdyż nie określa istotnych postanowień umowy, w szczególności ceny. Ponadto nie może być mowy o istotnych postanowieniach umowy do czasu przekazania, po przeprowadzonych negocjacjach z wykonawcami, SIWZ która kształtuje postanowienia umowy. Trudno mówić, że oferta wstępna jest wiążąca, skoro wstępny SIWZ nie określa ostatecznie zarówno przedmiotu zamówienia, jak i warunków umowy. Na potwierdzenie swojej argumentacji wskazuje wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 8 maja 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-508/07 i UZP/ZO/0-528/07).

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego się, w tym stanie faktycznym miał zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na posiedzeniu, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Protest jest środkiem ochrony wnoszonym w terminach określonych przepisami ustawy. Podkreślić należy, iż termin do wniesienia protestu ma charakter terminu zawitego, a co za tym idzie, uchybienie mu skutkuje niemożnością jego przywrócenia.

Zgodnie z art. 180 ustawy Prawo zamówień publicznych terminy na wnoszenie protestów zostały ustalone odrębnie dla różnych „grup” protestów. Dotyczy to protestów na treść : ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (art. 180 ust. 3), SIWZ w pozostałych trybach (art. 180 ust. 4). Protest na inne czynności oraz zaniechania zamawiającego wnosi się w terminie siedmiu dni od dnia, w którym wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (art. 180 ust. 2).

W badanym stanie faktycznym, Zamawiający dnia 7 marca 2008 r. przekazał Odwołującemu się zaproszenie do składania ofert wstępnych, przekazując jednocześnie SIWZ. Odwołujący się dnia 14 marca 2008 r. wniósł protest „wobec zaniechania i podjęcia przez Zamawiającego (...) czynności, do których był zobowiązany przepisami ustawy (...)”. Zdaniem Izby, z treści protestu jednoznacznie wynika, że dotyczy on postanowień SIWZ, bowiem kwestionowany jest m.in. opis przedmiotu zamówienia, termin jego wykonania oraz jeden z załączników do SIWZ, również etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na to wskazuje. Zatem, w tej sytuacji nie ma zastosowania podstawowy przepis dotyczący terminów do wnoszenia protestów, a przepis będący wyjątkiem od ogólnej reguły ustalonej w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zważywszy na fakt, że postępowanie prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem a protest dotyczy postanowień SIWZ, gdzie wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych spełnione są przesłanki do zastosowania przepisu art. 180 ust. 4 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Twierdzenia Odwołującego się, zawarte w odwołaniu, że przepis ten w badanym stanie faktycznym nie znajduje zastosowania, nie są uzasadnione. Argumentacja, iż przedmiotowa regulacja odnosi się do terminu składania ofert, podczas gdy ten nie został jeszcze przez Zamawiającego wyznaczony, nie zasługuje na uwzględnienie. Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zauważa, że okoliczność ta związana jest z obliczeniem terminu do wniesienia protestu, natomiast nie stanowi przeszkody do jego zastosowania. Przesłanki bowiem są inne, a mianowicie : protest dotyczy postanowień SIWZ, w trybie innym niż przetarg nieograniczony. Ponadto należy podkreślić, że w warunkach wystąpienia podstaw określonych w przepisie art. 180 ust. 4 ustawy Prawo

zamówień publicznych, wyłączona jest możliwość zastosowania ust. 2, co ustawodawca wyraźnie wskazuje.

Protest, w badanym stanie faktycznym, został wniesiony w siódmym dniu od dnia doręczenia SIWZ. Działanie takie należałoby uznać za prawidłowe, gdyby zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego się, że „ w omawianym przypadku miał zastosowanie art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca dotrzymał terminu na wniesienie protestu”. Wadliwe określenie przez Odwołującego się podstawy prawnej dokonanej czynności skutkuje niedotrzymaniem terminu do wniesienia środka ochrony prawnej.

W istocie, przepis art. 180 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych mówi o siedmiodniowym terminie. Jednakże termin ten jest ograniczony w zależności od wartości zamówienia, w ten sposób, iż niedopuszczalne jest jego wniesienie później niż trzy lub sześć dni przed upływem terminu składania ofert. Rację ma zatem Zamawiający, że zgodnie z art. 180 ust. 4 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący się zobowiązany był wnieść protest w terminie siedmiu dni od dnia doręczenia SIWZ, jednak nie później niż sześć dni przed upływem terminu składania ofert.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zauważa, że co do zasady zapewniony siedmiodniowy termin do wniesienia protestu, w pewnych wypadkach ulega modyfikacji, co w efekcie może prowadzić do jego skrócenia. W badanym stanie faktycznym, należało rozważyć co oznacza sformułowanie „termin składania ofert” w kontekście przywołanego przepisu. Rozstrzygnięcie tego problemu, pozwoli na prawidłowe obliczenie terminu (określenie momentu, od którego należy liczyć termin wstecz) i w konsekwencji da możliwość oceny, czy protest został wniesiony w wymaganym terminie.

W przepisie art. 180 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca mówi o ofertach. Przepis ten znajduje zastosowanie do trybów innych niż przetarg nieograniczony, zatem w tym również do negocjacji z ogłoszeniem, w którym występują oferty wstępne. Konstrukcja tego przepisu, gdzie ustawodawca zastosował tożsame rozwiązania do wszystkich pozostałych trybów, nie pozwala na posługiwanie się, w dalszej treści tego przepisu, sformułowaniem „termin składania ofert wstępnych i ofert”, bowiem nie we wszystkich tych „innych trybach” mamy do czynienia z ofertami wstępnymi. Jednakże fakt ich występowania nie może być pominięty. W ocenie Izby, sformułowanie „termin składania ofert”, odnosi się również do ofert wstępnych.

Należy zauważyć, że postępowanie prowadzone w trybie negocjacji z ogłoszeniem składa się z kilku etapów, w tym na dwóch etapach wykonawca może otrzymać SIWZ. Po raz pierwszy, wraz z zaproszeniem do składania ofert wstępnych, po raz drugi, gdy zamawiający zdecyduje się doprecyzować lub uzupełnić SIWZ w wyniku przeprowadzonych negocjacji. Powyższe prowadzi do przekonania, że termin siedmiodniowy, o którym mowa w art. 180 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych biegnie od dnia każdego z doręczeń SIWZ i jest

ograniczony w zależności od tego, na którym etapie postępowania następuje przekazanie SIWZ, albo terminem składania ofert wstępnych albo ofert (ostatecznych).

Inne stanowisko nie znajdowałoby uzasadnienia również z uwagi na fakt, że gdyby przyjąć, iż termin składania ofert dotyczy jedynie ofert właściwych (ostatecznych), to wniesienie protestu dotyczącego „pierwszej wersji” SIWZ nie wiązałoby się faktycznie z ograniczeniem tego terminu, o którym mowa w pkt 2 omawianego przepisu. Należy bowiem wskazać na przepis art. 57 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że przepisów m.in. art. 36 ust. 1 pkt 11 przedmiotowej ustawy (miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert) nie stosuje się. W konsekwencji, dotrzymanie siedmiodniowego terminu, zawsze gwarantowałoby dotrzymanie terminu na wniesienie protestu. Skoro termin składania ofert jest nieznanym na tym etapie postępowania, zatem nie można wyliczyć od daty nieznanego terminu wstecz i co za tym idzie, przekroczyć go. W tej sytuacji, przyjęcie takiego rozwiązania, czyniłoby przepis art. 180 ust. 4 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych martwym, na etapie pierwszego doręczenia SIWZ.

W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko takie potwierdza również wykładnia celowościowa brzmienia art. 180 ustawy Prawo zamówień publicznych, z której wynika, iż *ratio legis* unormowań w tym zakresie, było jednak ograniczenie terminu, w którym dopuszczalne jest oprotestowanie zapisów SIWZ w ten sposób, by możliwe było zapewnienie sprawnego przebiegu postępowania. W tym aspekcie, wniesienie protestu w terminie siedmiu dni, nie później niż sześć dni przed upływem terminu do składania ofert wstępnych, pozwoli na skonstruowanie tych ofert w oparciu o postanowienia ustalone w „pierwszej wersji” SIWZ i nie stworzy możliwości oprotestowania postanowień zawartych w „drugiej wersji” SIWZ, które nie podlegały negocjacom.

Przyjęcie stanowiska, iż termin składania ofert odnosi się do ofert w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego, byłoby zbytnim uproszczeniem, ze względu na cel i charakter tego przepisu. Uregulowanie powyższe dotyczy bowiem środków ochrony prawnej i w tym kontekście musi być oceniane. Zatem definicja „oferty”, zawarta w przywołanym kodeksie, nie ma rozstrzygającego znaczenia dla analizowanego zagadnienia.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z powołanych przyczyn zarzuty merytoryczne nie były rozpatrywane na podstawie art. 187 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 17 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (DZ. U. Nr 187, poz. 1327).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejsze ~~wyrok~~/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*