

Sygn. akt: **KIO/UZP 1773 /09**

Postanowienie

z dnia 11 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Dagmara Gałczewska – Romek

Andrzej Niwicki

Protokolant: Renata Łuba

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 11 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez konsorcjum nazwane „Północ – Południe” firm: **Witex-Handel Sp. z o.o., Zakład Produkcyjno Handlowo Usługowy HAL-MET s. c. Rafał Ułaszewski, Ryszard Ułaszewski, lider Agnieszka Maciejewska Gospodarstwo Ogrodnicze Ekofrut Bobrowiec 35, 97-220 Rzeczyca** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jednostkę Wojskową nr 3036 ul. Zawiszy Czarnego, 66 – 011 Nowogród Bobrzański** protestu z dnia 31 października 2009 r.

przy udziale wykonawcy XXX, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego/odwołującego.

orzeka:

1. odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża konsorcjum „Północ – Południe” firm: Witex-Handel Sp. z o.o., Zakład Produkcyjno Handlowo Usługowy HAL-MET s. c. Rafał Ułaszewski,

Ryszard Ulaszewski, lider Agnieszka Maciejewska Gospodarstwo Ogrodnicze Ekofrut Bobrowiec 35, 97-220 Rzeszyca i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł. 00 gr. (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczonego przez odwołującego konsorcjum „Północ – Południe” firm: **Witex-Handel Sp. z o.o., Zakład Produkcyjno Handlowo Usługowy HAL-MET s. c. Rafał Ulaszewski, Ryszard Ulaszewski, Lider Agnieszka Maciejewska Gospodarstwo Ogrodnicze Ekofrut Bobrowiec 35, 97-220 Rzeszyca.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł. XXX 00 gr. (słownie: XXX)** przez na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu **XXX**.
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł. 00 gr. (słownie: XXX)** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556,00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy)** z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego konsorcjum „Północ – Południe” firm: „**Witex-Handel Sp. z o.o., Zakład Produkcyjno Handlowo Usługowy HAL-MET s. c. Rafał Ulaszewski, Ryszard Ulaszewski, Lider Agnieszka Maciejewska Gospodarstwo Ogrodnicze Ekofrut Bobrowiec 35, 97-220 Rzeszyca.**

U z a s a d n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: dostawę produktów pochodzenia zwierzęcego i mrożonych, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego podzielonym na 6 części (Dz. Urz. UE 2009 /S 162-235028 z 25.08.2009 r.) w dniu 2 listopada 2009 r. został wniesiony protest z dnia 31.10.2009 r., a następnie odwołanie przez wykonawcę konsorcjum „Północ Południe,” firm: Witex-Handel Sp. z o.o., Zakład Produkcyjno Handlowo Usługowy HAL-MET s. c. Rafał Ulaszewski, Ryszard Ulaszewski, Lider Agnieszka Maciejewska Gospodarstwo Ogrodnicze Ekofrut z siedzibą w Rzeszycy w zakresie 2 części zamówienia na produkty głęboko mrożone.

Złożenie protestu nastąpiło skutkiem powiadomienia pismem w dniu 22 października 2009 r. o wyborze oferty wykonawcy Anny Tadyszak Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe „Malus.”

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Jednostce Wojskowej nr 3036 w Nowogrodzie Bobrzańskim naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655; z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505; z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241), dalej ustawy Pzp, tj.

1. art. 87 ust. 1 ustawy przez możliwe i wielce prawdopodobne negocjacje pomiędzy zamawiającym a wykonawcą wybranym, tj. Anną Tadyszak PPH „Malus” przy interpretacji błędów w wymienione ofercie;
- 2 art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy, przez poprawienie jako omyłki rachunkowej przy uwzględnieniu jako poprawnej ceny netto 3,10 zł. za 1 kilogram ziemniaków obieranych sterylizowanych, zmiany wyliczenia całkowitej ceny netto i brutto pozycji 6 części 2 zamówienia, co miało wpływ na kolejność ofert w świetle przyjętego kryterium najniższej ceny. W ocenie odwołującego, prawidłowo została podana cena netto i brutto w danej pozycji w kwocie 3,60 zł.;
- 3 art. 7 ust. 1 ustawy, przez łączenie w ramach jednej części zamówienia ziemniaków obieranych sterylizowanych i innych produktów mrożonych, co w ocenie odwołującego, faworyzowało określony krąg wykonawców;
- 4 art. 7 ust. 2 ustawy, przez brak zapewnienia bezstronności, gdyż wybrany wykonawca na część 2, realizował wcześniej dla zamawiającego zamówienia, co w tym przypadku, w ocenie odwołującego, prowadzi do daleko idących zażyłości i wynikającej z tego przychylności zamawiającego dla wykonawcy PPH „Malus”;
- 5 art. 86 ust. 4 ustawy, przez zaniechanie podania w trakcie otwarcia ofert informacji dotyczących cen jednostkowych w złożonych formularzach poszczególnych ofert;
- 6 art. 96 ust. 3 ustawy, przez uniemożliwienie odwołującemu zapoznania się z zawartością konkurencyjnych ofert od chwili ich otwarcia, zamawiający pismem z dnia 9 października 2009 r. zawiadomił odwołującego, iż wgląd w oferty będzie możliwy 13 października 2009 r., co w ocenie odwołującego, ułatwiło możliwość ingerencji w ofertę faworyzowanego wykonawcy, na uzasadnienie swoich przypuszczeń odwołujący wskazał:
 - a) pierwsza strona oferty wybranego wykonawcy stanowi kopię, nie potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez osobę upoważnioną,
 - b) druga strona oferty też wskazuje na kopiowanie – papier, na którym sporządzono strony kserowane oferty wybranego wykonawcy, tj. str. 1,2

oraz 5 i 6, różnią się pod względem klasy jasności, co dowodzi ingerencji w ofertę w znacznym pośpiechu i raczej po otwarciu ofert, z uwagi na datowanie oferty na 5 dni przed upływem terminu składania,

- c) od strony 7 numeracja przebiega prawidłowo, ponieważ jak podał odwołujący, dalej niepotrzebne było „upiększanie” oferty, dla osiągnięcia celu, gdzie w części 2 ingerencja w pozycję 6 umożliwiła zmianę mającą wpływ na wynik tego postępowania,
 - d) odwołujący wskazywał także na różnicę w pisowni, koloru długopisu i charakteru pisma pomiędzy stronami oferty wybranego wykonawcy, które odwołujący uważa za oryginalne, a tymi które uważa za zmieniane,
 - e) odwołujący podnosił, iż ma miejsce zmowa przetargowa między zamawiającym a jednym z wykonawców, przez co podpisanie umowy byłoby niezgodne z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp,
- 7 art. 7 ust. 3 ustawy, ze względu na naruszenie zasad prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne i wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy,
- 8 postępowanie w zakresie części 2, w opinii odwołującego, obarczone jest wadą uniemożliwiającą prawidłowe porównanie ofert w zakresie doświadczenia wykonawców przez połączenie w jednej części produktów mrożonych i ziemniaków obieranych sterylizowanych, gdyż nie można wykazać się dostawami przy tak skonfigurowanym przedmiocie zamówienia,
- 9 zarzucił naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Kodeksu cywilnego oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jak również norm zwyczajowych, przestrzeganych przez inne Jednostki Wojskowe, wymienione przez odwołującego, co miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia oraz wniósł o:

1. unieważnienie poprawy oferty Anny Tadyszak PPH „Malus” na część 2,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty Anny Tadyszak PPH „Malus” na część 2,
3. w przypadku, gdy poprawienie oferty Anny Tadyszak PPH „Malus” na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp będzie niemożliwe, o odrzuceniu tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.
4. dokonanie ponownej oceny ofert i wybranie oferty konsorcjum „Północ – Południe” firm: Witex-Handel Sp. z o.o., Zakład Produkcyjno Handlowo Usługowy HAL-MET s. c. Rafał Ułaszewski, Ryszard Ułaszewski, Lider

Agnieszka Maciejewska Gospodarstwo Ogrodnicze Ekofrut do realizacji 2 części zamówienia.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 3 listopada 2009 r. do postępowania wywołanego protestem przystąpił w dniu 4 listopada 2009 r. wykonawca wybrany Anna Tadyszak PPH „Malus,” który wniósł o oddalenie protestu i o utrzymanie czynność wyboru jego oferty na część 2 zamówienia, jednocześnie zaprzeczając wszystkim ponoszonym zarzutom protestu.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w ustawowym terminie, co zgodnie z art. 183 ust 3 ustawy Pzp uznaje się za jego oddalenie.

W odwołaniu wniesionym w dniu 20 listopada 2009 r. z kopią przekazaną zamawiającemu faksem w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały potrzymane w całości wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia poprawy oferty Anny Tadyszak PPH „Malus” na część 2,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty Anny Tadyszak PPH „Malus” na część 2,
3. w przypadku, gdy poprawienie oferty Anny Tadyszak PPH „Malus” na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp będzie niemożliwe, nakazanie odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.
4. dokonania ponownej oceny ofert i wybrania oferty konsorcjum „Północ – Południe” firm: Witex-Handel Sp. z o.o., Zakład Produkcyjno Handlowo Usługowy HAL-MET s. c. Rafał Ułaszewski, Ryszard Ułaszewski, lider Agnieszka Maciejewska Gospodarstwo Ogrodnicze Ekofrut do realizacji 2 części zamówienia.
5. względnie o nakazanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 i ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, pism stron, złożonych w postępowaniu protestacyjno - odwoławczym. Dokumentacji akt postępowania dostarczonej przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania określone art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołanie zatem nie podlega merytorycznemu rozpatrzeniu. Odwołujący stanowi konsorcjum nazwane „Północ Południe,” składające się z firm: Witex-Handel Sp. z o.o.,

Zakład Produkcyjno Handlowo Usługowy HAL-MET s. c. Rafał Ułaszewski, Ryszard Ułaszewski, lider Agnieszka Maciejewska Gospodarstwo Ogrodnicze Ekofrut z siedzibą w Rzęczy. W dokumentach oferty znajduje się umowa konsorcjum z dnia 5 października 2009 r. upoważniająca Agnieszkę Maciejewską do pełnienia funkcji lidera konsorcjum, w tym między innymi do reprezentowania konsorcjum przed zamawiającym we wszystkich sprawach dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umowa została podpisana przez osoby uprawnione do reprezentowania uczestników konsorcjum. Jak wynika z jej treści, upoważnia lidera Agnieszkę Maciejewską jedynie do wniesienia protestu do zamawiającego jako środka ochrony prawnej o charakterze reklamacyjnym. Natomiast nie zawiera umocowania do wnoszenia odwołań do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w tym postępowaniu ani do reprezentowania konsorcjum przed Krajową Izbą Odwoławczą. Ponadto umowa przewiduje, iż wszelkie dokumenty i oświadczenia podpisywane w imieniu konsorcjum lub jego członków wymagają wcześniejszej pisemnej zgody każdego z członków konsorcjum. Takiej zgody, działająca jako lider konsorcjum Agnieszka Maciejewska również do odwołania nie dołączyła. Dla skutecznego wniesienia odwołania wymagane jest aby zostało ono podpisane przez osoby umocowane do reprezentowania poszczególnych podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie, które złożyły ofertę (art. 23 ustawy Pzp). W przypadku reprezentowania wykonawcy przez pełnomocnika, wymagane jest załączenie do odwołania pełnomocnictwa co najmniej rodzajowego w rozumieniu art. 98 K.c., upoważniającego do wnoszenia odwołań w danym postępowaniu, albo powołanie się na pełnomocnictwo uprzednio złożone do akt postępowania np. zawarte w dokumentach oferty. W przekazanej przez zamawiającego dokumentacji akt postępowania, prócz powołanej wyżej umowy konsorcjum, inne pełnomocnictwo dla p. Agnieszki Maciejewskiej nie występuje.

Przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, ani rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.), nie przewidują możliwości uzupełniania braków w oznaczeniu czy reprezentacji strony. Przepis § 1 ust. 2 pkt 4 powołanego rozporządzenia zobowiązuje wykonawcę wnoszącego odwołanie do dołączenia pełnomocnictwa, w sytuacji jeżeli jest on zastępowany przez pełnomocnika. Ustalenie, iż protest lub odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania na posiedzeniu niejawnym.

Stwierdzenie powyższych okoliczności powoduje, iż Krajowa Izba Odwoławcza z urzędu odrzuca odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 5 i 6 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....