

Sygn. akt: KIO 971/12

WYROK

z dnia 21 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2012 r. przez wykonawcę **Poczta Polska S.A., ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1 im. Prof. Tadeusza Sokołowskiego PUM w Szczecinie, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Poczta Polska S.A., ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Poczta Polską S.A., ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Poczty Polskiej S.A., ul. Rakowiecka 26, 00-940 Warszawa** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 1 im. Prof. Tadeusza Sokołowskiego PUM w Szczecinie, ul. Unii Lubelskiej 1, 71-252 Szczecin** kwotę **3 755 zł 20 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt pięć złotych, dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 971/12

Uzasadnienie

Wykonawca - Poczta Polska Spółka Akcyjna [Odwołujący] wniósł odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 Im. Prof. Tadeusza Sokołowskiego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego, którego przedmiotem jest usługa „wysyłki zaproszeń na badania cytologiczne w ramach zadań WOK ”. Odwołanie dotyczy decyzji z dnia 2.05.2012 r. o unieważnieniu przetargu oraz decyzji z dnia 7.05.2012 r. dotyczącej powtórnej oceny ofert i wyboru oferenta, a zostało wniesione na czynność odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i unieważnienia postępowania oraz wznowienia unieważnionego postępowania w wyniku informacji złożonej przez Wykonawcę MULTI spółka z o.o. i wybór oferty tego wykonawcy na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem wykonawcy odrzucenie oferty Poczty Polskiej S.A. nastąpiło na podstawie zastosowania niewłaściwego przepisu tj. art. 89 ust. 1 ustawy Prawo pocztowe, a wznowienie postępowania i czynności powtórnej oceny ofert zostały dokonane również w wyniku niewłaściwego zastosowania przepisu tj. art. 181 ust. 2 ustawy Prawo pocztowe. W uzasadnieniu wykonawca podał, że decyzją z dnia 2 maja 2012 r. unieważnione zostało postępowanie dotyczące przetargu nieograniczonego Nr OS/ZP/39/12 na usługę na wysyłkę zaproszeń na badania cytologiczne w ramach zadań WOK. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty. Jako podstawę unieważnienia postępowania wskazano nie złożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Uzasadnieniem odrzucenia oferty Poczty Polskiej S.A. była jej niezgodność z treścią SIWZ w postaci braku szczegółowego formularza cenowego. Zamawiający odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP przyjmując, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie zamawiający odrzucił drugą ofertę złożoną przez MULTI SP. Z

O.O., jako podstawę słusznie przyjmując art. 89 ust. 1 pkt. 8 w związku z art. 47 ust. 1 i 2 ustawy Prawo pocztowe. Zamawiający wskazał, że do Poczty Polskiej S.A. należy (cyt.) „wyłącznie na wysyłkę przesyłek w przedziale wagowym do 50 gram”. W tym przypadku organ niesłusznie zastosował art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP. Zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ, istotne jest określenie oferowanej ceny usługi, czemu zadość czyni wypełnienie załącznika nr 1 tj. „Oferta cenowa”. Wykonawca wypełnił załącznik i złożył razem z ofertą. Jeżeli zatem, zamawiający uznał to za niewystarczające, to stosując art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinien był wezwać Wykonawcę do uzupełnienia braków w wyznaczonym terminie. Zamawiający ww. decyzją bez takiego wezwania uznał ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp za niezgodną z treścią SIWZ i postępowanie unieważnił, a więc postąpił niezasadnie. Wykonawca następnie podał, że Zamawiający decyzją z dnia 7 maja 2012 r. w wyniku informacji złożonej przez wykonawcę [MULTI SP. Z O.O.], na podstawie art. 181 ust. 2 PZP, uznając zasadność informacji, przywrócił oferty wykonawców i dokonał czynności powtórnej oceny ofert. Na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybrał ofertę MULTI spółka z o.o. jako najkorzystniejszą. Zdaniem wykonawcy postępowaniem właściwym w przypadku zaskarżenia decyzji jest odwołanie. Złożenie przez Wykonawcę [MULTI SP. Z O.O.] informacji w trybie art. 181 ust. 1 i 2 PZP powodującej podjęcie postępowania i zmianę decyzji przez Zamawiającego stanowi, w podanym przypadku, ominięcie przepisów dotyczących odwołania celem uniknięcia obowiązku uiszczenia opłaty. Jednocześnie należy wskazać, że brak jest podstaw do zastosowania art. 181 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Decyzją z dnia 7 maja 2012 r. po powtórnej ocenie złożonych ofert, podobnie jak w przypadku decyzji z dnia 5 maja 2012 r., Zamawiający odrzucił ofertę Poczty Polskiej S.A na tej samej podstawie tj. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Ponownie uczynił to bez wezwania do uzupełnienia braków. Wybierając ofertę MULTI SP. Z O.O. powstała duża nieprawidłowość w postępowaniu Zamawiającego. Na przestrzeni 3 dni Zamawiający najpierw uznał jako podstawę odrzucenia oferty MULTI SP. Z O.O. wyłączność Poczty Polskiej S.A. na wysyłkę przesyłek w przedziale wagowym do 50 gram, a następnie zmienił decyzję, uznając ofertę słusznie odrzuconą za właściwą i najkorzystniejszą. Obok budzącego poważne wątpliwości trybu załatwienia sprawy - w drodze informacji a nie odwołania - Zamawiający w obu przypadkach odrzuca ofertę mimo uprzedniej argumentacji, że wyłącznym operatorem przesyłek w przedziale wagowym do 50 gram jest Poczta Polska S.A. Wskazał także na wyroku KIO z dnia 21 marca 2012 r. sygn. akt: KIO 476/12, w którym stwierdzono, że „nie można odmówić racji twierdzeniom zamawiającego o istnieniu uprzywilejowanej pozycji operatora publicznego, która prowadzić może do stwierdzenia istnienia monopolu naturalnego... usługi dotyczące wskazanych przesyłek mogą być świadczone przez różnych operatorów”, to jednak narzucona stawka minimalna - 2,5-krotność opłaty jaką pobiera wówczas operator publiczny za przesyłkę listową najniższego przedziału wagowego

najszyszej kategorii - w odniesieniu do przedmiotu przetargu [wysyłka zaproszeni stawia Poczta Polska S.A. w roli wyłącznego operatora. W konkluzji – wskazując na art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1, a także art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych wykonawca stwierdził, że decyzja z dnia 5 maja 2012 r. o odrzuceniu oferty Poczty Polskiej S.A. była oczywiście błędna i została oparta na zastosowaniu niewłaściwego przepisu. Oferta Poczty Polskiej S.A. została złożona w sposób czyniący zadość wymaganiom przedmiotowego postępowania przetargowego. W przypadku ewentualnych braków, na wyżej przytoczonej podstawie, Zamawiający powinien był wezwać do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie. Wątpliwości budzi również ponowne rozpatrzenie ofert w wyniku złożonych przez MULTI SP. Z O.O. informacji, z pominięciem trybu właściwego dla odwołania. Wybór oferty innego podmiotu niż Poczta Polska S.A., w przypadku, gdy przedmiotem przetargu jest usługa wysyłki zaproszeń, tj. świadczenia usług przesyłek w przedziale wagowym do 50 gram, biorąc pod uwagę obowiązującą regulację - całkowite uprzywilejowanie publicznego operatora pocztowego - budzi poważne wątpliwości.

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy Pzp, albowiem przedmiotem tego zamówienia jest usługa, której wartość szacunkowa została ustalona na kwotę 194 436,60 zł, co stanowi równowartość 48 372,13 euro i nie przekracza minimalnej równowartości kwoty 125.000 euro, a ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych. Tym samym w tym postępowaniu zgodnie z art. 182 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie [także każdy z zarzutów w nich podniesiony] może być wniesione w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Z ustaleń Izby wynika, że pismo z dnia 2.05.2012 r. wraz z informacją o odrzuceniu ofert wykonawców zostało przekazane do wykonawców mailem w tym samym dniu. To oznacza, że zarzut dotyczący decyzji z dnia 2.05.2012 r. o unieważnieniu przetargu i odrzuceniu oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy Izba w związku z art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp pozostawia bez rozpoznania, ustawa Pzp nie przewiduje bowiem częściowego odrzucenia odwołania. Izba jednocześnie stwierdza, że z uwagi na wartość zamówienia w niniejszej sprawie ma także zastosowanie art. 180 ust.2 ustawy Pzp, a zatem w pozostałym zakresie zarzuty mogą być rozpoznane tylko w granicach wyznaczonych tym przepisem. W myśl powołanego art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w

postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: (1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; (2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; (3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; oraz wobec (4) odrzucenia oferty odwołującego. Odwołanie, które dotyczy innych czynności niż wymienione Izba - w związku z art. 189 ust.2 pkt 6 ustawy Pzp - zobowiązana jest odrzucić, chyba że w odwołaniu podniesiono także zarzuty, co do których możliwe jest – zgodnie ze wskazanym art. 180 ust.2 ustawy Pzp - ich skuteczne wniesienie. W takim przypadku zarzuty dotyczące czynności innych niż wskazane w art.180 ust. 2 ustawy Pzp, Izba – tak jak w niniejszej sprawie - pozostawia bez rozpoznania. W świetle art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniach „o mniejszej wartości” – tak jak w niniejszym postępowaniu - nie jest możliwe zatem skuteczne zaskarżenie czynności wznowienia postępowania po jego unieważnieniu [tj. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o zamówienie publicznej], gdyż nie mieści się ona w katalogu czynności, wobec których przysługuje odwołanie. Także czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, jako samodzielna podstawa odwołania nie może być skutecznie zaskarżona. Jednakże uchylene czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jest możliwe, w tych przypadkach, gdy Izba stwierdza bezzasadne wykluczenie z postępowania wykonawcy wnoszącego odwołanie lub bezpodstawne odrzucenie jego oferty, która w świetle ustalonych kryteriów jako spełniająca warunki powinna być uznana za najkorzystniejszą. Jednocześnie Izba stwierdza, że rozstrzygając w zakresie zarzutu wykluczenia wykonawcy z postępowania bądź odrzucenia jego oferty Izba uwzględni w pierwszej kolejności dyrektywę wynikającą z art. 179 ust.1 ustawy Pzp zgodnie z którą, środki ochrony prawnej, w tym przypadku odwołanie, przysługują tylko temu wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Rozpoznając zatem odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy - decyzją z dnia 7.05. 2012 r. - z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp i nie zastosowania art. 26 ust.3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust.1 ustawy Pzp, Izba ustaliła, że w tym postępowaniu jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty jest cena. Cena wskazana w ofercie przez wnoszącego odwołanie wykonawcę stanowi kwotę brutto – 194 495,40 zł, a w konkurencyjnej ofercie spółki MULTI podana cena jest niższa i stanowi kwotę 193 806,60 zł. Zatem Odwołujący nie ma interesu we wnoszeniu odwołania, gdyż uwzględnienie odwołania w zakresie braku podstaw odrzucenia jego oferty nie prowadziłoby w konsekwencji do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej i tym samym odwołanie podlega oddaleniu, bez merytorycznego

rozpatrywania zarzutów i żądań w nim podniesionych. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie i doktrynie podstawą skutecznego wniesienia odwołania jest wypełnienie przez wnoszącego odwołanie materialno-prawnej przesłanki, o której stanowi wskazany przepis art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Na marginesie Izba zauważa, że de facto Odwołujący nie wskazywał podstaw odrzucenia oferty konkurencyjnej.

Mając powyższe ustalenia na uwadze orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

.....