

Sygn. akt KIO/UZP 356/10

POSTANOWIENIE
z dnia 1 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 1 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **AKCES TM Sp. z o.o., ul. Rwańska 7, 26-600 Radom** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Mazowieckiego Komendanta Wojewódzkiego Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie, ul. Polna 1, 00-622 Warszawa** protestu z dnia 18 lutego 2010 r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **AKCES TM Sp. z o.o., ul. Rwańska 7, 26-600 Radom** 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 **AKCES TM Sp. z o.o., ul. Rwańska 7, 26-600 Radom,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **3 056 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **AKCES TM Sp. z o.o., ul. Rwańska 7, 26-600 Radom.**

U z a s a d n i e n i e

Mazowiecki Komendant Wojewódzki Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym, w dniu 19 stycznia 2010 r. wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług przygotowania posiłków”.

Zamawiający w dniu 4 lutego 2010 r. zawiadomił Wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu, o wyborze oferty najkorzystniejszej. Wykonawca: Mika Sp. z o.o., w dniu 5 lutego 2010 r. wniósł do Zamawiającego protest, w którym podważył spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę: Akces TM Sp. z o.o., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Ponoślił w nim również, że oferowane przez tego Wykonawcę usługi nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego.

W dniu 10 lutego 2010 r. Akces TM Sp. z o.o. przystąpiła do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia powołanego protestu.

Zamawiający w dniu 12 lutego 2010 r. protest uwzględnił.

W dniu 16 lutego 2010 r. Wykonawcy zostali zawiadomieni przez Zamawiającego o odrzuceniu oferty złożonej przez Akces TM Sp. z o.o., o wyborze oferty złożonej przez Mika Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższała kwotę, którą Zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Akces TM Sp. z o.o. w dniu 22 lutego 2010 r. wniosła do Zamawiającego protest na czynność odrzucenia złożonej przez nią oferty, która to czynność w konsekwencji doprowadziła do wyboru oferty złożonej przez Mika Sp. z o.o. i unieważnienia postępowania.

Zamawiający w dniu 2 marca 2010 r. oddalił protest w całości.

Akces TM Sp. z o.o. w dniu 8 marca 2010 r. wniosła do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, w którym podtrzymała zarzuty podniesione w proteście.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym, z udziałem pełnomocników stron, na podstawie oświadczeń stron złożonych w trakcie postępowań toczących się w wyniku wniesienia protestów z dnia 5 lutego 2010 r. oraz z dnia 22 lutego 2010 r. oraz w odwołaniu, a także oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6) ustawy Pzp, jako dotyczące czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Izba ustaliła, że postępowanie zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), dlatego też stosuje się do niego ustawę Pzp w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie wskazanej nowelizacji.

Zgodnie z regulacją art. 187 ust. 4 pkt 6) ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3, dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Izba ustaliła, że Wykonawca: Akces TM Sp. z o.o., zwany dalej Odwołującym, w dniu 22 lutego 2010 r. wniósł protest, a następnie wobec jego oddalenia, odwołanie do Prezesa Urzędu. Zarzuca on Zamawiającemu niezgodne z prawem odrzucenie złożonej przez niego

oferty, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty złożonej przez Mika Sp. z o.o. i unieważnienia postępowania.

Wskazać należy, że oprotestowane przez Odwołującego czynności Zamawiającego zostały podjęte w konsekwencji ostatecznego rozstrzygnięcia protestu wniesionego w dniu 5 lutego 2010 r. przez Wykonawcę: Mika Sp. z o.o. Protest ten został przez Zamawiającego uwzględniony. Następstwem takiego jego rozstrzygnięcia było dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w wyniku których oferta Odwołującego została odrzucona.

Izba ustaliła, że Odwołujący w dniu 8 lutego 2010 r. został wezwany na podstawie art. 181 ust. 3 ustawy Pzp do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia przez Mika Sp. z o.o. powołanego protestu. Zgłosił on przystąpienie do tego postępowania uzyskując status jego uczestnika. Tym samym w przypadku niekorzystnego dla niego rozstrzygnięcia przysługiwało mu prawo do skorzystania z dalszych środków ochrony prawnej. Nie skorzystał on jednak z tej możliwości, nawet wobec faktu jednoznacznego wskazania przez Zamawiającego w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu na okoliczności, które skutkowały w jego ocenie koniecznością odrzucenia oferty złożonej przez Akces TM Sp. z o.o.

Odwołujący przed Izbą podnosił, iż Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu z dnia 12 lutego 2010 r. nie wskazał wyraźnie, iż oferta Odwołującego zostanie odrzucona, a zostanie jedynie powtórzona czynność badania ofert. Tym samym w jego opinii nie zostały spełnione przesłanki wniesienia odwołania od rozstrzygnięcia protestu określone w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp. Taką interpretację Odwołującego potwierdza w jego opinii zawarte w rozstrzygnięciu protestu pouczenie, iż nie przysługuje od niego odwołanie do Prezesa Urzędu. W ocenie Izby podnoszone przez Odwołującego argumenty nie zasługują na uwzględnienie. Wskazać należy, że w treści rozstrzygnięcia protestu uwzględniającym zarzuty może dojść jedynie do zapowiedzenia czynności, nie dochodzi natomiast do wykonania czynności stosownie do art. 183 ust. 5 ustawy Pzp. Tym samym po dokonaniu analizy treści protestu wniesionego przez Mika Sp. z o.o. oraz treści jego rozstrzygnięcia, jednoznacznym jest iż konsekwencją takiej decyzji Zamawiającego w zakresie rozpoznania zarzutów protestu będzie odrzucenie oferty. Stosownie do art. 184 ust. 1 ustawy Pzp od rozstrzygnięcia protestu odwołanie przysługuje uczestnikom postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, których to rozstrzygnięcie naruszało interes prawny. Również błędne pouczenie o prawie do odwołania dokonane przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu nie może wpłynąć na zakres uprawnień ustawowo Wykonawcy zagwarantowanych. Dodatkowo należy wskazać, że Odwołujący nie jest zwolniony z obowiązku znajomości aktualnie obowiązującego prawa i weryfikowania w tym zakresie działań Zamawiającego.

Wskazać również należy, że Odwołującemu znane były konsekwencje ewentualnego uwzględnienia protestu wniesionego przez Mika Sp. z o. o., o czym jednoznacznie przesądza treść przystąpienia do postępowania protestacyjnego złożonego Zamawiającemu w dniu 10 lutego 2010 r., gdzie podnosi on, że *„uznanie protestu może skutkować wykluczeniem nas z przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji odrzuceniem złożonej przez nas oferty”*. Mimo posiadania takiej wiedzy, nie skorzystał on z możliwości wniesienia odwołania do Prezesa Urzędu od niekorzystnego dla niego rozstrzygnięcia Zamawiającego.

Odwołujący dopiero po zawiadomieniu go przez Zamawiającego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty oprotestował tę czynność (odrzućenie oferty). Działanie to jest w oczywisty sposób sprzeczne z regulacją art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym Wykonawca wezwany zgodnie z art. 181 ust. 3 nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Takie działanie Odwołującego stanowi spełnienie przesłanki odrzucenia odwołania jako dotyczącego czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku – orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....