

Sygn. akt: KIO/UZP 57/09

POSTANOWIENIE
z dnia 23 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Stanisław Sadowy Małgorzata Stręciwilk
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 23 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **M.W. Auto Spółka cywilna, ul. Głogowska 168, 60-126 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komenda Wojewódzka Policji w Łodzi, ul. Lutomska 108/112, 91-048 Łódź** protestu z dnia 19 grudnia 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 **M.W. Auto Spółka cywilna, ul. Głogowska 168, 60-126 Poznań**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **M.W. Auto Spółka cywilna, ul. Głogowska 168, 60-126 Poznań,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **M.W. Auto Spółka cywilna, ul. Głogowska 168, 60-126 Poznań.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę części zamiennych do samochodów m-ki „FORD”, zostało wszczęte przez Komendę Wojewódzką Policji w Łodzi, ul. Lutomska 108/112, 91-048 Łódź zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2008/S 189-250264 z dnia 30.09.2008 r.

W dniu 25.11.2008 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego informację o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: M.W.AUTO Sp. cywilna, ul. Głogowska 168, 60-126 Poznań, drugą w kolejności była oferta firmy: INTER CARS S.A., ul. Powsińska 64, 02-903 Warszawa. W dniu 27.11.2008 r. faxem na niniejszy wybór złożyła protest druga w kolejności firma (INTER CARS S.A.). W wyniku wezwania z dnia 28.11.2008 r. do przyłączenia się do postępowania protestacyjnego przekazanego przez Zamawiającego faxem, w dniu 01.12.2008 r. firma M.W.AUTO Sp. cywilna przyłączyła się do niego w opozycji do podniesionych zarzutów, tj. po stronie Zamawiającego. Zamawiający rozstrzygnął niniejszy protest faxem w dniu 12.12.2008 r. (pismo z 11.12.2008 r.) poprzez jego uwzględnienie w zakresie żądania powtórnej oceny ofert. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia tego protestu Zamawiający podniósł, że uwzględnił zarzut dotyczący niezgodności oferty M.W.AUTO Sp. cywilna z treścią SIWZ w zakresie poz. 87 formularza oferty. W dniu 15.12.2008 r. Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w dniu 25.11.2008 r., przekazał faxem Zamawiającemu informację odnośnie przedmiotowego postępowania i złożonej przez siebie oferty, gdzie przedstawił argumentację odnośnie poz. 87 formularza powtórną w późniejszym proteście.

W dniu 17.12.2008 r. Zamawiający w ramach powtórnego badania i oceny złożonych ofert poinformował faxem o odrzuceniu ofert obu wskazanych powyżej firm w trybie art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp i unieważnieniu przedmiotowego postępowania przetargowego na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 Pzp, stwierdzając brak w postępowaniu ważnych ofert.

W dniu 19.12.2008 r. faxem na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp”, firma M.W. Auto spółka cywilna, ul. Głogowska 168, 60-126 Poznań, zwana dalej: „M.W. Auto spółka cywilna”, „Protestującym” albo „Odwołującym”, złożyła protest na działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu jej oferty i wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Wniosła o uznanie jej oferty w całości jako zgodnej z SIWZ oraz o ponowny wybór jej oferty jako najkorzystniejszej.

Protestujący stwierdził, iż Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu złożonego przez firmę Inter Cars S.A. uznał jedynie żądanie powtórnej oceny ofert - wszystkie pozostałe zarzuty zostały oddalone. Tym samym rozstrzygnięcie tego protestu w żaden sposób nie naruszało jego interesu prawnego i w związku z tym brak było podstaw do wniesienia odwołania. Wskazał, iż jego interes prawny po raz pierwszy został naruszony w piśmie z dnia 17.12.2008 r., informującym o wynikach ponownej oceny ofert oraz stwierdzającym, że jego oferta jest niezgodna z SIWZ i tym samym zostaje odrzucona. Biorąc pod uwagę także fakt, iż Zamawiający cofnął się do ponownej oceny ofert oraz nie określił w decyzji odrzucającej tę ofertę sposobu wniesienia odwołania (co jest konieczne w przypadku rozstrzygnięcia protestu), Protestujący uznał, że ma pełne prawo do wniesienia protestu na tym etapie postępowania.

Protestujący w treści protestu zawarł argumentację merytoryczną dotyczącą zgodności jego oferty z treścią SIWZ w odniesieniu do poz. 87 formularza ofertowego.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło faxem w dniu 05.01.2009 r., poprzez jego oddalenie.

W dniu 13.01.2009 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie swojego protestu wniósł odwołanie. Zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie reguł obowiązujących w toku dokonywania wykładni oświadczeń woli (art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp),
- nie uwzględnienie nieważności czynności prawnej polegającej na unieważnieniu niniejszego postępowania (art. 58 § 1 Kc w zw. z art. 14 Pzp),
- nie dokonanie merytorycznej oceny dowodów potwierdzających zgodność jego oferty z SIWZ.

Odwołujący podtrzymał również w odwołaniu zarzuty i argumentację, dotyczące niezgodności jego oferty w poz. 87 formularza ofertowego. Przedstawił także polemiczne stanowisko, odnośnie treści rozstrzygnięcia protestu uznając, iż jego protest obejmował również czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Wniósł o uchylenie czynności Zamawiającego z dnia 05.01.2009 r., polegającej na oddaleniu protestu z dnia 19.12.2008 r., ewentualnie stwierdzenie, że czynność ta była niezgodna z Pzp. Ponadto wnosił, aby Izba nakazała Zamawiającemu uwzględnienie jego protestu, tj. uchylenie czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty oraz dokonanie wyboru wskazanej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Kopię odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (faxem).

W pierwszej kolejności Izba ustaliła krąg przepisów prawnych mających zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dotyczące rozpatrywanego odwołania, zostało wszczęte 30.09.2008 r. Zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym cytowaną ustawą. Niniejsza ustawa weszła w życie w dniu 24.10.2008 r. W przedmiotowym postępowaniu protest został wniesiony 19.12.2008 r. Zatem dla oceny złożonego odwołania i poprzedzającego go protestu mają zastosowanie przepisy wskazane powyżej, w brzmieniu nadanym przepisami nowelizacji.

Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki z art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp, skutkujące odrzuceniem odwołania na posiedzeniu. Zgodnie ze wskazanym przepisem Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że odwołanie, wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 Pzp, dotyczy czynności, których zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Na marginesie Izba wskazuje, że jej obowiązkiem jest każdorazowo zbadanie z urzędu przesłanek określonych w art. 187 ust.4 Pzp, niezależnie od tego, czy w przedmiotowej sprawie Zamawiający (co miało miejsce na posiedzeniu) prawidłowo dostrzegł istnienie takiej podstawy, czy też nie.

W dalszej kolejności Izba stwierdza, co następuje:

Po pierwsze, w ramach poprzedniego postępowania protestacyjnego, wszczętego protestem z dnia 27.11.2008 r., w którym podnoszono m.in. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Odwołującego, której treść nie odpowiada treści SIWZ, miało miejsce przystąpienie do protestu, złożone na skutek wezwania Zamawiającego przez Odwołującego. W ramach

obrony zgodności swojej oferty z SIWZ Odwołujący przedstawił argumentację odnośnie zakwestionowanych pozycji formularza m.in. pozycji 87, co stało się następnie podstawą do odrzucenia jego oferty. Zamawiający bezsprzecznie w ramach rozstrzygnięcia wskazanego protestu z dnia 12.12.2008 r. nie tylko ograniczył się do uwzględnienia żądania dokonania ponownej oceny ofert, jak wskazał Odwołujący, ale także uznał, iż odnośnie poz. 87: *„Obydwa proponowane zamienniki są zatem innymi częściami niż wymagane przez zamawiającego a więc treść obu ofert nie odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia”*. Bezsprzecznie przywołany zapis wskazuje, iż także oferta Odwołującego, zdaniem Zamawiającego, w zakresie przywołanej pozycji nie jest zgodna z SIWZ.

Po drugie, Odwołujący miał świadomość zamiarów Zamawiającego, jednakże wyszedł z błędnego założenia, wynikającego tak z informacji z dnia 15.12.2008 r., jak i protestu z dnia 19.12.2008 r. na czynność Zamawiającego z dnia 17.12.2008 r., iż na tym etapie, przed powtórą oceną ofert, nie przysługiwało mu prawo do odwołania, z uwagi na brak formalnego odrzucenia jego oferty.

Po trzecie, Izba stoi na stanowisku, że wobec przystąpienia Odwołującego we wcześniejszym postępowaniu protestacyjnym miał on bezsprzecznie obowiązek złożenia odwołania od rozstrzygnięcia z dnia 12.12.2008 r., jeżeli zamierzał dalej pozostać uczestnikiem przedmiotowego postępowania przetargowego. Podnoszone obecnie - tak w proteście, jak i odwołaniu - argumenty, nie licząc kwestii wynikających z polemiki z rozstrzygnięciem Zamawiającego z dnia 05.01.2008 r., należy uznać za spóźnione, które w związku z przepisem art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp nie mogą być rozpatrzone merytorycznie. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego była bowiem skutkiem ostatecznego rozstrzygnięcia protestu z dnia 27.11.2008 r. (rozstrzygnięcie protestu, od którego nie złożono odwołania, stosownie do art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp). O tym, że Odwołujący uznawał czynność Zamawiającego za naruszającą jego interes prawny świadczy dobitnie treść pisma Odwołującego z dnia 15.12.2008 r. (informacja), tożsama w swej treści z późniejszym protestem z dnia 19.12.2008 r. Tym samym Odwołujący winien w termin do 22.12.2008 r. wnieść odwołanie na faktyczne uznanie niezgodność treści jego oferty w zakresie poz. 87 formularza z treścią SIWZ.

Zasadniczą kwestią we wskazanym zakresie jest koncentracja środków ochrony prawnej i okoliczność tego rodzaju, iż obecnemu Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w poprzednim postępowaniu protestacyjnym, z którego - jeżeli zamierzał skutecznie bronić swojej oferty - powinien skorzystać na wcześniejszym etapie.

Co do podnoszonego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 93 ust.1 pkt 1 Pzp, Izba nie rozpatrywała tego zarzutu w związku z art. 191 ust. 3 Pzp, tj. z uwagi na okoliczność, iż nie był on przedmiotem złożonego protestu z dnia 19 grudnia 2008 r. Ponadto na marginesie należy zauważyć unieważnienie postępowania było wyłącznie skutkiem czynności

odrzucenia oferty Odwołującego, która to czynność została nieskutecznie oprotestowana przez Odwołującego – jak Izba wskazała powyżej.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*