

Sygn. akt: KIO/UZP 948/09

POSTANOWIENIE
z dnia 27 lipca 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Jankowska

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 24 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Mirosława Sowulę Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "BIZMIR", 40-750 Katowice, ul. Jemiołowa 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S. A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia 18 czerwca 2009 r.

przy udziale wykonawcy konsorcjum „SUBIEKT” **Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i „AW-INWEST” A. Dziekańska, A. Dziekański Spółka jawna, 24-100 Puławy, ul. Lubelska 1** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Mirosława Sowulę Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "BIZMIR", 40-750 Katowice, ul. Jemiołowa 9

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 1 524 zł 66 gr (słownie: tysiąc pięćset dwadzieścia cztery złotych sześćdziesiąt sześć groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Mirosława Sowulę Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "BIZMIR", 40-750 Katowice, ul. Jemiołowa 9,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 13 475 zł 34 gr (słownie: trzynaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści cztery groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Mirosława Sowuli Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "BIZMIR", 40-750 Katowice, ul. Jemiołowa 9.**

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

Zamawiający – Kompania Węglowa, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę bonów żywieniowych (kuponów profilaktycznych), na realizację posiłków oraz pośrednictwo w realizacji tych bonów w punktach (placówkach) handlowych i gastronomicznych dla pracowników KW S.A. CW Zachód Oddział KWK „Szczygłowice” w okresie 12 miesięcy.

Postępowanie prowadzone jest w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 18 czerwca 2009 roku Mirosław Sowula PHU „BIZMIR” wniósł protest na zaniechanie zamawiającego polegające na nie wykluczeniu z postępowania wykonawcy Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. i nie odrzucenie złożonej przez niego oferty, zarzucając mu:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp
 - 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp
- poprzez ich niezastosowanie.

Wskazując na powyższe wniósł o:

- 1) wykluczenie z postępowania wykonawcy Sodexho Pass polska Sp. z o.o. i odrzucenie jego oferty,
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej

ewentualnie o:

3) unieważnienie postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu wskazał, że wykonawca Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. zawarł w złożonej ofercie nieprawdziwe informacje.

W postępowaniu zamawiający wskazał dwa kryteria ofert – cenę i liczbę placówek, w których można zrealizować bony oferowane przez wykonawcę.

Protestujący podniósł, że wykonawca Sodexho wskazał w wykazie załączonym do własnej oferty m.in. placówkę protestującego – punkt gastronomiczny w Knurowie – Restaurację Dolce Vita przy ul. Górniczej 1. Protestujący oświadcza, że to on prowadzi ten lokal i nie realizuje w nim bonów firmy Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. Nie jest to lokal ogólnie dostępny, gdyż organizowane są tam tylko i wyłącznie imprezy zamknięte głównie dla dyrekcji, pracowników i związków zawodowych KWK „Szczygłowice”.

Ponadto protestujący wskazał, że według jego informacji, jeden z punktów „Koniaczek” na ul. Orzepowickiej w Rybniku (poz. 223 wykazu) sprzedaje wyłącznie alkohol, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z wymogiem wynikającym z załącznika nr 1 pkt 5 tiret 6 siwz, gdyż nie ma możliwości zakupu tam produktów żywnościowych innych niż alkohol.

Powyzsze okoliczności mają wpływ na wynik postępowania, a wykonawca składający informacje nieprawdziwe powinien zostać wykluczony. Zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. stanowi więc naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Jednocześnie oferta Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie protestującego wobec faktu, że wykonawcy Sodexho oraz konsorcjum „SUBIEKT” Sp. z o.o. i „AW-INWEST” A. Dziekańska, A. Dziekański Sp. J. złożyli nieprawdziwe oświadczenia, które miały wpływ na wynik postępowania, a ponadto w chwili obecnej zamawiający nie ma potwierdzonych wiadomości o liczbie placówek, jakimi dysponują ww. wykonawcy i nie może zweryfikować i rzetelnie porównać złożonych ofert, należy przyjąć, że postępowanie dotknięte jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy i powinno zostać unieważnione, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Odwołujący się podniósł, że informacje stanowiące podstawę protestu powziął w dniu 15 czerwca 2009 roku na skutek zapoznania się z ofertą złożoną przez wykonawcę Sodexho Pass Polska Sp. z o.o., wobec czego 10-dniowy termin do jego wniesienia został zachowany. Ponadto zaznacza, że nie mógł zapoznać się z dokumentacją postępowania przed tym dniem, pomimo złożenia wniosku o to w dniu 10 czerwca 2009 roku.

Odwołujący się podkreślił, że zgoda zamawiającego na zapoznanie się z dokumentacją postępowania wydana została dopiero w dniu 15 czerwca 2009 roku, pomimo że zamawiający prowadził w dniu 10 czerwca 2009 roku oraz 12 czerwca 2009 roku normalną działalność i podejmował decyzje odnośnie postępowania. Wobec tego nie można uznać, że zamawiający wydał odwołującemu się zgodę niezwłocznie, jak wymaga tego § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, czym uniemożliwił mu wniesienie odwołania w terminie 10 dni od otrzymania rozstrzygnięcia w sprawie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wykluczenia wykonawców. W ocenie odwołującego się termin do wniesienia protestu otwart się z chwilą udostępnienia mu akt sprawy i został zachowany.

Pismem z dnia 25 czerwca 2009 roku zamawiający odrzucił protest jako wniesiony po terminie.

W uzasadnieniu wskazał, że informację o wyborze najkorzystniejszej oferty przekazał wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu drogą faksową oraz zamieścił na swojej stronie internetowej w dniu 3 czerwca 2009 roku i od tego dnia liczony był termin na wniesienie protestu. Termin ten upływał w dniu 13 czerwca 2009 roku, natomiast protest został złożony w dniu 18 czerwca 2009 roku.

Ponadto zamawiający stwierdził, że otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu nastąpiło w dniu 16 marca 2009 roku i od tego dnia wykonawcy mogli przeglądać wszystkie oferty złożone w postępowaniu.

W dniu 6 lipca 2009 roku, pismem złożonym w placówce pocztowej operatora publicznego odwołujący się wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Wskazał, że przedmiotem odwołania są następujące czynności zamawiającego:

- 1) bezzasadne odrzucenie protestu odwołującego się wykonawcy z dnia 18 czerwca 2009 roku,
- 2) wadliwa ocena i wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej wskutek bezzasadnego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący się zarzucił:

- 1) naruszenie przepisów art. 180 ust. 7 w związku z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie tych przepisów skutkujące bezzasadnym odrzuceniem protestu z dnia 18 czerwca 2009 roku, pomimo że protest został wniesiony w terminie przewidzianym ustawą,
- 2) naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Sodexho, pomimo że oferta tego

wykonawcy zawiera nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, to jest zawiera nieprawdziwe informacje o tym, że w restauracji Dolce Vita w Knurowie są realizowane bony żywieniowe Sodexho oraz że w punkcie gastronomicznym „koniaczek” w Rybniku są realizowane bony żywieniowe,

- 3) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sodexho jako wykonawcy wykluczonego z postępowania z przyczyn wskazanych w poprzednim zarzucie.

Wskazując na powyższe odwołujący się wnioskował o:

- 1) nakazanie zamawiającemu, aby unieważnił czynność odrzucenia protestu odwołującego się wykonawcy z dnia 18 czerwca 2009 roku,
- 2) nakazanie zamawiającemu, aby unieważnił czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie zamawiającemu, aby powtórzył czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4) nakazanie zamawiającemu, aby wykluczył z postępowania wykonawcę Sodexho i odrzucił ofertę tego wykonawcy

względnie o:

- 5) nakazanie zamawiającemu, aby unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli postępowanie wskutek zaskarżonych czynności zamawiającego jest obciążone wadą stanowiącą podstawę do unieważnienia postępowania, a nie dającą się usunąć w drodze unieważnienia lub powtórzenia czynności przez zamawiającego.

Ponadto odwołujący się wnioskował o przeprowadzenie dowodów z zeznań Mirosława S. i Mirosława G. na okoliczność ustalenia, że w dniu 10 czerwca 2009 roku odwołujący się zwrócił się o udostępnienie mu dokumentacji postępowania oraz że w tym dniu odmówiono mu dostępu do dokumentacji, a zgodę na zapoznanie się z dokumentacją zamawiający wyraził dopiero w dniu 15 czerwca 2009 roku.

Nadto odwołujący się wnioskował o przeprowadzenie dowodu z zeznań odwołującego się Mirosława S. na okoliczność ustalenia, że prowadzi on restaurację Dolce Vita w Knurowie i nie realizuje w tej restauracji bonów Sodexho oraz o przeprowadzenie dowodu z dokumentów postępowania oraz z załączonych do odwołania na okoliczność ustalenia, że odwołujący się zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie dokumentacji postępowania w dniu 10 czerwca 2009 roku oraz że dokumentację tę udostępniono mu dopiero w dniu 16 czerwca 2009 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i ich umocowanych pełnomocników przeprowadziła postępowanie dowodowe z akt sprawy, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożonych ofert, nadto rozważyła stanowiska stron, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał otwarcia ofert w dniu 16 marca 2009 roku. W dniu 3 czerwca 2009 roku poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum: „SUBIEKT” Sp. z o.o. oraz „AW-INWEST” A. Dziekańska, A. Dziekański Sp. J.

W ocenie Izby termin do wniesienia protestu na zaniechanie zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Sodexo Pass Polska Sp. z o.o. otwarty został dla odwołującego się w dniu, kiedy uzyskał on informację o wyborze oferty, tj. 3 czerwca 2009 roku.

W myśl art. 180 ust. 2 zd. 1 *in principio* ustawy Pzp protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do jego wniesienia.

Kwestia początku biegu terminu protestu dotyczącego zaniechania była wielokrotnie poruszana w orzecznictwie zespołu arbitrów przy Prezesie UZP. W wyroku z dnia 22 lipca 2005 r., UZP/ZO/0-1808/05 (niepubl.) zespół arbitrów stwierdził: "Zgodnie z art. 180 ustawy - Prawo zamówień publicznych, protest przysługuje na działania oraz zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy. Przez termin zaniechanie należy rozumieć zaniechanie czynności, która powinna być dokonana, tzn. kiedy termin do jej wykonania minął. Skoro zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty, a postępowanie jest na etapie badania i oceny ofert, nie sposób uznać, że pozostaje on w zwłoce co do czynności wykluczenia wykonawców, bowiem czynność taka może być dokonana aż do dnia wyboru oferty najkorzystniejszej". Z kolei w wyroku z dnia 21 czerwca 2005 r., UZP/ZO/0-1400/05 (niepubl.) orzeczono, że protest na zaniechanie czynności odrzucenia oferty przez zamawiającego może być wniesiony dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Analiza wskazanych wyroków potwierdza wyrażone wyżej stanowisko co do początku terminu na wniesienie protestu w niniejszej sprawie.

Zwrot „lub można było powziąć” wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu, jest wykorzystaniem przez ustawodawcę do rozważanej sytuacji instytucji domniemania faktycznego, której istota sprowadza się do możliwości uznania za ustalony fakt mającego znaczenie w sprawie, jeżeli wniosek można wyprowadzić z innych ustalonych faktów.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego się, iż przy dochowaniu należytej staranności, nie mógł on dowiedzieć się wcześniej o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu. Jak już wyżej wskazano – z ofertą wykonawcy Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. odwołujący się mógł się zapoznać już od dnia 16 marca 2009 roku i ustalić, czy winna ona być odrzucona przez zamawiającego czy też nie. Zamawiający – o ile uznałby ofertę za podlegającą odrzuceniu – mógł to uczynić aż do wyboru oferty najkorzystniejszej i od tego dnia należy liczyć termin do wniesienia protestu na zaniechanie zamawiającego w tym zakresie. Twierdzenie odwołującego się, jakoby dla niego termin ten winien być liczony już po wyborze najkorzystniejszej oferty, o ile w terminie otwartym na wniesienie protestu wystąpił do zamawiającego o udostępnienie mu oferty konkurencyjnego wykonawcy jest nieuprawnione. Takie rozumowanie prowadziłoby do sytuacji, w której wykonawca mógłby występować do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie mu dokumentacji postępowania ostatniego dnia na wniesienie protestu licząc od dnia powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i brak możliwości zapoznania się z dokumentacją w tym dniu przedłużałby mu termin na wniesienie protestu o kolejne 10 dni.

Działaniom zamawiającego polegającym na udostępnieniu odwołującemu się oferty Sodexho Pass Polska Sp. z o.o. dopiero po 5 dniach od złożenia pisemnego wniosku przez odwołującego się również nie można przypisać naruszenia przepisów w tym zakresie, w tym § 5 ust. 6 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 października 2008 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 188, poz. 1154), zgodnie z którym zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, iż określenie „niezwłocznie” nie jest równoznaczne ze sformułowaniem „natychmiast”, ale „bez zbędnej zwłoki”. Interpretacja tego określenia uzależniona jest od konkretnego stanu faktycznego. W przedmiotowej sprawie odwołujący się złożył wniosek o udostępnienie dokumentacji w ostatniej godzinie pracy zamawiającego przed dniem Bożego Ciała, wymagając udostępnienia w dniu złożenia wniosku lub też dnia następnego po święcie, tj. w piątek 12 czerwca 2009 roku. Odwołujący się winien uwzględnić tu okoliczności, że zamawiający działa według określonych procedur, których zastosowanie w praktyce może oznaczać uzasadnione wydłużenie terminu realizacji

określonego wniosku. Wyjaśnienia zamawiającego w tym zakresie złożone na rozprawie Izba uznała za wiarygodne.

Terminy do wniesienia protestu są obliczane zgodnie z przepisami kodeksu cywilnego, dotyczącymi terminu oznaczonego w dniach. Termin do wniesienia protestu kończy się z upływem ostatniego dnia terminu (art. 111 § 1 k.c.), przy obliczaniu zaś tego terminu nie uwzględnia się dnia, w którym nastąpiło zdarzenie będące początkiem biegu terminu. Tym samym stwierdzić należy, iż protest odwołującego się z dnia 18 czerwca 2009 roku, wniesiony został z uchybieniem terminów przepisanych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a, ust. 2 oraz ust. 4 pkt 1 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 oraz Dz. U. z 2008 roku Nr 182, poz. 1122).

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 niniejszy postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....