

Sygn. akt: KIO 751/12

POSTANOWIENIE
z dnia 27 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 27 kwietnia 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2012 t. przez wykonawcę **ARS Communication Sp. z o.o., ul. Obornicka 3, 02-948 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej, ul. Chałubińskiego 4/6, 00-928 Warszawa**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kolman Advertising Sp. z o.o., Media Group Sp. z o.o., Defacto Sp. z o.o., Telma Group Communications Sp. z o.o., SMG/KRC Poland Media S. A., adres dla pełnomocnika: ul. Bukowińska 22A lok. 96, 02-703 Warszawa** zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołującego

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECORYS POLSKA Sp. z o.o. oraz MCC – Marketing & Communication Consultants Agnieszka Bajur i Elżbieta Radzka Sp. J., adres dla pełnomocnika: ul. Łucka 2/4/6, 00-732 Warszawa** zgłaszających przystąpienie po stronie Odwołującego

orzeka:

1. **Odrzuca odwołanie,**
2. **Kosztami postępowania obciąża ARS Communication Sp. z o.o., ul. Obornicka 3, 02-948 Warszawa i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **ARS Communication Sp. z o.o., ul. Obornicka 3, 02-948 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Transportu, Budownictwa i Gospodarki Morskiej, ul. Chałubińskiego 4/6, 00-928 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „*Kampania społeczna promująca bezpieczne zachowanie wśród uczestników ruchu drogowego*”. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.), (dalej: „*ustawa Pzp*”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 3 listopada 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 listopada 2011 r. pod numerem 2011/S 214-349392.

Odwołanie wykonawcy ARS Communication Sp. z o.o., ul. Obornicka 3, 02-948 Warszawa (dalej: „*Odwołujący*”), wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2012 r.

W odwołaniu *Odwołujący* kwestionował decyzję Zamawiającego z dnia 3 kwietnia 2012 r. dotyczącą unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Z akt postępowania wynika, że w niniejszym postępowaniu zostały złożone oferty przez następujących wykonawców:

1. Fabrykę Komunikacji Społecznej s.c., ul. Filtrowa 75/22, 02-032 Warszawa;
2. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kolman Advertising Sp. z o.o., Media Group Sp. z o.o., Defacto Sp. z o.o., Telma Group Communications Sp. z o.o., SMG/KRC Poland Media S. A., adres dla pełnomocnika: ul. Bukowińska 22A lok. 96, 02-703 Warszawa;
3. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ARS Communication Sp. z o.o., Media On Sp. z o.o., Ipsos Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Obornicka 3, 02-948 Warszawa;

4. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BBDO Warszawa Sp. z o.o., Media Direction Sp. z o.o., Fleishman-Hillard Sp. z o.o., Media Ster Kraj Sp. z o.o., Proximity Sp. z o.o., PBS DGA Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Burakowska 5/7, 01-066 Warszawa;
5. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ecorys Polska Sp. z o.o., MCC – Marketing & Communication Consultants Agnieszka Bajur i Elżbieta Radzka Sp. J., adres dla pełnomocnika: ul. Łucka 2/4/6, 00-732 Warszawa;
6. CAM Media S. A., ul. Tamka 16 lok. U4, 00-349 Warszawa;
7. Wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Legend Group Sp. z o.o., MEC Sp. z o.o., ARBOmedia Polska Sp. z o.o. adres dla pełnomocnika: ul. Wiertnicza 99, 02-952 Warszawa;
8. Innovations Sp. z o.o., Al. Ujazdowskie 22, lok. 5, 00-478 Warszawa;
9. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Euro RSCG Warsaw Sp. z o.o., Arena Media Communications Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Marynarska 11, 02-674 Warszawa.

Z dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego wynika, że decyzja Zamawiającego o unieważnieniu niniejszego postępowania została przekazana faksem w dniu 3 kwietnia 2012 r. oraz dodatkowo Zamawiający przekazał powyższą informację o unieważnieniu postępowania listem poleconym nadanym w dniu 4 kwietnia 2012 r.

Odwołujący do odwołania załączył dowód nadania kopii odwołania listem poleconym w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 13 kwietnia 2012 r.

Zamawiający kopię odwołania otrzymał w dniu 16 kwietnia 2012 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kolman Advertising Sp. z o.o., Media Group Sp. z o.o., Defacto Sp. z o.o., Telma Group Communications Sp. z o.o., SMG/KRC Poland Media S. A., adres dla pełnomocnika: ul. Bukowińska 22A lok. 96, 02-703 Warszawa.

Ponadto Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołującego zgłosili przystąpienie również wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ECORYS POLSKA Sp. z o.o. oraz MCC – Marketing & Communication

Consultants Agnieszka Bajur i Elżbieta Radzka Sp. J., adres dla pełnomocnika: ul. Łucka 2/4/6, 00-732 Warszawa.

Biorąc pod uwagę powyższe, na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 16 kwietnia 2012 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Odwołującego w dniu 19 kwietnia 2012 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- Kolman Advertising Sp. z o.o., Media Group Sp. z o.o., Defacto Sp. z o.o., Telma Group Communications Sp. z o.o., SMG/KRC Poland Media S. A., adres dla pełnomocnika: ul. Bukowińska 22A lok. 96, 02-703 Warszawa (zwani dalej: „Przystępującym Kolman”);
- ECORYS POLSKA Sp. z o.o. oraz MCC – Marketing & Communication Consultants Agnieszka Bajur i Elżbieta Radzka Sp. J., adres dla pełnomocnika: ul. Łucka 2/4/6, 00-732 Warszawa.

Izba potwierdziła skuteczność obu przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, t.j. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Kolman Advertising Sp. z o.o., Media Group Sp. z o.o., Defacto Sp. z o.o., Telma Group Communications Sp. z o.o., SMG/KRC Poland Media S. A., adres dla pełnomocnika: ul. Bukowińska 22A lok. 96, 02-703 Warszawa oraz ECORYS POLSKA Sp. z o.o. oraz MCC – Marketing & Communication Consultants Agnieszka Bajur i Elżbieta Radzka Sp. J., adres dla pełnomocnika: ul. Łucka 2/4/6, 00-732 Warszawa.

Ponadto Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 2, 3 oraz 7 ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia publicznego są usługi, których wartość oszacowano na kwotę powyżej progów, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Jedną z dopuszczalnych w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp form komunikacji zamawiającego z wykonawcami jest przesyłanie informacji faksem.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, że informację o unieważnieniu postępowania otrzymał w dniu 11 kwietnia 2012 r., zaś z dokumentacji postępowania wynika, że w dniu 3 kwietnia 2012 r. zawiadomiono go drogą faksową („raport – potwierdzenie wysłania” faksu na numer Odwołującego podany w ofercie z wynikiem „OK” w aktach sprawy) oraz powyższa informacja została również wysłana listem poleconym - zatem od dnia 3 kwietnia 2012 r. należy liczyć dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania, wskazany w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który upływał w dniu 13 kwietnia 2012 r.

Ponadto z załączników odwołania oraz dokumentacji przedmiotowego postępowania wynika, iż Odwołujący nadał kopię odwołania Zamawiającemu listem poleconym w placówce operatora publicznego w dniu 13 kwietnia 2012 r., która to wpłynęła do Zamawiającego w dniu 16 kwietnia 2012 r. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 5 ustawy Pzp Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Skoro kopia odwołania wpłynęła do Zamawiającego w dniu 16 kwietnia 2012 r. można jednoznacznie stwierdzić, iż Zamawiający nie mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia. W przedmiotowym postępowaniu kopia odwołania dotarła do zamawiającego w dniu 16 kwietnia 2012 r., czyli już po upływie terminu na wniesienie odwołania. Tym samym Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem ustawowego obowiązku przekazania kopii odwołania Zamawiającemu i podlega odrzuceniu również na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2012 r. r. jest odwołaniem wniesionym z naruszeniem przepisu ustawy i podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (zwany również: „konsorcjum”): ARS

Communication Sp. z o.o., Media On Sp. z o.o., Ipsos Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Obornicka 3, 02-948 Warszawa, tym samym wszyscy wykonawcy występujący wspólnie, a nie poszczególni przedsiębiorcy je stanowiący, nabyli status wykonawcy w tym postępowaniu. W sprawach związanych z tym postępowaniem to konsorcjum jest decydującym. To konsorcjum, jako całość, przysługuje uprawnienie do dokonywania czynności w postępowaniu i z tym postępowaniem związanych, a mającymi na nie wpływ. Dlatego też to wszystkim wykonawcom występującym wspólnie, przysługują środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp.

Tymczasem w rozpatrywanej sprawie odwołanie wniósł w swoim imieniu i na swoją rzecz ARS Communication Sp. z o.o. Nie powołał się on w treści odwołania na jakiegokolwiek pełnomocnictwo ze strony pozostałych członków konsorcjum, ani nawet na sam fakt złożenia przez to konsorcjum oferty w kwestionowanym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jako Odwołującego, w sposób jednoznaczny i wykluczający wszelkie wątpliwości, wskazał siebie, tj. wykonawcę ARS Communication Sp. z o.o.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. po upływie terminu składania ofert, wobec faktu, iż ofertę złożyło konsorcjum: ARS Communication Sp. z o.o., Media On Sp. z o.o., Ipsos Sp. z o.o., którego to Media On Sp. z o.o. oraz Ipsos Sp. z o.o. byli członkami, nie był podmiotem uprawnionym do samodzielnego skorzystania ze środków ochrony prawnej, a jedynie w imieniu konsorcjum.

Tym samym zdaniem Izby wypełniona została również przesłanka odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 16 kwietnia 2012 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, wniesionym przez podmiot nieuprawniony, co skutkuje konicznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2, 3 ustawy Pzp. Ponadto Odwołujący nie dopełnił również obowiązku wynikającego z przepisu art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz ust. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym.

.....