

POSTANOWIENIE
z dnia 19 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 19 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TransCom International Sp. j. Winićjusz Filipow, Sławomir Śleziak, ul. Armii Krajowej 2, 48-370 Paczków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Skarb Państwa - Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa** protestu z dnia 5 marca 2010 r.

orzeka:

1. odrzuca odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża TransCom International Sp. j. Winićjusz Filipow, Sławomir Śleziak, ul. Armii Krajowej 2, 48-370 Paczków 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 uiszczzonego przez **TransCom International Sp. j. Winićjusz Filipow, Sławomir Śleziak, ul. Armii Krajowej 2, 48-370 Paczków,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **TransCom International Sp. j. Winicjusz Filipow, Sławomir Śleziak, ul. Armii Krajowej 2, 48-370 Paczków** na rzecz **Skarb Państwa - Komendy Głównej Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TransCom International Sp. j. Winicjusz Filipow, Sławomir Śleziak, ul. Armii Krajowej 2, 48-370 Paczków.**

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

Zamawiający, Komenda Główna Policji z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup 9470 szt. urządzeń do jednorazowego użytku do wstępnego wykrywania w ślinie osób kierujących pojazdami środków działających podobnie do alkoholu”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

Uwzględniając dokumentację postępowania przekazaną przez zamawiającego oraz biorąc pod uwagę przyznanie wskazanych okoliczności przez odwołującego w proteście i odwołaniu, Izba ustaliła, co następuje:

W oparciu o wyrok KIO Syg. akt. KIO/UZP 1897/09 z dnia 9 lutego 2010 r. Zamawiający: powtórzył czynność oceny ofert, dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy PBS POLSKA Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie a także odrzucił ofertę

odwołującego się w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, o czym zawiadomił pismem z dnia 24.02.2010 r.

W dniu 05.03.2010 r. wykonawca Transcom International S. Śleziak, W. Filipow Sp. j., ul. Armii Krajowej 2, 48-370 Paczków, zwany dalej „Transcom”, wniósł protest na czynność zamawiającego polegającą na ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu podnosił:

„(...) Rozstrzygnięcie przetargu na korzyść firmy PBS Polska sp. z o.o. w oparciu o wyrok KIO z dnia 9 lutego 2010 jest sprzeczne z zapisami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w zakresie dotyczącym czasu przeprowadzenia testu, a opisanymi w części IV, pkt 1) ppkt 3. (...) Na podstawie punktu 1 orzeczenia wyroku KIO z dnia 9 lutego 2010 Zamawiający miał obowiązek: „(...) powtórzenie czynności oceny ofert (...)”. Należy zatem wg naszej opinii ponownie ocenić kompleksowo i rzetelnie obie oferty biorące udział w postępowaniu uwzględniając sentencję wyroku. Do momentu uzyskania od Zamawiającego w postaci pisma z dnia 24.02.2010 r. odpowiedzi o otrzymaniu wyroku z KIO wraz z jego interpretacją i koniecznością zastosowania, w postaci ponownej oceny ofert wraz z nową punktacją - nasza firma nie miała interesu prawnego do składania protestu w zakresie oceny oferty firmy PBS Polska sp z o.o., gdyż to nasza oferta w pierwotnej decyzji zamawiającego została uznana słusznie za najkorzystniejszą. Stoimy na stanowisku iż odrzucając naszą ofertę jako niespełniającą ww kryterium czasu reakcji 10 min. zamawiający tym bardziej winien odrzucić ofertę firmy PBS Polska sp. z o.o. z uwagi na fakt iż oferowany przez nią produkt Oratect III wg Instrukcji Obsługi dostępnej na rynku polskim oraz międzynarodowym w części: Przeprowadzenie testu, w punkcie 9 określa czas oczekiwania na wynik w przedziale od 5 do 30 minut. (...)”

Protestujący wnosił o wykluczenie obu oferentów z postępowania, czyli zamknięcie przetargu ze skutkiem negatywnym tj. bez wyboru oferenta. Ponadto wskazywał, że jeśli jednak zamawiający uzna za konieczną realizację zamówienia może przeprowadzić ponowną ocenę ofert z pominięciem kryterium minimalnego czasu 10 min informując o tym strony, gdyż żadna z ofert nie spełnia tego kryterium.

W dniu 15.03.2010 r. zamawiający protest Transcom oddalił uznając go jako niezasadny.

W uzasadnieniu wyjaśnił:

„(...)Zamawiający uprzejmie informuje, że dokonał powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie wyroku z dnia 9 lutego 2010 r, sygn, akt. KIO/UZP 18907/09 wydanego przez Krajową Izbę Odwoławczą. Zgodnie z zapisami ujętymi w uzasadnieniu w/w wyroku oferta złożona przez Transcom International S. Śleziak, W. Filipow Sp. j. 48-370 Paczków ul. Armii Krajowej 2 podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

- jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Szczegółowe uzasadnienie odrzucenia oferty złożonej przez Protestującego zostało zapisane w piśmie znak: FZ-934/10 z dnia 24 lutego 2010 r. dotyczącym powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty. Ponadto informuje, że w dniu 21.12.2010 r. pismem znak: FZ-4388/09 Zamawiający wezwał Firmę Transcom International do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym oraz przystąpienia do postępowania w terminie zgodnym z art. 184 ust. 4 ustawy Pzp - czego Protestujący nie uczynił. Z uwagi na to, iż zgodnie z art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, Wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy Pzp 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 - oferta Protestującego została ostatecznie odrzucona. (...)”.

Powyższe oddalenie protestu przez zamawiającego stało się przedmiotem odwołania Transcom wniesionego do Prezesa UZP w dniu 25.03.2010 r. (złożył w placówce pocztowej operatora publicznego).

W dniu 26 marca 2010 r. pismem (z dnia 25.03.2010r.)odwołujący się poinformował zamawiającego o wniesieniu odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień publicznych. Kopię odwołania zamawiający otrzymał w dniu 30.03.2010 r.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 i 7 ustawy.

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

Potwierdzone w dokumentacji postępowania i bezsporne pomiędzy stronami są fakty:

- wniesienia w dniu 07.12.2009 r. przez PBS Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie protestu dotyczącego wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania odrzucenia oferty odwołującego się;
- przekazania w dniu 08.12.2009 r. odwołującemu informacji o wniesionym proteście, wraz z jego kopią i wezwaniem do przyłączenia się do toczącego się postępowania

protestacyjnego zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy.

- przystąpienia do protestu przez Transcom.
- ostatecznego - w rozumieniu art. 182 ust. 3 Pzp - rozstrzygnięcia protestu z dnia 07.12.2009 r. wobec wydania przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku w dniu 9 lutego 2010 r. - sygn. akt 1897/09.

Powtórzenie oprotestowanej w dniu 07.12.2009 r. czynności tj. wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania odrzucenie oferty złożonej przez Transcom, która to oferta nie spełniała wymagań zawartych w siwz, było zgodne z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu w rozumieniu art. 182 ust. 3 ustawy wyrażonym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej Syg. akt 1897/09 z dnia 9 lutego 2010 r.

Izba stwierdza, że jakiegokolwiek nowe protesty i odwołania dotyczące czynności zgodnych z tym rozstrzygnięciem w świetle zasady koncentracji środków ochrony prawnej zawarowanej w dyspozycjach art. 181 ust. 6 i art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp uznać należy za niedopuszczalne.

Ponadto, zgodnie art. 187 ust. 4 pkt 7 ustawy Izba z urzędu odrzuca odwołanie, jeżeli odwołujący nie przekazał kopii odwołania zamawiającemu, zgodnie z art. 184 ust. 2 Pzp. Art. 184 ust. 2 ustawy stanowi natomiast, iż odwołanie wnosi się do Prezesa UZP w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, a jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 5 dni, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu. W przedmiotowym postępowaniu z uwagi na wartość szacunkową zamówienia obowiązywał 10-dniowy termin na wniesienie odwołania. Zdanie drugie cytowanego wyżej przepisu oznacza, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego skutkuje dotrzymaniem terminu na jego wniesienie. Niemniej jednak powołany skutek wykonania czynności w terminie dotyczy jedynie – co wyraźnie wynika z treści zdania drugiego ww. przepisu – nadania odwołania do Prezesa UZP a nie przekazania kopii treści odwołania zamawiającemu. Dyspozycja powołanego zdania drugiego art. 184 ust. 2 nie odnosi się do przekazywania kopii odwołania. Przekazanie kopii odwołania należy w kontekście ww. przepisu rozumieć dosłownie, czyli jako czynność zawierającą w sobie zarówno samo

nadanie dokumentu połączone z jego odebraniem przez adresata. Tylko w takim przypadku możemy mówić o jego przekazaniu, a nie tylko wysłaniu czy nadaniu kopii odwołania. Ponadto, ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż należy przekazać kopię odwołania zamawiającemu a nie tylko poinformować go o wniesieniu odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Reasumując, jak konsekwentnie wskazuje się w orzecznictwie Izby dotyczącym zastosowania ww. przepisów, wymóg jednoczesności przekazania kopii odwołania, o którym stanowi *in fine* zdanie pierwsze art. 184 ust. 2 Pzp, spełniony zostaje tylko w przypadku, gdy kopia odwołania zostanie przekazana zamawiającemu w taki sposób, aby w terminie na wniesienie odwołania mógł zapoznać się z jego treścią. Niewystarczające jest więc samo poinformowanie zamawiającego o wniesieniu odwołania czy też złożenie kopii odwołania na pocztę, z którymi *nota bene* ustawa nie wiąże żadnych skutków prawnych i które powodują, iż zamawiający może otrzymać kopię odwołania w bliżej nieokreślonym i odległym terminie.

Tymczasem w niniejszej sprawie, jak już wskazano w ustaleniach Izby, kopia odwołania dotarła do zamawiającego w dniu 30.03.2010 r. – nie można więc uznać przekazania kopii odwołania za jednoczesne z poinformowaniem zamawiającego czy też z jego wniesieniem.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 w zw. z art. 187 ust. 4 pkt 6 i 7 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku spraw na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

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 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:

.....

.....