

Sygn. akt KIO/UZP 1086/10

POSTANOWIENIE
z dnia 17 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Bogdan Artymowicz**

Członkowie: **Agnieszka Bartczak-Żuraw**
Barbara Bettman

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 15 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **BOMAR S.A., ul. Wojska Polskiego 3, 41-400 Mysłowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** protestu z dnia 12 maja 2010 r.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Węglokoks S.A., i MAS Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika konsorcjum: Węglokoks S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża BOMAR S.A., ul. Wojska Polskiego 3, 41-400 Mysłowice 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 uiszczanego przez **BOMAR S.A., ul. Wojska Polskiego 3, 41-400 Mysłowice,**

- 2) 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 **BOMAR S.A., ul. Wojska Polskiego 3, 41-400 Mysłowice.**

Uzasadnienie

Zamawiający Katowicki Holding Węglowy S.A., z siedzibą w Katowicach prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę przewodów wysokociśnieniowych do hydrauliki siłowej (okutych) oraz węży wysokociśnieniowych do hydrauliki siłowej (nieoprawionych).

Zgodnie z postanowieniami SIWZ zamawiający podzielił zamówienie na 9 części. Ponadto w ogłoszeniu o zamówieniu, jak również SIWZ zamawiający zastrzegł przeprowadzenie aukcji elektronicznej do udziału, w której zaprosi wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Pismem z dnia 29 kwietnia 2010 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w części od I do IX jak też o ofertach odrzuconych, informując m.in. o odrzuceniu oferty odwołującego w części IV. VII i VIII.

Na taką czynności zamawiającego, pismem z dnia 12 maja 2010 r. odwołujący złożył protest zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 90 ust. 1, 2 i 3 p.z.p. wnosząc o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty dla części IV zamówienia oraz dokonanie powtórnej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i uznanie za taką oferty odwołującego. W uzasadnieniu protestu odwołujący wskazał, iż oferowane przez niego wyroby spełniają wymagania norm wskazanych przez zamawiającego. Podniósł, iż załączył do swojej oferty dwa certyfikaty na przewody: na zakres dla średnicy nominalnej od DN6 do DN32 z uzupełnieniem, że spełniają one normę PN-EN 1804-3:2004 oraz na zakres dla średnicy nominalnej DN38-DN51 uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa dla przewodów DN38 i DN50. Ponadto wskazał, że norma PN-EN 1804-3:2004, której wymóg spełnienia dla przewodów o średnicy DN40 zawarł w SIWZ zamawiający w ogóle nie odnosi się w swej treści bezpośrednio do złączy wtykowych. Odwołujący stwierdził, „(...)że nie jest możliwe przedłożenie wiarygodnego i prawdziwego certyfikatu zgodności na przewody hydrauliczne ze złączami wtykowymi (typu STECO) o średnicy DN40 z normą PN-EN 1804-3.”. Podniósł również,

„(...)że w świetle powyższej argumentacji, nie był w stanie spełnić wszystkich wymogów SIWZ gdyż było to niemożliwe z przyczyn obiektywnych.”.

Do postępowania wywołanego protestem, pismem z dnia 17 maja 2010 r. swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Węglkokoks S.A., i MAS Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika konsorcjum: Węglkokoks S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice wnosząc o oddalenie protestu w całości. W uzasadnieniu przystąpienia wskazał on, iż inni uczestnicy przedmiotowego postępowania spełnili postawione w SIWZ wymagania a złożone przez nich certyfikaty są prawidłowe. Przystępujący podniósł, że jeśli odwołujący miał jakiegokolwiek wątpliwości co do treści SIWZ, powinien był zwrócić się do zamawiającego o ich wyjaśnienie w trybie art. 38 p.z.p.

Pismem z dnia 17 maja 2010 r. zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie, jako bezzasadny.

Wobec takiego rozstrzygnięcia pismem z dnia 26 maja 2010 r. wykonawca BOMAR S.A. z siedzibą w Mysłowicach złożyła odwołanie ponawiając zarzuty, żądania i twierdzenia zawarte w proteście.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania swoje przystąpienie po stronie zamawiającego pismem z dnia 10 czerwca 2010 r. zgłosił wykonawca :konsorcjum Węglkokoks S.A., i MAS Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika konsorcjum: Węglkokoks S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice ponawiając stanowisko zawarte w przystąpieniu do postępowania wywołanego wniesieniem protestu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby rozpatrując na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołanie złożone przez BOMAR S.A., ul. Wojska Polskiego 3, 41-400 Mysłowice w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę przewodów wysokociśnieniowych do hydrauliki siłowej (okutych) oraz węży wysokociśnieniowych do hydrauliki siłowej (nieoprawionych) wszczętym przez Katowicki Holding Węglowy S.A., z siedzibą w Katowicach postanowił odrzucić odwołanie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

Ponieważ przedmiotowe 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), stosuje się do niego ustawę w brzmieniu obowiązującym przed dniem wejścia w życie nowelizacji.

Izba ustaliła, iż odwołujący złożył ofertę na zadanie IV, V, VII, VIII, IX, z czego jego oferta została odrzucona w zakresie zadania IV, VII i VIII.

Pismem z dnia 12 maja 2010 r. Zamawiający zgodnie z art. 91 b Pzp przekazał Odwołującemu oraz pozostałym wykonawcom, e-mailem i drogą pocztową zaproszenie do aukcji elektronicznej, przy czym odwołującemu w zakresie zadania V i IX wskazując m.in. pozycje, jaką zajęła jego oferta przed aukcją, planowany termin otwarcia aukcji, warunki zamknięcia aukcji jak też termin zamknięcia aukcji. W zaproszeniu do aukcji zamawiający zastrzegł również, iż planowane terminy otwarcia i zamknięcia aukcji ze względu na dogrywki występujące w poprzednim zadaniu/zadaniach, mogą ulegać zmianie.

Na podstawie protokołu znajdującego się w aktach sprawy Izba ustaliła również, iż aukcje dla zadania IV, V i IX odbyły się w dniu 19 kwietnia 2010 r.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie. Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki z art. 187 ust. 4 Pzp skutkujące odrzuceniem odwołania, ponieważ protest został wniesiony z uchybieniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 2 zd. 1 Pzp. Z tego względu Izba ma obowiązek odrzucić odwołanie na podstawie przywołanego wyżej przepisu.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 180 ust. 2 zd. 1 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 jego wniesienia, a jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 – w terminie 7 dni.

Stosownie do art. 91a ust. 1 Pzp Zamawiający po dokonaniu oceny ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Zaś zgodnie z art. 91b ust. 1 Pzp, Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

W ocenie Izby należy mieć na uwadze, że skoro postępowanie toczy się w trybie przetargu nieograniczonego to mają do niego zastosowanie przepisy dotyczące tego trybu, z uwzględnieniem jednakże specyfiki wyboru oferty w drodze aukcji elektronicznej (art. 91 a – 91 c Pzp). Biorąc pod uwagę przepis art. 91a ust. 1 oraz art. 91b ust. 1 Pzp Izba uznaje, że wynika z nich *a contrario*, że w przypadku postępowania z zastosowaniem aukcji elektronicznej, zaproszenie do aukcji, poprzedza badanie ofert oraz ich ewentualne odrzucenie. Zaproszenie do aukcji elektronicznej obejmuje jedynie Wykonawców nie wykluczonych z udziału w postępowaniu, których oferty nie podlegały odrzuceniu, po

ostatecznym rozpatrzeniu ewentualnych protestów. W ocenie Izby zamawiający przed zaproszeniem do aukcji elektronicznej odrzuca oferty podlegające odrzuceniu.

Izba wskazuje, że także z czynności Zamawiającego, tj. zaproszenia do aukcji elektronicznej otrzymanego przez Odwołującego wynikało, że uprzednio nastąpiło określone przepisami badanie złożonych ofert tj. określenie pozycji oraz punktacji oferty Odwołującego.

W konsekwencji mając na względzie brzmienie art. 91b ust. 1 p.z.p. Izba uznała, że zaproszenie do aukcji elektronicznej dla zadania V i IX z pominięciem zaproszenia dla zadania IV stanowiło wystarczającą podstawę do wniesienia protestu na ewentualne zaniechania Zamawiającego polegające na niezaproszeniu odwołującego do aukcji w zakresie zadania IV.

Izba uznaje, że Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu (art. 180 ust. 2 zd. 1 Pzp) w dniu 19.04.2010 r., tj. w dniu przeprowadzenia aukcji w przedmiotowym postępowaniu, w której brał udział dla zadania V i IX. Izba wzięła również pod uwagę oświadczenia zamawiającego złożone w trakcie posiedzenia, który oświadczył, iż każda kolejna aukcja rozpoczynała się dopiero po zakończeniu poprzedniej i tak odpowiednio aukcja dla zadania V rozpoczęła się dopiero po zakończeniu aukcji dla zadania nr IV. Zamawiający oświadczył również, że wszystkie aukcje były widoczne dla wykonawców, którzy otrzymali od niego poufny identyfikator, login i hasło a tylko jedynie wykonawcy zaproszeni do aukcji w poszczególnym zadaniu mogli składać kolejne postąpienia. Izba nie dała wiary twierdzeniom odwołującego, iż nie miał wiedzy o aukcji na zadanie nr IV i liczył na otrzymanie zaproszenia w terminie późniejszym.

W wyniku niniejszych ustaleń Izba uznaje, że 10-dniowy termin na złożenie protestu upłynął 29.04.2010 r. Izba uznała, iż mając na względzie treść art. 91b ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający zaprasza do udziału w aukcji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, to w dacie przeprowadzenia i zamknięcia aukcji dla zadania IV należy przyjąć istnienie po stronie odwołującego wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę na wniesienie protestu. Izba uznała, że odwołujący przy dochowaniu należytej staranności mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Jednocześnie Izba przypomina, że terminy na wnoszenie środków ochrony prawnej mają charakter zawity i nie mogą być konwalidowane w żadnym przypadku, zaś upływ terminu powoduje utratę prawa.

Z tych względów Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania i zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp odrzuciła odwołanie. Jednocześnie Izba wskazuje na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej polegającą m.in. na konieczności zgłaszania przez wszystkich wykonawców, biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących

niezgodnych z przepisami działań lub zaniechań Zamawiającego, pod rygorem utraty terminu na wniesienie środka ochrony prawnej.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....