

POSTANOWIENIE

z dnia 2 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

po rozpoznaniu w Warszawie w dniu **2 września 2013 r.** na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 sierpnia 2013 r.** przez wykonawcę **Lubawa S.A. w Ostrowie Wielkopolskim, 63-400 Ostrów Wielkopolski, ul. Staroprzygodzka 117,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Jednostka Wojskowa 4229, 50-984 Wrocław, ul. Poznańska 58,** przy udziale wykonawcy - konsorcjum firm:

1) jmd Daniel Technologie (lider) ul. Meissnera 6/11, 03-982 Warszawa,

2) Warszawskie Zakłady Kaletnicze NOMA Spółdzielnia Inwalidów ul. Korkowa 167, 04-549 Warszawa,

- przystępującego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie wykonawcy **Lubawa S.A. w Ostrowie Wielkopolskim, 63-400 Ostrów Wielkopolski, ul. Staroprzygodzka 117,**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Lubawa S.A. w Ostrowie Wielkopolskim, 63-400 Ostrów Wielkopolski, ul. Staroprzygodzka 117,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego:

Lubawa S.A. w Ostrowie Wielkopolskim, 63-400 Ostrów Wielkopolski, ul. Staroprzygodzka 117, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie:

Wobec podania wyników postępowania w sprawie wybrania oferty na zawarcie umowy realizacyjnej na wykonanie remontu kamizelek kulo - i odłamkooodpornych w ramach zawartej umowy ramowej nr 5/2013/RAM z dnia 21.6.2013 r. (Dz. Urz. UE 2013/S 059-097786 z 23 marca 2013 r.), w dniu 22 sierpnia 2013 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę Lubawa S.A. w Ostrowie Wielkopolskim, w kopi przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Odwołanie zostało złożone skutkiem powiadomienia w dniu 14 sierpnia 2013 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty na zawarcie umowy realizacyjnej na wykonanie remontu kamizelek kulo - i odłamkooodpornych OLV i KLV w ramach zawartej umowy ramowej nr 5/2013/RAM z dnia 21.6.2013 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – Jednostce Wojskowej nr 4229 naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) zwanej dalej ustawą Pzp, tj.:

- art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm., zwanej niżej Uznk) oraz w związku z art. 1 ust. 1, art. 2 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 17 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (zwaną niżej ustawą o prawie autorskim), przez jego nie zastosowanie i nieodrzczenie oferty wybranej jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy złożenie ten oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na fakt, że oferta wykonania remontu kamizelek OLV i KLV wiąże się z bezprawnym oferowaniem wykorzystania lub/i modyfikacji (opracowania) utworu w postaci dokumentacji techniczno - konstrukcyjnej remontowanych kamizelek (przedmiotu oferty), bez uzyskania zgody i bez ustalenia wynagrodzenia należnego właścicielowi tej dokumentacji,

- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1-2 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 Uznk oraz w związku z art. 1 ust. 1, art. 2 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 17 ustawy o prawie autorskim, przez jego nie zastosowanie i nieodrzczenie oferty wybranej jako najkorzystniejszą w sytuacji gdy oferta ta zawiera cenę nie uwzględniającą koniecznego i należnego wynagrodzenia licencyjnego za wykorzystanie lub/i opracowanie (modyfikację) dokumentacji technicznej

kamizelek OLV i KLV, tj. czynności niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego, co musi oznaczać, że jest to cena skalkulowana poniżej wszystkich kosztów związanych z prawidłowym wykonaniem oferowanej usługi remontowej,

- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w związku z art. 1 ust. 1, art. 2 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 17 ustawy o prawie autorskim, przez jego nie zastosowanie i nieodrzućenie oferty wybranej jako najkorzystniejszą, gdyż z uwagi na fakt, że oferta wybrana zawiera cenę nie uwzględniającą koniecznego i należnego wynagrodzenia licencyjnego za wykorzystanie lub/i opracowanie (modyfikację) dokumentacji techniczno - konstrukcyjnej kamizelek OLV i KLV, tj. czynności niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia publicznego, co powoduje, że jest to cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, którym jest właśnie wykonanie remontu w oparciu o dokumentację techniczno - konstrukcyjną kamizelek OLV i KLV i opracowanie (modyfikację) tej dokumentacji w związku z oferowanym remontem,

- art. 90 ust. 1 w związku z art. 1 ust. 1, art. 2 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 17 ustawy o prawie autorskim, przez jego nie zastosowanie i nie dokonanie odpowiednich czynności sprawdzających, mających na celu ustalenie, czy oferta wybrana jako najkorzystniejsza, nie zawiera ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, skoro cena ta nie uwzględnia koniecznego i należnego wynagrodzenia licencyjnego za wykorzystanie lub/i opracowanie (modyfikację) dokumentacji techniczno - konstrukcyjnej kamizelek OLV i KLV, tj. czynności niezbędnych do prawidłowego wykonania tego zamówienia publicznego,

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- odrzucenia oferty uznanej w dniu 14.08.2013 r. za ofertę najkorzystniejszą,
- dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu (zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 91 a ust. 1 Pzp).

Ponadto, odwołujący wnosil o przeprowadzenie następujących dowodów:

- 1) ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia na remont kamizelek kuloodpornych 5/2013/RAM w zakresie tzw. wymagań ogólnych (str. 3 SIWZ) oraz pkt 3 do 3.5. oraz pkt 7.1. do 7.6. tzw. Warunków eksploatacyjno-technicznych na naprawę z modyfikacją kamizelek OLV i KLV - załącznik nr 3 do wzoru umowy załączonego do SIWZ - na okoliczność konieczności wykorzystania i opracowania dokumentacji technicznej jako integralnego elementu oferty na naprawę z modyfikacją kamizelek KLV i OLV,

- 2) pisma z MON oraz pisma Lubawa S.A. z dnia 9 sierpnia 2013 r. potwierdzających, że dokumentacja techniczna do przedmiotowych kamizelek KLV i OLV jest własnością wykonawcy, czyli Lubawa S.A.,
- 3) pisma Lubawa S.A. z 15 kwietnia 2013 r. wraz z odpowiedzią zamawiającego, opublikowaną na stronie internetowej zamawiającego (wydruk treści odpowiedzi) - na okoliczność remontu i modernizacji kamizelek, jako przedmiotu zamówienia, konieczności przeprowadzenia tych czynności w oparciu o dokumentację techniczno - konstrukcyjną tych kamizelek, konieczność opracowania Dokumentacji Modyfikacji, uzgodnionej z Centralnym Organem Logistycznym (Szefostwo Służby Uzbrojenia i Elektroniki IWsp SZ) przez wybranego wykonawcę.
- 4) zeznań świadka Arkadiusza J., zam., legitymującego się dowodem osobistym Nr AEM - na okoliczność potwierdzenia, że prawo do dokumentacji techniczno - konstrukcyjnej przedmiotowych kamizelek KLV i OLV jest własnością Lubawa S.A.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący wyjaśniał, że w przedmiotowej sprawie zachodzi sytuacja, w której do wykonania przedmiotu zamówienia publicznego konieczne jest wykorzystanie dokumentacji techniczno - konstrukcyjnej kamizelek OLV i KLV. Innymi słowy, prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia publicznego musi się jednoznacznie wiązać z wykorzystaniem dokumentacji technicznej kamizelek. Co więcej, zamawiający założył modyfikację remontowanych kamizelek, a więc także przewidział konieczność dokonania modyfikacji w opracowanej dokumentacji techniczno - konstrukcyjnej, na potrzeby osiągnięcia celu finalnego jakim jest wyremontowanie i modyfikacja określonej liczby kamizelek KLV i OLV. Takie działanie, zgodnie z obowiązującym prawem wymaga uzyskania zgody podmiotu posiadającego prawa do określonej dokumentacji.

Odwołujący argumentując stawiane zarzuty, podnosił że dokumentacja techniczno - konstrukcyjna do tych właśnie kamizelek stanowi wyłączną własność strony odwołującej się. W tym więc zakresie, komercyjne wykorzystanie tej dokumentacji, jak również w szczególności wprowadzenie w niej stosownych zmian, wymaga uzyskania zgody podmiotu uprawnionego oraz zapłaty na jego rzecz stosownego wynagrodzenia (art. 17 ust. 1 ustawy Prawo autorskie). Do dnia złożenia oferty na remont konkretnej partii kamizelek OLV i KLV, wybrane konsorcjum nawet nie zwróciło się ze stosowną prośbą do odwołującego.

Takie działanie w ocenie odwołującego tj. złożenie oferty na remont konkretnej partii kamizelek stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 uznk. Za czyn nieuczciwej konkurencji uważa się bowiem każde działanie przedsiębiorcy, które jest

sprzeczne z prawem i z dobrymi obyczajami i naraża na szkodę interes majątkowy innego przedsiębiorcy.

W ocenie strony odwołującego, w przedmiotowej sprawie, wszystkie te przesłanki są spełnione. Po pierwsze, mamy tu do czynienia z ofertą, która z uwagi na brak zgody podmiotu posiadającego prawa autorskie do dokumentacji techniczno - konstrukcyjnej, będącej kluczowym elementem składowym oferty, jest sprzeczna z prawem autorskim. Po drugie, każde zachowanie sprzeczne z prawem godzi w dobre obyczaje, skoro zamiarem składającego jest bezprawne czerpanie korzyści z cudzego zasobu dokumentacyjnego, bez zgody i bez wynagrodzenia dla właściciela tej dokumentacji. Ponieważ zaś, odwołujący co najmniej powinien był uzyskać należne wynagrodzenie, to jest oczywiste, że bezprawne czerpanie korzyści z jego dokumentacji, naraża na szkodę jego interesy majątkowe.

Odwołujący zaznaczał, że jego interes majątkowy jest jeszcze bardziej narażony na wyrządzenie mu szkody majątkowej - przez czyn wybranego konsorcjum, gdyż odwołujący się również złożył ofertę na remont przedmiotowych kamizelek. To powoduje, że na skutek bezprawnego działania wybranego oferenta, strona odwołująca się została pozbawiona możliwości uzyskania tego właśnie zamówienia publicznego.

Tym samym, o ile bezprawne korzystanie z cudzego utworu może być rekompensowane w drodze odrębnej procedury przed sądem powszechnym, to pozbawienie dostępu do konkretnego zamówienia publicznego - bezpośrednio uprawnia do poszukiwania ochrony prawnej w ramach procedury odwoławczej przewidzianej przepisami ustawy Pzp. Tylko w ten sposób bowiem można doprowadzić do uzyskania odpowiedniej umowy z zamawiającym. W żaden inny sposób zrekompensowanie tego narażenia interesów majątkowych odwołującego, nie jest możliwe – jak przekonywał odwołujący.

W tym też aspekcie uznał, że pojawiła się także możliwość postawienia innego zarzutu. Cena zaproponowana przez odwołującego za remont przedmiotowych kamizelek, nie musiała uwzględniać należnego w tym wypadku wynagrodzenia licencyjnego za korzystanie z dokumentacji techniczno - konstrukcyjnej, niezbędnej do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Co jest oczywiste, gdyż dokumentacja techniczna jest własnością odwołującego. W świetle zaś jednoznacznej regulacji art. 17 ust. 1 Prawa autorskiego, czerpanie korzyści z cudzej dokumentacji wymaga zapłaty należnego wynagrodzenia na rzecz właściciela. To oznacza, że w przedmiotowej sprawie, cena zaproponowana przez wybrane konsorcjum nie ma istotnego elementu składowego, jakim jest należne wynagrodzenie licencyjne za wykorzystanie cudzej dokumentacji techniczno - konstrukcyjnej oraz należnego wynagrodzenia za możliwość opracowania (modyfikacji) tej dokumentacji. Skoro cena konkurenta jest ceną za remont przedmiotowych kamizelek, a

cena konkurenta jest niższa, ale nie zawiera w niej koniecznego elementu składowego, to odwołujący wywiódł wniosek, iż wydaje się, że jest to cena rażąco niska w rozumieniu przepisów Pzp. Ponościł, że skoro cena konkurenta bezprawnie pomija istotny jej element składowy, to należy też rozważyć, czy zaoferowana cena sama w sobie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Uznk. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest oferowanie ceny dumpingowej w celu eliminacji konkurencji. Skoro zaś, jak wykazuje odwołujący, integralną częścią ceny za wykonanie remontu przedmiotu zamówienia publicznego, które ma być wykonane w oparciu o cudzą dokumentację musi być wynagrodzenie licencyjne za korzystanie z tej dokumentacji, a w tym także za wprowadzenie w niej zmian, to jasne jest, że tak skalkulowana cena nie obejmuje wszystkich kosztów związanych z wykonaniem danej usługi. Tym samym, za uzasadniony poczytał zarzut, że oferowana cena sama w sobie jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 22 sierpnia 2013 r. pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w kopii przesłane stronom, w dniu 23 sierpnia 2013 r. złożył wykonawca - konsorcjum firm:

- 1) Janusz D., działający pod firmą „jmd Daniel Technologie” (lider) z siedzibą w Warszawie,
- 2) Warszawskie Zakłady Kaletnicze NOMA Spółdzielnia Inwalidów z siedzibą w Warszawie.

Przystępujący powołał się na swój interes w popieraniu stanowiska zamawiającego, który wybrał jego ofertę do realizacji zamówienia - wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania jako bezpodstawnego.

W dniu 2 września 2013 r. zamawiający udzielił odpowiedzi, w której wnosił o odrzucenie odwołania, lub też o jego oddalenie - jako bezpodstawnego. Zamawiający podnosił, iż zgłoszone zarzuty odnoszą się do treści SIWZ z postępowania w sprawie zawarcia umowy ramowej nr 5/2013/RAM z dnia 21.06.2013 r. Zaznaczał, że na etapie przetargu nieograniczonego na zawarcie umowy ramowej odwołujący nie wniósł odwołania od żadnych czynności zamawiającego, ani wobec treści SIWZ, pomimo że całość okoliczności oraz wymagań technicznych (w tym dotyczących dokumentacji) była mu dokładnie znana. Zamawiający przyjął, że odwołujący chcąc chronić – jak twierdzi przysługujące mu prawa autorskie do przedmiotowej dokumentacji – powinien wnieść odwołanie najpóźniej po podpisaniu umowy ramowej. Odwołujący zaznaczał, że kopia odwołania wpłynęła do niego w dniu 21.08.2013 r., już po podpisaniu umowy realizacyjnej na remont oznaczonej partii kamizelek OLV i KLV, w oparciu o upoważnienie zawarte w art. 94 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający przedstawił pismo odwołującego z dnia 10.05.2013 r.

informujące, że konsorcjum uczestnika postępowania nie posiada praw do dokumentacji techniczno konstrukcyjnej, koniecznych do przeprowadzenia remontu i modyfikacji kamizelek kulo- i odłamkoodpornych.

Izba na posiedzeniu bez udziału stron i uczestnika ustaliła, że odwołanie dotyczy: „wyników postępowania w sprawie wybrania oferty na zawarcie umowy realizacyjnej na wykonanie remontu kamizelek kulo- i odłamkoodpornych w ramach zawartej umowy ramowej nr 5/2013/RAM z dnia 21.6.2013 r.” – jak podał sam odwołujący w treści tegoż pisma. Przy czym za wynik postępowania odwołujący przyjął wybór oferty konkurenta – konsorcjum, którego liderem jest Janusz D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „jmd Daniel Technologie” dokonaną na wykonanie zamówienia realizacyjnego, w wyniku wiążącej zamawiającego, odwołującego oraz przystępującego umowy ramowej zawartej 21 czerwca 2013 r.

Należało, zatem uwzględnić regulacje ustawy Prawo zamówień publicznych, odnoszące się do umowy ramowej. Przepis art. 99 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może zawrzeć umowę ramową po przeprowadzeniu postępowania, stosując odpowiednio przepisy dotyczące udzielania zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, lub negocjacji z ogłoszeniem.

W oparciu o art. 100 ust. 3 pkt 2) ustawy Pzp, umowę ramową zawiera się co najmniej z trzema wykonawcami, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożyło mniej wykonawców.

Z kolei przepis art. 101 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, upoważnia wprost zamawiającego do udzielenia zamówienia, którego przedmiot jest objęty umową ramową wykonawcom, z którymi zawarł umowę ramową, zapraszając ich do składania ofert. Udzielając zamówienia, zamawiający może dokonać zmiany warunków zamówienia w stosunku do określonych w umowie ramowej, jeżeli zmiana ta nie jest istotna. Oferta składana w wyniku zaproszenia, o którym mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie może być mniej korzystna od oferty złożonej w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej.

Jak wynika z ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE 2013/S 059-097786 w dniu 23 marca 2013 r. o postępowaniu w sprawie zawarcia umowy ramowej, zamawiający zastosował procedurę przetargu nieograniczonego i przewidział zawarcie tej umowy maksymalnie z trzema wykonawcami.

W ogłoszeniu o zamówieniu został podany termin składania ofert na zawarcie umowy ramowej do dnia 7 maja 2013 r.

Wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić przy składaniu ofert na zawarcie umowy ramowej - wymagania podane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Rozdział III Opis przedmiotu zamówienia – Wymagania eksploatacyjno – techniczne na naprawę z modyfikacją kamizelek kulo - i odłamkooodpornych, pkt 4 stanowi, że odbioru dokonuje właściwe Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe (...) na podstawie zatwierdzonej dokumentacji techniczno-konstrukcyjnej (wraz z aktualnymi kartami zmian) oraz dokumentacji modyfikacji uzgodnionej przez COL (Szefostwo Służby Uzbrojenia i Elektroniki). Podczas odbioru wymienioną dokumentację Wykonawca udostępni wyznaczonemu do odbioru wojskowego RPW. W dniu 24 kwietnia 2013 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie 4 do SIWZ, że Rejonowe Przedstawicielstwo Wojskowe będzie dokonywać odbioru kamizelek po remoncie na podstawie przedstawionych przez wykonawcę dokumentacji techniczno-konstrukcyjnych, zatwierdzonych przez DPZ wraz z aktualnymi kartami zmian. Warunki modyfikacji poszycia kamizelek typu OLV i KLV określał pkt 7 SIWZ.

Okolicznością bezsporną i przyznaną przez odwołującego pozostawało, że po uprzednim zweryfikowaniu złożonych ofert - jako zgodnych z postanowieniami SIWZ, i uprzednim wystosowaniu zaproszenia do zawarcia umowy ramowej z dnia 7 czerwca 2013r., w dniu 21 czerwca 2013 r. doszło do podpisania takiej umowy z zamawiającym (nr 5/2013 RAM), z udziałem odwołującego oraz przystępującego, w części dotyczącej wykonywania remontu kamizelek.

Umowa ramowa określała zasady udzielania zamówień szczegółowych. Wiążące poszczególnych wykonawców ceny ofert na zawarcie umowy ramowej, nie mogły być przekroczone przy składaniu ofert na zawarcie umowy realizacyjnej (szczegółowej) o wykonanie remontu oznaczonej partii kamizelek.

Zamawiający następnie zaprosił odwołującego oraz przystępującego do złożenia ofert wykonawczych w ramach przedmiotowej umowy ramowej. Korzystniejszą cenowo ofertę złożył przystępujący, zatem zamawiający ustalił wynik postępowania przetargowego w dniu 14 sierpnia 2013 r., dokonując wyboru oferty przystępującego konsorcjum „jmd Daniel Technologie” (cena – 1 726 451,37 zł), której przyznał punktację 100 w jedynym ustalonym kryterium wyboru ofert – najkorzystniejszej ceny, natomiast oferta odwołującego otrzymała 82 punkty (cena 2 104 950,66 zł).

Z opisanych wyżej okoliczności wynika, że wiadomość o podnoszonych jak wyżej zaniechaniach przez zamawiającego - prawidłowego zbadania i wadliwego wyboru oferty konsorcjum „jmd Daniel Technologie”, odwołujący powziął po otrzymaniu zawiadomienia, że do zawarcia umowy ramowej został zaproszony kwestionowany wykonawca konsorcjum,

którego liderem jest Janusz D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „jmd Daniel Technologie”. Odwołujący przedstawił jako dowód w sprawie - pismo kierowane do przystępującego w dniu 9 sierpnia 2013 r., że żadna z zainteresowanych firm nie podjęła jakichkolwiek działań aby uzyskać od niego uprawnienia do wykorzystania dokumentacji technicznej na czas remontu kamizelek. Jednocześnie informował, że nie jest zainteresowany udzieleniem takich licencji.

Art. 86 ust. 2 i 4 ustawy Pzp stanowi, że otwarcie ofert jest jawne. Podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny. Odwołujący zatem wiedział, że w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej złożyło ofertę konsorcjum „jmd Daniel Technologie”, którego oferta, w ocenie odwołującego nie spełniała wymagań SIWZ, albowiem wykonawca ten z braku uprawnień licencyjnych do zmian dokumentacji technicznej - nie mógł zaoferować zamawiającemu wykonania naprawy wraz z modyfikacją kamizelek kulo - i odłamkoodpornych OLV i KLV.

Od otrzymania informacji o zaproszeniu konsorcjum „jmd Daniel Technologie” do zawarcia umowy ramowej dnia 7 czerwca 2013 r., tzn. od tej daty biegł termin na wniesienie odwołania, w którym odwołujący mógł skutecznie ponosić zarzuty przytoczone w niniejszym odwołaniu - i upływał w dniu 17 czerwca 2013 r.

Zarzuty odwołującego w istocie dotyczyły niezgodności treści oferty przystępującego z przywołanym w odwołaniu postanowieniami SIWZ, natomiast kwestią wtórną było nieujęcie w cenie wybranej oferty, opłaty licencyjnej - skoro licencja taka nie została przez odwołującego uczestnikowi postępowania udzielona i nie mógł on modyfikować przedmiotu zamówienia.

Zgodność oferty z treścią SIWZ, w postępowaniu o zawarcie umowy ramowej jest ustalana na etapie tegoż postępowania. Wystosowanie zaproszenia do zawarcia umowy ramowej jest równoznaczne w skutkach z powiadomieniem o wyborze oferty i oznacza jednocześnie, że zamawiający ocenił ofertę zaproszonego – jako spełniającą wymagania i zgodną z treścią SIWZ.

Postępowanie o zawarcie umowy ramowej - ma taki zasadniczy cel, aby zamawiający mógł w szybkim terminie udzielać zamówień realizacyjnych (szczegółowych) na ilości usług, czy dostaw – według swoich aktualnych potrzeb, na podstawie ofert wcześniej dokładnie zweryfikowanych przed zawarciem umowy ramowej.

Po zaproszeniu do składania ofert realizacyjnych, gdzie wykonawcy mogą proponować korzystniejsze ceny, niż wynikające z zawartej umowy ramowej - co jest istotą ponownego składania ofert - na konkretne wykonanie partii przedmiotu zamówienia, zamawiający nie dokonuje ponownego badania oferty tego samego wykonawcy pod

względem spełniania wymogów SIWZ. Odwołujący nie powoływał się na okoliczność, że po zawarciu umowy ramowej, doszło do modyfikacji odnośnych postanowień SIWZ.

Zdaniem Izby, zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej wymaga, aby wszystkie możliwe zarzuty zostały podniesione po zaproszeniu przystępującego do zawarcia umowy ramowej – skoro jak wywodził odwołujący, wybrany konkurent, nie mógł z braku uprawnień licencyjnych do zmian dokumentacji - w ogólności podjąć się realizacji przedmiotowego zamówienia, tym samym jego udział w umowie ramowej był bezprzedmiotowy.

Ustawodawca nakazał jednoczesne wykonywanie wszystkich tych czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie postępowania, w tym jednoczesne korzystanie ze środków ochrony prawnej. Powiadomieni równocześnie wykonawcy mają dostępny ten sam termin na zapoznanie się z wynikami przetargu, a w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości, na jego zakwestionowanie przewidzianymi ustawą Pzp środkami ochrony prawnej. Powyższa zasada znajduje odzwierciedlenie między innymi w przepisach art. 92, art.182, art. 185, art. 186 ust. 4, art.189 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej.

Stosownie do przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającej 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.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp Izba odrzuca odwołanie, gdy zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Na gruncie niniejszego postępowania zachodziły przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania. Odwołujący wniósł odwołanie z uchybieniem terminu określonego w przepisie art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp. Dnia 7 czerwca 2013 r. zamawiający przekazał wykonawcom zaproszenie do zawarcia umowy ramowej, w którym podał, „*że w wyniku przeprowadzenia przetargu nieograniczonego,*” [w ramach którego dokonał badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu] „*zawrze umowę ramową na remont kamizelek*” w części I z przystępującym oraz z odwołującym, których zaprosił w dniu 21 czerwca 2013 r. w celu zawarcia umowy ramowej.

Termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty uczestnika postępowania konsorcjum „jmd Daniel Technologie” rozpoczął

bieg w dniu następnym od przesłania przez zamawiającego zaproszenia do zawarcia umowy ramowej, tj. w dniu 8 czerwca 2013 r. i upłynął 17 czerwca 2013 r. Odwołanie wniesione w dniu 22 sierpnia 2013 r. jest zatem odwołaniem wniesionym z uchybieniem terminu określonego w przepisie art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp. Tym samym, podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Oceniając zachowanie terminu na wniesienie odwołania, należy zawsze mieć na względzie zarzuty faktyczne podniesione w odwołaniu. Na gruncie przedmiotowej sprawy odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp działań zamawiającego - polegających na zaniechaniu odrzucenia oferty uczestnika postępowania - konsorcjum „Jmd Daniel Technologie” i zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz naruszenie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W przypadku zawarcia umowy ramowej - po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego - zdarzeniem, od którego wykonawcy, przy zachowaniu należytej staranności, mogą powziąć informację o wyniku przeprowadzonego przez zamawiającego badania i oceny ofert, a co za tym idzie również zaniechaniu przez zamawiającego odrzucenia oferty z przyczyn wskazanych w art. 89 ust. 1 Pzp, jest przekazanie zaproszenia do zawarcia umowy ramowej. Termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania przez zamawiającego dokonania odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny oraz z uwagi na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, z uwzględnieniem całego kontekstu argumentacyjnego - biegł zatem od dnia przekazania zaproszenia.

Za zasadnością takiego stanowiska przemawia przede wszystkim wymóg zachowania pewności procedury. Zarówno zamawiający jak i wykonawcy powinni bowiem mieć pewność, iż po upływie terminów na wniesienie odwołania wobec dokonanej przez zamawiającego czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji zaproszenia do zawarcia umowy ramowej - czynność ta staje się ostateczna, a tym samym możliwe jest zawarcie umowy ramowej, a w jej następstwie także realizacyjnej. Tym bardziej, że ustawa Pzp w art. 94 ust. 2 pkt 2) przewiduje wyjątek i w przypadku umowy dotyczącej zamówienia w oparciu o umowę ramową, zezwala na pominięcie dyspozycji art. 183 ust. 1 ustawy Pzp, jako odstępstwa od *standstill*. W tym celu ustanowione zostały przepisy regulujące terminy na wniesienie odwołania, których niedochowanie skutkuje odrzuceniem odwołania przez Izbę. Odmienne stanowisko w tym zakresie doprowadziłoby do sytuacji, w której decyzje zamawiającego zawsze mogłyby być skutecznie wzruszane, o ile tylko wykonawca powoływałby się na informację o podstawach dla stawianych przez siebie zarzutów - w terminie późniejszym, niż termin ustalony od dnia przesłania wykonawcom zaproszenia do zawarcia umowy ramowej. Wynik czynności badania ofert, w tym również pod kątem art. 89

ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp był odwołującemu znany od dnia przesłania zaproszenia do zawarcia umowy ramowej, czyli od dnia 7 czerwca 2013 r.

Sam fakt wyboru oferty uczestnika postępowania na realizację zamówienia szczegółowego, w ramach wiążącej umowy ramowej - ogólnej, nie może być traktowany, jako przesłanka do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania, gdyż nie może, w ocenie Izby, oddziaływać na ustalenie terminu do wniesienia odwołania wobec czynności oceny ofert, które nie były, po poinformowaniu wykonawców o ich dokonaniu - modyfikowane w toku dalszego postępowania o udzielenie zamówienia.

W przekonaniu Izby, po zaproszeniu wykonawców do zawarcia umowy ramowej, nie nastąpiły w przedmiotowym postępowaniu żadne nowe okoliczności, które mogłyby stanowić podstawę wnoszenia nowych środków zaskarżenia na czynności i zaniechania zamawiającego. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej urzeczywistnia zaś istotny z punktu widzenia procedur zamówień publicznych postulat, szybkiego i sprawnego systemu weryfikacji czynności podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Temu celowi, bowiem służą przepisy określające terminy na wniesienie odwołania. Dla uczestników postępowania o udzielenie zamówienia oczywistym powinno być, iż konsekwencją niedochowania tych terminów będzie odrzucenie odwołania przez Izbę.

W wyniku dokonanych ustaleń, Izba uznała że 10 - dniowy termin na złożenie odwołania, przewidziany art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając podnoszone w odwołaniu zarzuty, upłynął bezskutecznie w dniu 17 czerwca 2013 r., jeszcze przed zawarciem umowy ramowej z dnia 21 czerwca 2013 r.

Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ 17 czerwca 2013 r. spowodował wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Z tych względów Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Postępowanie w sprawie wykazało, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co obligowało Izbę do jego odrzucenia w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie.

Należało również zważyć, iż w dniu 21 sierpnia 2013 r. przed wniesieniem odwołania, zamawiający zawarł z uczestnikiem postępowania konsorcjum „jmd Daniel Technologie” umowę realizacyjną. W przypadku niniejszej sprawy, gdy odwołanie wniesione zostało po zawarciu umowy ramowej oraz realizacyjnej, brak byłoby możliwości uwzględnienia odwołania, w którym odwołujący powołuje się na naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pki 3 Pzp. Orzeczenie stwierdzające naruszenie ww. przepisów w żaden

sposób nie wpłynęłoby bowiem na wynik postępowania (zawarta umowa). Zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba może uwzględnić odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W okolicznościach niniejszej sprawy uwzględnienie odwołania nie byłoby, zatem możliwe ze względu na ograniczenia proceduralne, wynikające z normy art. 192 ust. 2 Pzp. Brak jest, bowiem możliwości orzeczenia co do istoty sprawy w sposób, który zmieniłby wynik postępowania.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które są ustalane z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. W oparciu o § 3 pkt 1 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), Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczoną kwotę wpisu od odwołania.

Przewodniczący: