

POSTANOWIENIE
z dnia 27 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Członkowie: Ewa Rzońca

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **26 października 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Gilidia Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3,5**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Gilidia Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B 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 **Gilidia Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B**
- 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 **Gilidia Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B**

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3,5 - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup i wdrożenie systemu kierowania ruchem klientów w terenowych jednostkach organizacyjnych ZUS.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów 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 października 2010 roku wykonawca Gildia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 20-135 Lublin, ul. Dworska 15B wniósł odwołanie na czynności zamawiającego podjęte w przedmiotowym postępowaniu, zarzucając zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez wykluczenie z postępowania odwołującego ze względu na niezłożenie w terminie wadium, mimo iż zostało ono prawidłowo wniesione,
- 2) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 90 ust. 1 ustawy oraz art. 55 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE z dnia 30 kwietnia 2004 r., seria L 134/114), poprzez zaniechanie przeprowadzenia procedury badania, czy oferta najkorzystniejsza nie zawiera rażąco niskiej ceny, zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy Konsorcjum firm: ComArch S.A. oraz Mellon Poland Sp. z o.o. (konsorcjum ComArch) w celu wyjaśnienia elementów ceny oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy istniały przesłanki do stwierdzenia, że oferta konsorcjum ComArch może zawierać rażąco niską cenę,
- 3) naruszenie art. 91 w związku z art. 7 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe badanie i ocenę ofert, a w konsekwencji dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo zaistnienia przesłanek wskazujących na konieczność wezwania wykonawcy ComArch do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący się wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym dokonanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w zakresie badania rażąco niskiej ceny oferty złożonej przez Konsorcjum ComArch.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przed dniem 29 stycznia 2010 roku, tj. przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Do rozpoznania sprawy mają zatem zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie znowelizowanych przepisów.

W dniu 15 września 2010 roku zamawiający poinformował odwołującego się o wykluczeniu go z postępowania oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum ComArch. W dniu 23 września 2010 roku odwołujący się wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynności zamawiającego, o których dowiedział się w dniu 15 września 2010 roku. W tym samym dniu odwołujący się przekazał kopię odwołania zamawiającemu. Od odwołania odwołujący się uiścił wpis w należnej wysokości 15.000, 00 zł.

Pismem z dnia 28 września 2010 roku, które wpłynęło do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 29 września 2010 roku (faksem) oraz w dniu 30 września 2010 roku w formie pisemnej odwołujący się cofnął odwołanie z dnia 23 września 2010 roku. Krajowa Izba Odwoławcza działając na podstawie art. 189 ust. 1 i art. 191 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp postanowieniem z dnia 5 października 2010 roku umorzyła postępowanie odwoławcze.

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 18 października 2010 roku odwołujący się podniósł m.in., że w dniu 23 września 2010 roku wniósł protest do zamawiającego, który błędnie oznaczył jako odwołanie. W ocenie odwołującego się nie zmienia to istoty rzeczy, iż odwołujący się wniósł protest. Protest ma bowiem charakter zawiadomienia typu reklamacyjnego. Tego typu zawiadomienie nie musi nazywać się „protestem”, wystarczy, jeśli z niego wynika, o jakie uchybienie chodzi wnoszącemu. Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp uznaje się za jego oddalenie. Odwołanie z dnia 18 października 2010 roku wniesione zatem zostało na oddalenie protestu przez zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i przystępującego złożone podczas posiedzenia niejawnego Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp.

Protest jest jednym ze środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W myśl art. 180 ust. 1 ustawy Pzp przysługuje wobec czynności oraz zaniechań zamawiającego podjętych (zaniechanych) przez zamawiającego w toku postępowania. Stosownie do

art. 180 ust. 2 *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 jego wniesienia. W omawianym przypadku termin na wniesienie protestu upływał w dniu 25 września 2010 roku.

Odwołanie – zgodnie z art. 184 ust. 1 ustawy Pzp – przysługuje od rozstrzygnięcia protestu. Wniesienie odwołania nie poprzedzonego protestem stanowi podstawę do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp.

W dniu 23 września 2010 roku odwołujący się wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej i jednocześnie doręczył zamawiającemu kopię tegoż odwołania. Obecnie utrzymuje, iż pismo, jakie otrzymał zamawiający było w istocie protestem, mylnie nazwanym odwołaniem.

Argumentację odwołującego się należy uznać za chybioną. Oczywistym jest, iż o kwalifikacji pisma procesowego nie decyduje jego tytuł, lecz jego treść, ale właśnie analiza treści pisma z dnia 23 września 2010 roku oraz fakt wniesienia przez odwołującego się wpisu od odwołania pozwala na niebudzący wątpliwości wniosek, iż pismo, które otrzymał zamawiający w dniu 23 września 2010 roku było kopią odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, nie zaś protestem. Świadczą o tym następujące okoliczności:

- 1) Pismo z dnia 23 września 2010 roku, noszące tytuł „Odwołanie” zostało zaadresowane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, ul. Postępu 17a, „Adgar Plaza”, 02-676 Warszawa, czyli bez wątpienia adresatem jego był organ, do którego – zgodnie z art. 180 ust. 4 ustawy Pzp (w brzmieniu po nowelizacji, która weszła w życie w dniu 29 stycznia 2010 roku) – należy wnieść odwołanie. Należy tu zaznaczyć, iż przed 29 stycznia 2010 roku odwołania nie wносиło się do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, ale do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Co prawda nazwa i adres zamawiającego zostały wymienione w nagłówku pisma, niemniej jednak w pierwszej kolejności po adresacie wskazany jest odwołujący się, a dopiero potem zamawiający. Oznacza to, iż zamawiający nie był adresatem rzeczzonego pisma, ale wskazany został jako strona przedmiotowego postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280);
- 2) Na stronie 1 pisma z dnia 23 września 2010 roku (wers drugi od dołu) odwołujący się wyraźnie oświadcza, iż „wnosi odwołanie” od czynności zamawiającego;
- 3) W dalszej części pisma odwołujący się kilkakrotnie używa sformułowania „odwołanie” (strona 3 wersy 9 i 11), ani razu natomiast nie używa terminu „protest”;
- 4) W przedmiotowym piśmie odwołujący używa w stosunku do siebie wyłącznie określenia „Odwołujący”, ani razu natomiast nie nazywa się „Protestującym”;
- 5) Na stronie 3 pisma odwołujący wskazuje, iż w dniu 23 września 2010 roku przekazał kopię odwołania zamawiającemu. Twierdzenie obecnie, iż kopia ta była w istocie

protestem należy uznać za nietrafiony sposób obrony odwołującego się przed uniknięciem niekorzystnych dla niego skutków prawnych związanych z nie wniesieniem protestu;

- 6) Odwołujący się w treści pisma powołuje się na przepisy ustawy Pzp w brzmieniu po nowelizacji z dnia 29 stycznia 2010 roku (np. art. 182 ust. 1 pkt 1 jako uzasadnienie dotrzymania terminu na wniesienie odwołania. W poprzednim stanie prawnym ustawa Pzp nie zawierała art. 180 ust. 1 pkt 1), co oznacza, iż zastosował znowelizowane przepisy ustawy, które zniosły między innymi instytucję protestu. Dowodzi to tego, iż odwołujący się był przekonany o braku konieczności wniesienia protestu, nie mógł zatem jedynie omyłkowo wnieść pisma zatytułowanego „Odwołanie, a nie „Protest”;
- 7) Powyższe wynika również z faktu, że odwołujący się wskazuje w piśmie Dziennik Ustaw z 2010 roku Nr 113, poz. 759 jako miejsce opublikowania ustawy Pzp. W publikatorze tym ogłoszono tekst ustawy Pzp w brzmieniu uwzględniającym nowelizację, która weszła w życie w dniu 29 stycznia 2010 roku;
- 8) Odwołujący się uiszczył wpis od odwołania wniesionego w dniu 23 września 2010 roku w wymaganej prawem wysokości;
- 9) Odwołujący się w piśmie z dnia 28 września 2010 roku skierowanym do Urzędu Zamówień Publicznych złożył oświadczenie o cofnięciu „odwołania”. Oznacza to, iż pismo wniesione do Prezesa KIO w dniu 23 września 2010 roku traktował jako odwołanie. Nie mógł zatem kopii tego pisma, którą skierował do zamawiającego, potraktować jako protest.

Wskazane wyżej okoliczności dowodzą, iż pismo, które odwołujący się w dniu 23 września 2010 roku skierował do zamawiającego, nie było protestem, ale kopią odwołania, którego oryginał wniesiony został do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Z tytułowanie pisma („Odwołanie”) nie było wynikiem błędu ze strony odwołującego się, lecz wynikiem jego przemyślanych i nieprzypadkowych działań. Konstatacja taka wynika z przeprowadzonej przez Izbę analizy zarówno treści pisma z dnia 23 września 2010 roku, jak i innych działań odwołującego się podjętych w związku z wniesieniem tegoż pisma. Zamawiający nie był zatem obowiązany do rozpoznania jako protestu pisma, w stosunku do którego wszelkie okoliczności wskazywały, że nie jest to protest, ale kopia odwołania. W tej sytuacji stwierdzić należy, iż odwołujący się uchybił obowiązkowi wniesienia do zamawiającego protestu na jego czynności, co uzasadnia odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

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 zmianami) 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:

.....

.....