

Sygn. akt: KIO/UZP 1052/08

POSTANOWIENIE
z dnia 14 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 14 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Silesia Oil Sp. z o.o., ul. Wapienna 2, 43-174 Łaziska Górne** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** protestu z dnia 5 września 2008 r.,

przy udziale wykonawcy **MTK MORION Sp. z o.o., ul. Narutowicza 1, 32-020 Wieliczka** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Silesia Oil Sp. z o.o., ul. Wapienna 2, 43-174 Łaziska Górne i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez **Silesia Oil Sp. z o.o., ul. Wapienna 2, 43-174 Łaziska Górne,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **1 800 zł 00 gr** (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Silesia Oil Sp. z o.o., ul. Wapienna 2, 43-174 Łaziska Górne** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** 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 **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Silesia Oil Sp. z o.o., ul. Wapienna 2, 43-174 Łaziska Górne.**

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

Zamawiający Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zakup dla kopalń JSW S.A. olejów w łącznej ilości 468.375l i 352.987 kg w terminie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy”.

Wobec powiadomienia w dniu 29.08.2008 roku o wynikach postępowania w poszczególnych częściach protest wniósł „Silesia Oil” Sp. z o.o. z siedzibą w Łaziskach Górnych. Protestujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach 11, 12, 13, 14 i 31 z pominięciem wyników aukcji elektronicznej i wniósł o ponowienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej.

W wyniku powiadomienia o wniesieniu protestu dokonane przez Zamawiającego w dniu 8.09.2008 roku do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił MTK „MORION” Sp. z o. o. z siedzibą w Wieliczce.

Zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go pismem z dnia 15.09.2008 roku, w tym dniu przekazując rozstrzygnięcie Protestującemu. W uzasadnieniu Zamawiający wywiódł, że nie zachodziły przesłanki wskazane w art. 91a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655) – dalej: Pzp - umożliwiające przeprowadzenie aukcji elektronicznej, gdyż trzeci z wykonawców, którzy ubiegali się o zamówienie nie przedłużył terminu związania ofertą w zadaniach 11, 12, 13, 14 i 31, w związku z czym Zamawiający odrzucił złożoną przez niego ofertę w ww. zadaniach i przyjął, że w ogóle nie została ona złożona. W związku z tym przeprowadzenie aukcji elektronicznej było bezpodstawne.

Nie zgadzając się z rozstrzygnięciem Zamawiającego Silesia Oil Sp. z o.o. z zachowaniem warunków wskazanych w art. 184 ust. 3 Pzp wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący się podniósł zarzut naruszenia art. 91 ust. 1, art. 91a ust. 1 oraz art. 91c ust. 4 Pzp przez nieuwzględnienie wyników aukcji elektronicznej przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniach nr 11, 12, 13, 14 i 31 i wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie postępowania. W uzasadnieniu Odwołujący się wywiódł, że Zamawiający niesłusznie pominął wyniki aukcji elektronicznej, którą przeprowadził w dniach 3. i 4.07.2008 roku. W dacie tej w postępowaniu brało udział trzech wykonawców. Oferta wykonawcy biorącego udział w aukcji obok Odwołującego się i MTK „MORION” Sp. z o. o. z siedzibą w Wieliczce – Mirosława Zychowicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MARCOM, była ważna i prawidłowo zabezpieczona wadium do dnia 5.07.2008 roku. Brak wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenie ważności wadium przez wykonawcę biorącego udział w aukcji nie może stanowić podstawy do „anulowania wyników aukcji elektronicznej”. Ponadto Odwołujący się podniósł, że nie było możliwości wyboru oferty MTK „MORION” Sp. z o. o. z ceną zaproponowaną w „pierwotnie” złożonej ofercie, gdyż wykonawca ten brał udział w aukcji elektronicznej i obniżał cenę w stosunku do uprzednio zaoferowanej. Zatem zgodnie z art. 91c ust. 4 Pzp oferta przestała wiązać MTK „MORION” Sp. z o.o. w zakresie udziału w aukcji elektronicznej.

W wyniku wezwania dokonanego przez Zamawiającego, MTK MORION Sp. z o.o. pismem z dnia 30.09.2008 roku zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu Przystępujący wskazał, że odwołanie jest niezasadne z uwagi na fakt, że Przystępujący skierował protest przeciwko zaproszeniu Odwołującego się do udziału w aukcji elektronicznej. Zamawiający aukcję przeprowadził a następnie uznał protest m.in. w zakresie niezgodności formularza oferty Odwołującego się z formularzem ofertowym. Zatem w chwili przeprowadzenia aukcji oferta Odwołującego się podlegała odrzuceniu. Przystępujący wywiódł, że aukcja elektroniczna jest

możliwa do przeprowadzenia po dokonaniu oceny ofert a Zamawiający poinformował, że dokona ponownej oceny ofert i nie przeprowadził aukcji elektronicznej po dokonaniu ponownej oceny ofert. Ponadto Przystępujący podniósł, że żaden z wykonawców nie został poinformowany o wynikach aukcji elektronicznej a w dokumentacji postępowania brak jest wzmianki o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej oraz jej wynikach.

Podczas posiedzenia z udziałem pełnomocników stron i Przystępującego oraz na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający zaprosił wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej w dniu 27.06.2008 roku.

Czynność ta stała się podstawą do wniesienia protestu przez Przystępującego w dniu 2.07.2008 roku, w którym wniósł o: odrzucenie oferty Silesia Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, unieważnienie czynności zaproszenia do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej oraz zaniechanie przeprowadzenia aukcji.

Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną w dniach 3 i 4.07.2008 roku a okoliczność, że najkorzystniejszą cenę zaoferował podczas niej Odwołujący się nie jest sporna. Następnie Zamawiający w dniu 12.07.2008 roku uwzględnił protest Przystępującego z dnia 2.07.2008 roku i zapowiedział ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert. Odwołujący się brał udział w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Nie złożył odwołania od rozstrzygnięcia protestu.

Zamawiający nie poinformował wykonawców o wynikach aukcji elektronicznej, w szczególności nie podał w trybie określonym w art. 80 ust. 2 Pzp w związku z art. 91c ust. 5 Pzp nazwy (firmy) oraz adresu wykonawcy, którego ofertę wybrano w wyniku przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Dnia 29.08.2008 roku Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przystępującego dokonany z pominięciem aukcji elektronicznej. Dokumentacja postępowania wg stanu na dzień rozprawy i oświadczeń Zamawiającego na rozprawie nie zawiera informacji o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, mimo że fakt jej przeprowadzenia jest bezsporny między stronami.

Izba zważyła, co następuje:

Protest z dnia 5.09.2008 roku poprzedzający badane odwołanie, został wniesiony z uchybieniem terminu określonego w art. 180 ust. 2 zd. 1 Pzp.

Przywołany przepis stanowi, że protest wnosi się do Zamawiającego w terminie 7 dni od powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu.

Art. 179 ust. 1 Pzp głosi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom (...) jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby niewątpliwe jest, że o grożącym mu uszczerbku prawnym w uzyskaniu zamówienia Odwołujący się powziął wiadomość z rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu wniesionego dnia 2.07.2008 roku. Zapowiedziane w jego treści ponowne badanie i ocena ofert, w tym oferty Odwołującego się, mogła doprowadzić do odrzucenia oferty Odwołującego się, która po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej powinna być uznana za najkorzystniejszą.

Wbrew twierdzeniom przedstawionym na posiedzeniu przez Zamawiającego i Odwołującego się, nie można oddzielić skutków czynności badania i oceny ofert od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Między tymi czynnościami ustawodawca ustalił bezpośredni związek. Art. 91 a ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono, co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Zatem w aukcji elektronicznej mogą brać udział wyłącznie wykonawcy, którzy złożyli oferty, w stosunku do których nie występują przesłanki wskazane w art. 89. ust. 1 Pzp.

Skoro Zamawiający zapowiedział w rozstrzygnięciu protestu wniesionego w dniu 2.07.2008 roku ponowne badanie i ocenę ofert, to Odwołujący się działający z należytą starannością, w celu zachowania swych praw w postępowaniu, powinien złożyć odwołanie w terminie 5 dni od otrzymania rozstrzygnięcia protestu.

Art. 180 ust. 1 zd. 1 Pzp stanowi, że protest przysługuje wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu oraz w przypadku zaniechania przez Zamawiającego czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Protest jest rodzajem sprzeciwu o funkcjach sygnalizacyjno-reklamacyjnych, prowadzić ma bowiem na bieżąco do korygowania ewentualnych uchybień popełnionych w toku postępowania przez Zamawiającego. Zatem przyjęcie stanowiska prawnego Zamawiającego i Odwołującego się, że nie ma bezpośredniego związku między czynnościami badania i oceny ofert a czynnością przeprowadzenia aukcji elektronicznej (którego to poglądu Izba nie podziela), prowadzi do wniosku, że właściwym działaniem Odwołującego się winno być złożenie odrębnego środka ochrony prawnej (protestu) na, co najmniej, zaniechanie przez Zamawiającego poinformowania o wynikach aukcji elektronicznej. Pogląd ten jest szczególnie aktualny wobec faktu, że obowiązek upublicznienia wyników aukcji elektronicznej wynika wprost z art. 80 ust. 2 w zw. z art. 91c ust. 5 Pzp, aktu prawnego powszechnie obowiązującego. Odwołujący się jest uczestnikiem obrotu gospodarczego i

przepisy prawa dotyczące obszaru jego aktywności profesjonalnej winny być mu bezwzględnie znane.

Z powyższych względów nie można sanować skutków zaniechania wniesienia odwołania od protestu (wniesionego w dniu 2.07.2008 roku), uwzględnionego przez Zamawiającego powołując się na wyłącznie na przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 26 listopada 2007 roku (Sygn. akt V Ca 2056/07) wywiódł, że „Wykonawca ma bowiem ponadto obowiązek działania z należytą starannością jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, zatem również tak, aby w pełni mogła być realizowana zasada koncentracji środków ochrony prawnej przewidziana w art. 183 Pzp a postępowanie o udzielenie zamówienia nie było zbędnie przedłużane, gdyż nie leży to w interesie publicznym”.

Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 7 kwietnia 2006 roku (Dz. U. z dnia 10 maja, nr 79, poz. 551) wprowadziła koncentrację 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 (*vide*: postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 7.03.2008 roku, sygn. akr KIO/UZP/159/08).

Terminy na wnoszenie środków ochrony prawnej mają charakter zawity i nie mogą być konwalidowane w żadnym przypadku. Upływ terminu powoduje utratę prawa.

Z tych względów Izba działając na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp odrzuciła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886) ograniczając wynagrodzenie pełnomocnika stosownie do nakładu jego pracy do kwoty 1.800 zł.

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) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*