

Sygn. akt: KIO/UZP 652/10
KIO/UZP 654/10

POSTANOWIENIE
z dnia 29 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Członkowie: Agata Mikołajczyk
Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 28 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POL-MOT Auto sp. z o.o. 01-503 Warszawa, ul. Felińskiego 2**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Główną Policji Warszawa, ul. Puławska 148/150**, protestu z dnia 19 marca 2010 r.

oraz odwołania wniesionego przez **MUCHA sp. j., 43-190 Mikołów, ul. Katowicka 59** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Główną Policji Warszawa, ul. Puławska 148/150**, protestu z dnia 22 marca 2010 r.

wyznaczonych do łącznego rozpoznania na podstawie zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2010 r.

przy udziale **ACM Mari Car sp. z o.o. ul. Metalowa 1, 60-118 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. odrzuca odwołanie wniesione przez POL-MOT Auto sp. z o.o. 01-503 Warszawa, ul. Felińskiego 2,**
- 2. odrzuca odwołanie wniesione przez MUCHA sp. j., 43-190 Mikołów, ul. Katowicka 59,**
3. Kosztami postępowania obciąża:
- POL-MOT Auto sp. z o.o. 01-503 Warszawa, ul. Felińskiego 2

- MUCHA sp. j., 43-190 Mikołów, ul. Katowicka 59

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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **POL-MOT Auto sp. z o.o. 01-503 Warszawa, ul. Felińskiego 2,**
 - B** koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **MUCHA sp. j., 43-190 Mikołów, ul. Katowicka 59,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **6 000 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A.** kwoty **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **POL-MOT Auto sp. z o.o. 01-503 Warszawa, ul. Felińskiego 2** na rzecz **Komendy Głównej Policji Warszawa, ul. Puławska 148/150** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - B.** kwoty **3 000 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **MUCHA sp. j., 43-190 Mikołów, ul. Katowicka 59** na rzecz **Komendy Głównej Policji Warszawa, ul. Puławska 148/150** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **25 556 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **POL-MOT Auto sp. z o.o. 01-503 Warszawa, ul. Felińskiego 2,**
 - B** kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **MUCHA sp. j., 43-190 Mikołów, ul. Katowicka 59.**

Uzasadnienie

Zamawiający: Komenda Główna Policji Warszawa, ul. Puławska 148/150, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę 120 samochodów osobowych oznakowanych z videorejestраторami”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 grudnia 2009 r. pod nr 2009/S 252-362847, z uwagi na wartość przedmiotowego zamówienia, która jest wyższa niż kwoty określone w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 241, poz. 1762), wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zmianami) (zwanej dalej Pzp) w brzmieniu sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Odwołanie zostało wniesione do zamawiającego Komenda Główna Policji w Warszawie przez firmę:

- 1) POL-MOT Auto sp. z o.o.
- 2) Mucha sp. sp.j.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania firmy POL-MOT na podstawie art. 187 ust 4 pkt 7 ustawy Pzp i o odrzucenie odwołania firmy Mucha sp. j. na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 i 6 ustawy Pzp.

Skład Orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

1.

Odwołujący POL-MOT Auto sp. z o.o. 01-503 Warszawa, ul. Felińskiego 2 w dniu 19 marca 2010 r. wniósł protest wobec czynności:

- a) badania ofert - poprzez przyjęcie, że wykonawca ACM Mari - Car Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Metalowa 1, 60-118 Poznań, nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, a jego oferta odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.
- b) oceny ofert - poprzez przyjęcie, że w/w oferta podlega ocenie,

- c) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, a złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Odwołujący zarzucił w proteście, iż Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 3 pzp, 24 ust. 4 ustawy pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp, art. 91 ust. 1 ustawy pzp, art. 7 ust. 1 ustawy pzp oraz wniósł o powtórzenie czynności badania ofert - w następstwie której nastąpi wykluczenie podnoszonego wykonawcy z postępowania i odrzucenie jego oferty, powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu tylko do ważnych ofert, unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ACM Mari - Car Sp. z o.o.

Wykonawca ACM Mari Car sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przystąpił do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu, wnosząc o odrzucenie protestu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający oddalił protest w dniu 31 marca 2010 r., przekazując odwołującemu rozstrzygnięcie protestu w dniu 01 kwietnia 2010 r.

Odwołujący, w dniu 12 kwietnia 2010 r. wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu, nadając pismo w dniu 12 kwietnia 2010 r. w placówce pocztowej operatora publicznego.

W dniu 12 kwietnia 2010 r. w placówce pocztowej operatora publicznego odwołujący nadał kopię odwołania do zamawiającego, która wpłynęła do siedziby zamawiającego w dniu 15 kwietnia 2010 r. Zamawiający przyznał w toku posiedzenia, że do dnia 15 kwietnia nie otrzymał żadnej informacji od Wykonawcy o wniesionym odwołaniu. W niniejszej sprawie termin na złożenie odwołania upłynął w dniu 12 kwietnia 2010 r. Wykonawca obowiązany był w tym dniu dostarczyć do Zamawiającego kopię wniesionego odwołania. Wykonawca przedłożył Zamawiającemu kopię odwołania po 12 kwietnia 2010 roku, a więc bez zachowania wymogu jednoczesności określonego w przepisie art. 184 ust. 2 Pzp. Przepis art. 184 ust. 2 Pzp nakłada na wykonawcę składającego odwołanie obowiązek przekazania kopii jego treści zamawiającemu do upływu ustawowego terminu na wniesienie odwołania. Obowiązek ten mógł być wypełniony przez odwołującego zarówno drogą faksową, jak i inną drogą (np. osobiście w siedzibie zamawiającego).

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu z powodu wypełnienia dyspozycji art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp.

Stosownie do przywołanego art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp, odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli odwołujący nie przekazał kopii odwołania zamawiającemu, zgodnie z art. 184 ust. 2 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 5 dni, zaś jeśli jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp – w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu na jego rozstrzygnięcie, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania zamawiającemu. W świetle wskazanej regulacji termin do wniesienia odwołania jest zachowany, jeżeli odwołanie do upływu terminu zostanie złożone w placówce pocztowej operatora publicznego. Zastrzeżenie powyższe dotyczy jednak wyłącznie przekazania odwołania Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, a nie dotyczy przekazania kopii treści odwołania zamawiającemu. Kopia odwołania powinna zostać przekazana zamawiającemu jednocześnie, tj. najpóźniej w terminie na wniesienie odwołania. Powyższe uzasadnione jest głównym celem, dla którego ustawodawca nałożył na odwołującego wymóg przekazania kopii odwołania zamawiającemu, którym jest poinformowanie zamawiającego o wniesieniu odwołania do upływu terminu na jego wniesienie - dla zapewnienia szybkości postępowania i pewności obrotu. Ustalenie, iż nastąpiło ostateczne rozstrzygnięcie protestu ma bowiem doniosłe znaczenie w postępowaniu, w szczególności upoważniając zamawiającego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także dla poinformowania pozostałych wykonawców o toczącym się postępowaniu odwoławczym, w celu umożliwienia im aktywnego uczestnictwa.

Podobne stanowisko prezentowane jest w orzecznictwie sądowym. Tak m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt: V Ca 117/07) stwierdził, iż *„Mając na uwadze ogólną zasadę rządzącą postępowaniem o zamówienie publiczne, tj. szybkość i cel jakiemu służy powiadomienie zamawiającego o odwołaniu, tj. po pierwsze konieczność poinformowania o jego treści innych zainteresowanych – wykonawców, po drugie jak najszybsze powzięcie wiadomości o zakończeniu bądź nie postępowania wywołanego protestem, a tym samym możliwość skutecznego zawarcia umowy z wykonawcą najkorzystniejszej oferty, w ocenie Sądu Okręgowego, o zachowaniu terminu na przekazanie kopii zamawiającemu i wywiązanie się z obowiązku jednoczesności możemy mówić wtedy, gdy kopia tego odwołania dotrze do Zamawiającego w terminie przewidzianym na jego wniesienie. Jak wynika z zapisu ustawy skuteczność zachowania terminu, poprzez złożenie w placówce operatora publicznego, zastrzeżona jest wyłącznie dla wniesienia odwołania, zapis ten pozostał w niezmiennym brzmieniu mimo zmiany treści przywołanego artykułu w 2006 r. Taka możliwość nie została wprost przewidziana dla powiadomienia Zamawiającego, co nie znaczy, że jest niedopuszczalna i wykluczona.*

Składający odwołanie może jego kopię nadać do Zamawiającego pocztą, jednak by uznać za spełniony warunek określony w przepisach, do wiadomości adresata musi ona dotrzeć w czasie przewidzianym ustawą pzp dla jego wniesienia, czyli 5 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu do rozstrzygnięcia protestu.”

2.

Odwołujący **MUCHA sp. j., 43-190 Mikołów, ul. Katowicka 59** w dniu 22 marca 2010 r. wniósł protest wobec czynności:

a) badania ofert - poprzez przyjęcie, że oferty wykonawców:

- oferta nr 2 - ACM Mari-Car Sp. z o.o.; ul. Metalowa 1, 60-118 Poznań
- oferta nr 3 - CARSED Spółka Jawna; ul. Marynarska 13, 02-674 Warszawa
- oferta nr 5 - POL-MOT ; ul. Felińskiego 2, 01-513 Warszawa
- oferta nr 6 - RAMET C.H.M. a.s.; Letecka 1110, 686 Kunovice

nie podlegają odrzuceniu z postępowania,

- b) oceny ofert - poprzez przyjęcie, że w/w oferty podlegają ocenie,
- c) wskazania wyniku postępowania na ofertę nie najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił w proteście, iż zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 4 pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 1, pkt 2 ustawy pzp, art. 91 ust. 1 ustawy pzp, art. 7, art. 91a ust. 1, 91b ust. 1, art. 2 pkt 5 ustawy pzp oraz wniósł o powtórzenie czynności badania ofert - w następstwie której nastąpi odrzucenie wadliwych ofert z postępowania, powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu tylko do ważnych ofert, równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji, cofnięcie wyniku postępowania.

Wykonawca ACM Mari Car sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przystąpił do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu, a następnie do postępowania odwoławczego w dniu 27 kwietnia 2010 r., wnosząc o odrzucenie odwołań na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 i 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 91b ust. 1 Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty nie podlegające odrzuceniu. Z treści tego artykułu wynika bezwzględnie, że zaproszenie do aukcji musi poprzedzać ocena ofert pod kątem sprawdzenia, czy złożone oferty nie podlegają odrzuceniu, a więc zarówno co do przesłanek określonych w artykule 89 ust. 1 jak i spełnienia warunków określonych w SIWZ przez Zamawiającego. W niniejszym

postępowaniu Zamawiający w dniu 23 lutego 2010r. przekazał Wykonawcom zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej. W zaproszeniu tym Zamawiający określił pozycję w rankingu ofert, jaką zajmował dany Wykonawca, do którego zostało skierowane zaproszenie, a także podał punktację, jaką przyznano ofercie danego Wykonawcy. Fakt przesłania Wykonawcom zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej stanowił informację dla Wykonawców, że Zamawiający dokonał oceny złożonych ofert w tym także, że dokonał sprawdzenia, czy oferty nie podlegają odrzuceniu. Powyższe potwierdza przyznana każdej ofercie indywidualnie liczba punktów, o czym każdy z wykonawców indywidualnie otrzymał powiadomienie.

Tym samym od daty otrzymania zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej należy liczyć termin, w jakim Odwołujący powinien wnieść protest. To jest bowiem moment, w którym Odwołujący mógł powziąć i powziął wiadomość o tym, że Zamawiający dokonał czynności badania, oceny ofert, w tym kwestii, czy złożone oferty nie podlegały odrzuceniu. Zgodnie z artykułem 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia (...). Odwołujący więc miał prawo wnieść protest do Zamawiającego w ciągu 10 dni od dnia 23 lutego 2010 roku na okoliczność badania, oceny i kwestii odrzucenia ofert w tym postępowaniu. Tak też się stało w niniejszym postępowaniu. Odwołujący – firma MUCHA sp. j. wnosząc do Zamawiającego protest w dniu 02 marca 2010 roku podał „Informujemy, że zgodnie z art. 180 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych nasza spółka powzięła wiadomość będącą podstawą powyższego protestu w dniu 23.02.2010 r. na co posiada dowód (...)”. Oznacza to, że Odwołujący postąpił więc zgodnie z przepisami ustawy, wnosząc do Zamawiającego w terminie określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp protest na okoliczność, jak wskazał w treści protestu [badania ofert i nieodrzczenia ofert], o której, jak napisał, powziął wiadomość w dniu 23 lutego 2010 r. Zamawiający oddalił protest 10 marca 2010 r., a Odwołujący do dnia 20 marca 2010 r. nie wniósł odwołania, tym samym upłynął termin do skutecznego wniesienia odwołania na okoliczność badania ofert i nieodrzczenia ofert w niniejszym postępowaniu.

Z uwagi na powyższe, fakt wniesienia przez Odwołującego kolejnego protestu, w dniu 22 marca 2010 r. na czynność badania ofert i oceny oraz nieodrzczenia ofert, a więc na czynności Zamawiającego, które były już przedmiotem protestu, jest nieskuteczne. Wniesienie protestu w dniu 22 marca 2010 r., będącego u podstawy wniesionego odwołania, jest więc nie tylko czynnością Odwołującego spóźnioną, a więc wypełnia przesłankę wniesienia protestu po terminie, ale także wypełnia przesłankę art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi, że Wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3

nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Regulacja ta oznacza, że dana czynność Zamawiającego nie może być dwukrotnie zaskarżana przez wykonawcę. Czynność wykonana w rezultacie ostatecznego rozstrzygnięcia protestu nie może być następnie przez tego wykonawcę kwestionowana.

W tym miejscu należy zauważyć, że Zamawiający poinformował w dniu 03 marca Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym także firmę POL-MOT Auto sp. z o.o., o treści wniesionego przez firmę Mucha sp. j. protestu i wezwał wykonawców na podstawie art. 181 ust 3 ustawy Pzp do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się na skutek wniesionego protestu. Firma POL-MOT Auto sp. z o.o. nie przystąpiła do protestu. W związku z powyższym, na podstawie art. 181 ust. 6 Wykonawca ten, który w dniu 03 marca 2010 roku powziął wiadomość, iż toczy się postępowanie protestacyjne przeciwko czynnościom Zamawiającego związanym z badaniem i oceną ofert, jako wykonawca wezwany w trybie art. 181 ust 3 ustawy Pzp, nie może korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności Zamawiającego, wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Należy także zauważyć, iż ostateczne rozstrzygnięcie protestu, w zależności od zaistniałego w postępowaniu stanu faktycznego, może nastąpić zarówno na etapie protestu jak i odwołania. W związku z powyższym, jeżeli zamawiający nie uwzględnił protestu na daną czynność, a wykonawca ten nie wniósł odwołania od rozstrzygnięcia tego protestu, to wykonawcy mimo to nie przysługuje już prawo do wnoszenia kolejnego protestu na tę samą czynność.

Niniejszej sytuacji nie zmienia fakt, że protest Odwołującego z dnia 22 marca 2010 r. oraz odwołanie zostały rozszerzone o drugi argument (obok zarzutu dotyczącego oferowanego przez innych wykonawców w niniejszym postępowaniu radiotelefonu, podniesiony został zarzut dotyczący pasów bezpieczeństwa). Fakt, że Odwołujący podnosi kolejny argument nie zmienia okoliczności, że protest z dnia 22 marca 2010 roku oraz odwołanie dotyczą czynności Zamawiającego - badania oceny i nieodrzczenia ofert, na które Odwołujący złożył protest już wcześniej (02 marca 2010 r.). Ponadto, jak wskazano powyżej, o okolicznościach dotyczących oceny ofert Wykonawca mógł powziąć i powziął wiadomość w dniu 23 lutego 2010 r. W związku z powyższym, termin na wniesienie protestu w zakresie oceny ofert przez Zamawiającego upłynął w dniu 02 marca 2010 r.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

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

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 z późn. 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:

.....

.....