

Sygn. akt: KIO/UZP 1051/08

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 **MTK MORION Sp. z o.o., ul. Narutowicza 1, 32-020 Wieliczka** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** protestu z dnia 4 września 2008 r.,

przy udziale **Silesia Oil Sp. z o.o., ul. Wapienna 2, 43-174 Łaziska Górne** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża MTK MORION Sp. z o.o., ul. Narutowicza 1, 32-020 Wieliczka 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 **MTK MORION Sp. z o.o., ul. Narutowicza 1, 32-020 Wieliczka,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 034 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści cztery złote) przez **MTK MORION Sp. z o.o., ul. Narutowicza 1, 32-020 Wieliczka** 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 oraz kosztów dojazdu,
- 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 **MTK MORION Sp. z o.o., ul. Narutowicza 1, 32-020 Wieliczka.**

U z a s a d 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 odwołanie (w dniu 19.09.2008 roku za pomocą placówki pocztowej operatora publicznego) poprzedzone protestem (faks z dnia 4.09.2008 roku) wniósł MTK „MORION” Sp. z o. o. z siedzibą w Wieliczce. Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu w odniesieniu do zadania 6, 7, 10, 15, 18, 28, 29, 30, 33, 34, 36, 43 wybór oferty najkorzystniejszej (złożonej przez Silesia Oil Sp. z o.o.), która powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią siwz, gdyż nie została sporządzona według dołączonego formularza i nie zawiera wszystkich wymaganych oświadczeń. Odwołujący się podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655) – dalej: Pzp - a w

konsekwencji również art. 7 ust. 1 i 3 Pzp i wywiódł, że stwierdzając niezgodność treści formularza oferty ze sformułowaniami zawartymi w siwz, Zamawiający nieprawidłowo dokonał wezwania Silesia Oil Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. W ocenie Odwołującego się złożone wyjaśnienia prowadzą do zmiany treści oferty. Rozbieżności między wzorem formularza oferty a ofertą Silesia Oil Sp. z o.o. nie stanowią również oczywistej omyłki pisarskiej. Odwołujący się wniósł o nakazanie Zamawiającemu dla zadań 6, 7, 10, 15, 18, 28, 29, 30, 33, 34, 36, 43: unieważnienia czynności wyboru oferty Silesia Oil Sp. z o.o., dokonania ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Silesia Oil Sp. z o.o. oraz ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W proteście Odwołujący się zarzucił również Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej przed upływem terminu do rozstrzygnięcia protestu z dnia 25.08.2008 roku. Zarzut ten nie został podtrzymany w odwołaniu.

Zamawiający rozstrzygnął protest, oddalając go pismem z dnia 15.09.2008 roku, w tym dniu informując o swojej decyzji. Zamawiający stwierdził, że wprawdzie w treści oferty Silesia Oil Sp. z o.o. znalazło się niepełne oświadczenie, jednak nie nastąpiło naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych w proteście. Zamawiający uznał, że intencją wykonawcy było złożenie oświadczenia zgodnego z wymaganiami siwz, różnice w treści oświadczeń wynikają z wadliwej obsługi programu WORD. Zamawiający stwierdził ponadto, że właściwą podstawą prawną podjętych działań powinien stanowić art. 87 ust. 1 Pzp, nie zaś błędnie wskazany art. 26 ust. 4 Pzp., co nie ma znaczenia dla prawidłowości dokonanej czynności. Oceniając wyjaśnienia Silesia Oil Sp. z o.o. Zamawiający nie doprowadził do zmiany treści oferty i naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp.

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

Okoliczności stanowiące osnowę faktyczną protestu oraz odwołania stały się już przedmiotem protestów składanych przez Odwołującego się w badanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W proteście wniesionym w dniu 2.07.2008 roku Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Silesia Oil Sp. z o.o. mimo m.in. uchybień w treści formularza oferty, polegających na niezgodności z wzorem formularza stanowiącym Załącznik Nr 1.1 do siwz. Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 12.07.2008 roku dzieląc ten zarzut i zobowiązując się do ponownego badania i oceny ofert.

Dokonując ponownego badania i oceny ofert Zamawiający wezwał Silesia Oil Sp. z o.o do wyjaśnień dotyczących treści formularza oferty w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

W proteście wniesionym w dniu 18.08.2008 roku Odwołujący się podniósł zarzut zaniechania odrzucenia oferty Silesia Oil Sp. z o. o. z powodu różnic między treścią formularza ofertowego a wzorem formularza stanowiącym Załącznik Nr 1.1 do siwz. Zamawiający odrzucił ten protest w dniu 25.08.2008 roku.

Kolejny protest Odwołujący się wniósł pismem z dnia 25.08.2008 roku. Podniósł w nim zarzut zaniechania odrzucenia oferty Silesia Oil Sp. z o.o. z powodu różnic między treścią formularza ofertowego a wzorem formularza stanowiącym Załącznik Nr 1.1 do siwz oraz bezprawne dokonanie przez Zamawiającego wezwania do uzupełnienia formularza oferty. W treści protestu wskazał, że o wezwaniu oraz o dokonanym uzupełnieniu powziął wiadomość w dniu 22.08.2008 roku z pisma Silesia Oil Sp. z o.o. - zgłoszenia przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Protest ten Zamawiający rozstrzygnął w dniu 3.09.2008 roku. Zamawiający oddalił protest i tego dnia przekazał rozstrzygnięcie wykonawcom za pośrednictwem faksu. Odwołujący się nie wniósł odwołania w terminie wskazanym w art. 184 ust. 2 Pzp . W dniu 4.09. 2008 roku wniósł kolejny protest wskazując ponownie na wadliwość formularza oferty oraz na niedopuszczalność zmiany bądź uzupełnienia formularza niezgodnego ze wzorem stanowiącym Załącznik Nr 1.1 do siwz.

Izba zważyła, co następuje:

Protest z dnia 3.09.2008 roku (otrzymany przez Zamawiającego za pośrednictwem faksu w dniu 4.09.2008 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. 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.

Odwołujący się, nie zgadzając się z rozstrzygnięciem protestu z dnia 25.08.2008 roku opartego na okolicznościach faktycznych wskazanych w badanym odwołaniu i poprzedzającym go proteście, winien w terminie 5 dni od otrzymania rozstrzygnięcia t.j. do dnia 8.09.2008 roku wnieść odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Obecnie powoływanie się na okoliczność niezgodności formularza ofertowego z siwz, o której Odwołujący się powziął wiadomość przed dniem 2.07.2008 roku oraz na okoliczność dokonania przez Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień, o której bezspornie Odwołujący się powziął informacje w dniu 22.08.2008 roku jest spóźniona z uwagi upływ terminu wskazanego w art. 180 ust. 2 zd. 1 Pzp.

Nie można sanować skutków zaniechania wniesienia odwołania od oddalenia protestu z dnia 25.08.2008 roku zmieniając wyłącznie argumentację prawną (arg. z art. 180 ust. 1 Pzp).

Błędne przyjęcie przez Odwołującego się, że Zamawiający wezwał Silesia Oil Sp. z o.o. do uzupełnienia formularza oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp oraz zmiana kwalifikacji prawnej działań dokonanych przez Zamawiającego, który pierwotnie wskazywał wyjaśnienia treści oświadczeń i dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp a następnie na wyjaśniane treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, nie mają żadnego znaczenia dla ustalenia biegu terminu na wniesienie odwołania. Okoliczności stanowiące podstawę wniesienia protestu poprzedzającego badane odwołanie były Odwołującemu się znane w dniu 22.08.2008 roku i stały się podstawą protestu, który powinien znaleźć swą kontynuację w złożonym w ustawowym terminie odwołaniu. Na brak doniosłości prawnej samej treści uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu, dla ustalenia początku biegu terminu na wnoszenie środka ochrony prawnej, wskazuje również art. 183 ust. 3 Pzp. Przywołany przepis nakazuje brak rozstrzygnięcia protestu w terminie ustawowym uznać się za oddalenie protestu. Wówczas brak jest uzasadnienia merytorycznego stanowiska Zamawiającego, a mimo to wykonawcy przysługuje prawo do wniesienia odwołania.

Fakt zapoznania się przez Odwołującego się z pełną dokumentacją postępowania w dniu 1.09.2008 roku również nie wpływa na ustalenie początku biegu terminu na wniesienie protestu. Z oświadczeń złożonych na posiedzeniu wynika, że nie było przeszkód do wcześniejszego zapoznania się przez Odwołującego się z dokumentacją postępowania. Ponadto ze skorzystania z tego uprawnienia nie wynikły dla Odwołującego się żadne nowe okoliczności faktyczne mogące stanowić podstawę do wniesienia protestu. Przez dokonanie czynności zapoznania się z dokumentacją postępowania u Zamawiającego w wybranym przez siebie terminie, bez ograniczenia ze strony Zamawiającego, Odwołujący się nie może przywrócić terminu na wniesienie środka ochrony prawnej.

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*