

Sygn. akt: KIO/UZP 143/09

POSTANOWIENIE
z dnia 17 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Luiza Łamejko
Członkowie:	Agata Mikołajczyk Izabela Niedziałek
Protokolant:	Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 17 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **AGORA S.A. Oddział we Wrocławiu, Wrocław, Pl. Solny 2/3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Dolnośląski Wojewódzki Urząd Pracy, Wałbrzych, ul. Ogrodowa 5b** protestu z dnia 20 stycznia 2009 r.

przy udziale **Polskapresse Sp. z o.o. Oddział Prasa Wrocławska, Wrocław, ul. Strzegomska 42A**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża AGORA S.A. Oddział we Wrocławiu, Wrocław, Pl. Solny 2/3 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **AGORA S.A. Oddział we Wrocławiu, Wrocław, Pl. Solny 2/3,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 2 926 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **AGORA S.A. Oddział we Wrocławiu, Wrocław, Pl. Solny 2/3.**

Uzasadnienie

Zamawiający tj. Dolnośląski Wojewódzki Urząd Pracy w Wałbrzychu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług odpłatnego zamieszczania ogłoszeń wymiarowych w prasie codziennej o zasięgu regionalnym, obejmującym obszar całego województwa dolnośląskiego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 grudnia 2008 r. pod numerem 263436.

W dniu 13 stycznia 2009 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wynikach ponownej oceny ofert, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Polskapresse Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Agora S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 20 stycznia 2009 r. Wykonawca Agora S.A. wniósł protest wobec następujących czynności Zamawiającego:

1. rozstrzygnięcia postępowania dokonanego w dniu 12 stycznia 2009 r., w tym odrzucenia oferty Protestującego,
2. wadliwego rozstrzygnięcia protestu z dnia 5 stycznia 2009 r. przez nie uwzględnienie żądań składającego protest.

W uzasadnieniu Protestujący wskazał na dotychczasowy przebieg postępowania informując, iż pierwotne rozstrzygnięcie postępowania nastąpiło w dniu 30 grudnia 2008 r. W rozstrzygnięciu tym Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Agora S.A. Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Wykonawca Polskapresse Sp. z o.o., który wniósł w dniu 5 stycznia 2009 r. protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp przez uznanie, że oferta Agora S.A. spełnia wymagania określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, mimo że Agora S.A. podała nieprawdziwą cenę, będącą podstawą do szczegółowego wyliczenia ceny zawartej w formularzu ofertowym, a przy założeniu, że podana cena jest prawdziwą, Agora S.A. zaproponowała minimalny rabat na poziomie przekraczającym 90%, przez co Zamawiający zaniechał żądania udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zaniechał odrzucenia oferty. W konsekwencji powyższego, w ocenie Polskapresse Sp. z o.o., Zamawiający błędnie przyjął, że Agora S.A. przedstawiła najkorzystniejsze warunki cenowe i rozstrzygnął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na jej korzyść. Polskapresse Sp. z o.o. żądała w swym proteście unieważnienia wyników oceny ofert i ponownego przeprowadzenia postępowania. Jak wskazał Protestujący, przystąpił on do postępowania toczącego się na skutek wniesienia

protestu przez Polskapresse Sp. z o.o. Stwierdził również, że Zamawiający uwzględnił ww. protest i powtórzył czynność oceny ofert informując o jej wynikach w dniu 13 stycznia 2009 r.

Protestujący zwrócił uwagę na treść pkt XV.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz oświadczył, iż zaofferowana przez niego cena jest prawdziwa i rzetelna, podstawą jej obliczenia są ceny zawarte w oficjalnym cenniku Protestującego, a co za tym idzie, nie stanowi ceny rażąco niskiej. Protestujący przedstawił również szczegółowe wyliczenie zaofferowanej ceny. Oświadczył, że cena została skalkulowana zgodnie z wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, uwzględniono w niej wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia oraz zysk, zatem odrzucenie oferty nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Protestujący wywiódł ponadto, iż mimo uwzględnienia protestu Polskapresse Sp. z o.o. Zamawiający nie dokonał wnioskowanych czynności. Zdaniem Protestującego, w związku z żądaniami przedstawionymi w proteście z dnia 5 stycznia 2009 r. Zamawiający powinien był powtórzyć czynność oceny ofert, odrzucić ofertę Agora S.A. jako niezgodną z treścią Specyfikacji, a następnie unieważnić postępowanie i podjąć działania zmierzające do ponownego wszczęcia procedury. Na poparcie swojego stanowiska Protestujący przywołał wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 13 czerwca 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1691/06).

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosił w dniu 21 stycznia 2009 r. Wykonawca Polskapresse Sp. z o.o.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 28 stycznia 2009 r. przez jego odrzucenie na podstawie art. 180 ust. 7 oraz art. 181 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, iż wniesiony przez Agora S.A. protest dotyczy czynności dokonanej zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu wniesionego przez Polskapresse Sp. z o.o.

Z powyższą decyzją Zamawiającego nie zgodziła się Agora S.A., która wniosła w dniu 2 lutego 2009 r. odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego:

- rozstrzygnięcia protestu dokonanego w dniu 28 stycznia 2009 r.,
- odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp,
- wadliwego rozstrzygnięcia protestu Polskapresse Sp. z o.o. z dnia 5 stycznia 2009 r. przez nie uwzględnienie żądań wnoszącego protest.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego,
- zasady równego traktowania wykonawców przez odmienne traktowanie dwóch Wykonawców w takich samych warunkach i okolicznościach,

- art. 183 ust. 5 ustawy Pzp przez nie uwzględnienie żądań Polskapresse Sp. z o.o. podniesionych w proteście z dnia 5 stycznia 2009 r. w przedmiocie unieważnienia postępowania oraz powtórzenia czynności Zamawiającego,
- art. 183 ust. 4 ustawy Pzp przez nie zawarcie w rozstrzygnięciu protestu pouczenia o sposobie i terminie wniesienia odwołania,
- art. 180 ust. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 181 ust. 6 ustawy Pzp przez niezasadne uznanie, że protest Odwołującego był niedopuszczalny, a w konsekwencji odrzucenie protestu.

Odwołujący podtrzymał argumentację przedstawioną w proteście. Dodatkowo podniósł, iż oprotestowana czynność nie stanowiła czynności dokonanej przez Zamawiającego zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, bowiem Zamawiający nie uwzględnił wskazanych w nim żądań. W ocenie Odwołującego, odrzucenie jego oferty było czynnością „zupełnie nową, nie wynikającą z wcześniejszego postępowania wywołanego protestem”.

Odwołujący wniósł o unieważnienie zaskarżonej czynności Zamawiającego oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia unieważnionej czynności.

W dniu 6 lutego 2009 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego odrzucenie na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 w zw. z art. 181 ust. 6 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił pismem z dnia 11 lutego 2009 r. Wykonawca Polskapresse Sp. z o.o.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron Izba stwierdziła, iż w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy zachodzi przesłanka do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp odwołanie podlega odrzuceniu, jeżeli dotyczy czynności, których zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

W niniejszym postępowaniu odwoławczym zaskarżona została dokonana w dniu 12 stycznia 2009 r. czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Polskapresse Sp. z o.o. Wybór ten był skutkiem rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez Polskapresse Sp. z o.o. w dniu 5 stycznia 2009 r. na pierwotny wybór oferty najkorzystniejszej – firmy Agora S.A. W proteście tym Wykonawca podniósł zarzuty w zakresie nieprawidłowości zaoferowanej przez Agora S.A. ceny. Uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu z dnia 5 stycznia 2009 r. była

Agora S.A., która zaprzeczyła twierdzeniom przedstawionym w proteście i złożyła wyjaśnienia w spornym zakresie.

Protest wniesiony przez Polskapresse Sp. z o.o. został przez Zamawiającego uwzględniony. W rozstrzygnięciu tym (pismo z dnia 13 stycznia 2009 r.) Zamawiający jednoznacznie stwierdził, iż dokonał czynności, na podstawie których uznał, iż Agora S.A. nie podała ceny w sposób zgodny z wymogami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Jednocześnie Zamawiający zadeklarował, iż powtórzy oprotestowaną czynność tj. dokona niezwłocznie ponownej oceny złożonych ofert. Okoliczności przyznane przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu skutkowały powtórzeniem czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzuceniem oferty Odwołującego, o czym Zamawiający poinformował wykonawców pismem z dnia 13 stycznia 2009 r.

Izba stoi na stanowisku, iż z uwagi na fakt, że Zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione przez Polskapresse Sp. z o.o. w proteście z dnia 5 stycznia 2009 r., tj. zarzuty dotyczące okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty Odwołującego, a także złożył oświadczenie woli w zakresie przyszłych czynności, od rozstrzygnięcia tego przysługiwało Wykonawcy Agora S.A. odwołanie. Nie składając odwołania Odwołujący pozbawił się możliwości skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej wobec czynności podjętych przez Zamawiającego zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Podkreślić należy także, iż zarówno w proteście z dnia 20 stycznia 2009 r., jak i w odwołaniu złożonym w dniu 2 lutego 2009 r., Odwołujący powoływał się na te same okoliczności, które przedstawił w przystąpieniu do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu przez Polskapresse Sp. z o.o.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 postanowienia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....