

Sygn. akt: KIO/UZP 1670/09

POSTANOWIENIE
z dnia 30 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 30 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., 00-803 Warszawa, Al. Jerozolimskie 56c** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 00-701 Warszawa, ul. Czerniakowska 16** protestu z dnia 19 października 2009 r.

przy udziale **QARTIS Sp. z o.o., 85-171 Bydgoszcz, ul. Wojska Polskiego 1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., 00-803 Warszawa, Al. Jerozolimskie 56c

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczonego przez **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., 00-803 Warszawa, Al. Jerozolimskie 56c**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3000 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., 00-803 Warszawa, Al. Jerozolimskie 56c** na rzecz **Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, 00-701 Warszawa, ul. Czerniakowska 16** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., 00-803 Warszawa, Al. Jerozolimskie 56c.**

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

Zamawiający, Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 8 mln sztuk dwustronnie laminowanych z połyskiem kart plastikowych z hologramem typu hot stamp, gilozami i mikrodrukiem w Centrali ZUS.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 08.10.2009 r. zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę Qartis Sp. z o.o. z Bydgoszczy.

W dniu 19.10.2009 Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. z Warszawy wniosła protest wobec ww. czynności zamawiającego domagając się wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy, jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (warunku wykonania na przestrzeni ostatnich 3 lat dostawy, co najmniej 2 000 000 mln. kart w ramach jednej umowy). W związku z dokonaniem wyborem najkorzystniejszej oferty oraz oceną spełniania warunków udziału w postępowaniu,

protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 9, art. 24 ust. 1 pkt 10) i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W dniu 28.10.2009 r. zamawiający na podstawie art. 180 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 2 Pzp ww. protest odrzucił jako wniesiony po terminie, wskazując, iż protestujący mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia w dniu 27.04.2009 r., tj. w dniu gdy zamawiający po raz pierwszy poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, ofertach odrzuconych oraz wykluczeniu wykonawców podając podstawę faktyczną i prawną tych czynności. Termin na wniesienie takiego protestu upłynął więc w dniu 07.05.2009 r. Na poparcie swojego stanowiska zamawiający powołał wyrok KIO z dnia 2 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 766/09 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 8 października 2009 r., sygn. akt X Ga 316/09.

W dniu 06.12.2009 r. Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. wniosła odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu podtrzymując zarzuty i żądania protestu, co do wyniku postępowania o udzielenie zamówienia.

Kwestionując zasadność odrzucenia protestu wskazano, że odwołujący nie miał możliwości złożenia protestu we wskazanym przez zamawiającego terminie, z uwagi na fakt, iż wtedy to jego oferta była uznana za najkorzystniejszą, a zgodnie z przeważającym w judykaturze stanowiskiem, wykonawca, którego oferta została wybrana nie ma interesu prawnego w tym, aby wnosić protest na zaniechania zamawiającego, których skutkiem było zaniechanie wykluczenia z postępowania innych wykonawców i odrzucenia ich ofert lub też wykluczenie tych wykonawców na podstawie nie wszystkich okoliczności, które również powinny stanowić podstawę wykluczenia/odrzucenia.

Na poparcie swojego stanowiska w tym zakresie odwołujący powołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1041/09 i KIO/UZP 1063/09; z dnia 4 stycznia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 12/07 i KIO/UZP 13/07; z dnia 8 sierpnia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 759/08; z dnia 18 marca 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 197/08; z dnia 1 lutego 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 79/07.

Uwzględniając dokumentację postępowania odwoławczego, dokumentację postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego w niniejszej sprawie oraz w sprawach KIO/UZP 701/09 i KIO/UZP 741/09, a także oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania przedstawione na posiedzeniu, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (kryterium cenowe) oferta Quartis Sp. z o.o. jest ofertą korzystniejszą od oferty odwołującego.

W dniu 27.04.2009 zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Quartis Sp. z o.o. oraz wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. Ofertę Quartis Sp. z o.o. odrzucono jako zawierającą cenę rażąco niską, ponadto wykonawcę wykluczono na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 z powodu nie przedłożenia wymaganej informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

Na powyższe w dniu 07.05.2009 r. Quartis Sp. z o.o. wniosła protest, którego oddalenie (z dnia 18.05.2009 r.) stało się przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej, która wyrokiem z dnia 30 czerwca 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 741/09) uwzględniła odwołanie ww. wykonawcy.

Wykonując ww. wyrok KIO zamawiający dokonał ponownej oceny ofert w postępowaniu i w dniu 08.10.2009 r. wybrał ofertę Quartis Sp. z o.o., co stało się przedmiotem protestu i odwołania Intertrading Systems Technology Sp. z o.o., których dotyczy niniejsza sprawa.

W dniu 27.04.2009 r. zamawiający nie wykluczył Quartis Sp. z o.o. w związku brakiem odpowiedniego doświadczenia w wykonywaniu dostaw opisanych w siwz, tj. nie wskazał tego typu okoliczności jako podstawy faktycznej wykluczenia, które obecnie w swoim proteście i odwołaniu podnosi odwołujący.

Intertrading Systems Technology Sp. z o.o. w kwietniu i maju br. nie wniosła protestu na ww. zaniechania zamawiającego, tj. nie domagała się wykluczenia Quartis Sp. z o.o. również na podstawie okoliczności, które podniósł w proteście z dnia 19.10.2009 r. i w niniejszym odwołaniu.

Powyższe okoliczności są bezsporne i zostały potwierdzone przez strony i uczestnika postępowania na posiedzeniu Izby.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym Izba z urzędu odrzuca odwołanie, jeżeli protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów przewidzianych w ustawie. Tym samym Izba potwierdza prawidłowość odrzucenia protestu dokonanego przez zamawiającego na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp.

Termin do wniesienia protestu określony został w art. 180 ust. 2 ustawy – protest wnosi się do zamawiającego w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

O dokonanej w postępowaniu ocenie ofert oraz zaniechaniu wykluczenia Qartis Sp. z o.o. w związku z brakiem wymaganego doświadczenia w zakresie dostaw wskazanych w siwz odwołujący dowiedział się w dniu 27.04.2009 r. tj. w chwili zawiadomienia wykonawców o wynikach postępowania. Bezpośrednio w tej dacie powziął lub zachowując należyłą staranność mógł powziąć wiadomość, iż ww. wykonawca podlega również wykluczeniu ze względu na obecnie podnoszone w proteście i odwołaniu okoliczności, a które zamawiający bezprawnie (w ocenie odwołującego) pominął. Tym samym, jak słusznie podniósł zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia protestu, termin na wnoszenie protestu, którego podstawę wnoszenia stanowią okoliczności powoływane przez odwołującego upłynął w niniejszym postępowaniu w dniu 07.05.2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż wyżej opisany stan faktyczny w pełni odpowiada hipotezie wyrażonej w art. 180 ust. 7 oraz art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp, i tym samym obliguje do zastosowania dyspozycji ww. przepisów. Natomiast ich wykładnia, jako odnoszących się do przedmiotowej sytuacji, jest w pełni uprawniona w świetle zasad koncentracji środków ochrony prawnej oraz przede wszystkim odpiera się na wyraźnej i klarownej treści przepisów. W związku z przytoczonymi zasadami oraz celami regulacji ustawowej, w świetle przepisów art. 180 ust. 7 oraz 187 ust. 4 pkt 4 Pzp uznać należy, iż czynności czy zaniechania zamawiającego mogą być kwestionowane jedynie w terminach liczonych od chwili ujawnienia (możliwości ujawnienia) okoliczności z nimi związanych. Innymi słowy – wszelkie okoliczności i oparte na nich zarzuty odnośnie wykluczenia czy odrzucenia oferty wykonawcy, powinny zostać podniesione i rozstrzygnięte w ramach skoncentrowanych środków ochrony prawnej wnoszonych i rozstrzyganych w terminach opisanych w art. 180-183 Pzp.

Odwołujący zresztą nie polemizuje z poczynionymi ustaleniami faktycznymi czy prawidłowością ich subsumpcji do normy wynikającej z art. 180 ust. 7 ustawy (i w konsekwencji warunkującą zastosowanie art. 187 ust. 4 pkt 4) dokonaną przez zamawiającego przy odrzuceniu protestu, wskazuje jedynie, iż ich zastosowanie jest nieuprawnione z uwagi na fakt, iż w ww. terminie nie mógł wnieść protestu ze względu na brak interesu prawnego do korzystania ze środków ochrony prawnej, którym nie mógł się wykazać będąc wykonawcą wybranym, gdy Qartis Sp. z o.o. była wykluczona z postępowania, a jej oferta odrzucona.

Tego typu rozumowanie sprowadzające się do implikacji: nie można odrzucić protestu wniesionego po terminie, gdyż w terminie na jego wniesienie wykonawca nie posiadał interesu prawnego do jego wniesienia (dokładniej: jeżeli nie posiadam interesu prawnego teraz, to nie można odrzucić mojego protestu w przyszłości), można przeformułować przyjmując odmienną przesłankę wnioskowania i tym samym wyprowadzić inne wnioski: jeżeli protest podlega odrzuceniu jako wniesiony po terminie, to wykonawca posiadał interes prawny do wniesienia protestu w terminie na jego wniesienie. Powyższe wystarczająco obrazuje jałowość tego typu rozumowań i ich nieprzydatność dla oceny obowiązywania i stosowania poszczególnych norm prawnych w oderwaniu od uprzedniej, prawidłowej wykładni warunkujących je przepisów.

Wobec braku zakwestionowania wykładni przepisów dotyczących odrzucenia protestu i związanych z powyższymi okolicznościami faktycznych, przy jednoczesnym wskazywaniu na niemożność złożenia protestu w przewidzianym terminie (ze względu na brak interesu prawnego), stanowisko odwołującego można właściwie sprowadzić, do wskazywania systemowej luki w przepisach ustawy, która *de facto* uniemożliwiałaby skuteczną ochronę wykonawców wybranych przed powrotem do postępowania wykonawców tańszych w wyniku uwzględnienia ich protestu, a wobec których istnieją podstawy odrzucenia czy wykluczenia, których zamawiający pierwotnie nie podniósł.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż w związku z błędną oceną występowania interesu prawnego dokonaną w przedmiotowym przypadku przez odwołującego, luka tego typu jest pozorna czy nawet nie istnieje. Wyrażając powyższe inaczej: lukę taką należy zlikwidować poprzez właściwą interpretację i rozumienie pojęcia interesu prawnego, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, a nie kwestionowanie nie wymagających zabiegów interpretacyjnych przepisów dotyczących terminów na wnoszenie protestów i odrzucania protestów wnoszonych z uchybieniem takich terminów. Wykonawcom jak najbardziej przysługuje prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej wobec wykonawców tańszych (korzystniejszych), których udział i pozostawanie w postępowaniu zagraża możliwości uzyskania zamówienia, a wobec których zaniechano wykluczenia czy odrzucenia ofert z uwzględnieniem wszelkich okoliczności, w oparciu o które zgodnie z przepisami ustawy czynności te powinny zostać dokonane.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym posiadanie ww. interesu prawnego przez wykonawcę jest materialnoprawną przesłanką warunkującą możliwość wnoszenia i w konsekwencji uwzględnienia środków ochrony prawnej.

W przypadku powzięcia informacji o zaniechaniu odrzucenia danej oferty czy wykluczenia wykonawcy ze względu na wszelkie okoliczności skutkujące podstawą do dokonania tego typu czynności, przy jednoczesnym dokonaniu wykluczenia czy odrzucenia oferty na innej podstawie faktycznej czy prawnej, wykonawcy, którym pozostawienie (przywrócenie) danej oferty w postępowaniu będzie uniemożliwiało uzyskanie zamówienia, będą w pełni uprawnieni do wnoszenia protestów na tego typu zaniechanie zamawiającego. O powyższym przesądza brzmienie art. 179 ust. 1 Pzp, który stanowi również o **możliwości** doznania uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy związanym z możliwością uzyskania zamówienia. Tego typu możliwość jest w takim przypadku jak najbardziej realna i prawdopodobna – w przypadku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu unieważniającego czynność zamawiającego dokonaną w oparciu na wykazanej, ograniczonej podstawie, inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu ze względu na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej oraz upływ terminów do ich wnoszenia, stracą możliwość późniejszego podnoszenia dodatkowych okoliczności skutkujących usunięciem danej oferty z postępowania czyli staną się niejako bezradni wobec dokonania wyboru takiej oferty po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu przywracającym ją do postępowania.

Reasumując, wnoszenie protestów wobec niezgodnego z przepisami „zawężenia” podstawy wykluczenia czy odrzucenia, czy też inaczej - na zaniechanie zamawiającego polegające na nieuwzględnieniu wszelkich okoliczności skutkujących odrzuceniem już odrzuconej z innych powodów oferty bądź analogicznie wykluczeniem wykonawcy, mieści się w pojęciu interesu prawnego do korzystania ze środków ochrony prawnej, a w świetle powołanych zasad koncentracji środków ochrony prawnej jest jak najbardziej zrozumiałe i konieczne. Jeżeli więc odwołujący chciał doprowadzić do ustosunkowania się przez zamawiającego do jego zarzutów, czy do orzekania Izby w tym przedmiocie, mógł i powinien wnieść protest oparty na aktualnie podnoszonych okolicznościach we właściwym do tego terminie.

Izba podkreśla raz jeszcze: w przypadku zaniechania przez zamawiającego wykluczenia Qartis Sp. z o.o. również z powodu niespełnienia przezeń warunków udziału w postępowaniu, odwołujący, który zmierzał do zabezpieczenia swojego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, powinien oprotestować tego rodzaju zaniechania ze względu na wszystkie adekwatne naruszenia przepisów, w terminie liczonym od dnia, w którym o okoliczności tej się dowiedzieli, pod sankcją utraty możliwości podnoszenia tego typu zarzutów w dalszym biegu postępowania.

Na poparcie powyższego wskazać należy wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24.04.2006 r., sygn. akt V Ca 56/06, w którym Sąd wyłożył zasadę koncentracji środków odwoławczych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz jej konsekwencje.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 w zw. z art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania. Uwzględniono koszty zastępstwa procesowego pełnomocnika zamawiającego, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zgodnie z § 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. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

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 zm.) 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:

.....

.....