

Sygn. akt KIO/UZP 490/09

POSTANOWIENIE
z dnia 28 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Ewa Jankowska
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 28 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Grupa Gumułka – Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o., Grupa Gumułka–Audyt Sp. z o.o., ul. Jana Matejki 4, 40–077 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości, ul. Pańska 81/83, 00–834 Warszawa** protestu z dnia 1 kwietnia 2009 r.

przy udziale **konsorcjum firm: Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy sp. k., Ernst & Young Audit sp. z o.o., ul. Rondo ONZ 1, 00–124 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: Grupa Gumułka – Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o., Grupa Gumułka–Audyt Sp. z o.o., ul. Jana Matejki 4, 40–077 Katowice 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 uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Grupa Gumułka – Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o., Grupa Gumułka–Audyt Sp. z o.o., ul. Jana Matejki 4, 40–077 Katowice,**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **XXX,**~~
- 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 **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Grupa Gumułka – Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o., Grupa Gumułka–Audyt Sp. z o.o., ul. Jana Matejki 4, 40–077 Katowice.**

U z a s a d n i e

Zamawiający, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia na audyt wniosków o płatność składanych przez Podmioty wsparcia w ramach Poddziałania 2.2.2 PO KL.

W dniu 13.02.2009 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty konsorcjum firm: Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy sp. k., Ernst & Young Audit sp. z o.o..

W dniu 20.02.2009 r. Konsorcjum firm: Grupa Gumułka – Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o., Grupa Gumułka–Audyt Sp. z o.o. wniosło protest na ww. czynność zamawiającego domagając się między innymi wykluczenia wybranego wykonawcy jako

niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy).

W dniu 05.03.2009 r. zamawiający ww. protest rozstrzygnął poprzez jego częściowe oddalenie w zakresie żądań i zarzutów skutkujących wykluczeniem wykonawcy czy odrzuceniem jego oferty, uwzględnił go natomiast w zakresie dotyczącym postulatów powtórzenia oceny i wyboru ofert.

Ponadto w dniu 23.02.2009 r. inny uczestnik postępowania przetargowego, Rewident Sp. z o.o., wniósł protest na wybór najkorzystniejszej oferty podnosząc, iż wybrany wykonawca nie jest w stanie wykonać zamówienia.

W dniu 05.03.2009 r. zamawiający oddalił protest Rewident Sp. z o.o. w całości.

W dniu 25.03.2009 r. zamawiający powołując się na rozstrzygnięcie ww. protestów dokonał ponownej oceny ofert i jako najkorzystniejszą i niepodlegającą odrzuceniu wskazał ofertę konsorcjum firm: Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy sp. k., Ernst & Young Audit sp. z o.o..

W dniu 01.04.2009 r. Konsorcjum firm: Grupa Gumułka – Kancelaria Prawa Finansowego Sp. z o.o., Grupa Gumułka–Audyt Sp. z o.o. wniosło protest na ww. czynność zamawiającego, domagając się odrzucenia oferty wybranej oraz podnosząc zarzuty i powołując się na okoliczności niezwiązane z zarzutami pierwotnymi i nowe w stosunku do zarzutów będących przedmiotem rozstrzygnięcia ww. protestów. Mianowicie, protestujący jako podstawę żądanego odrzucenia oferty wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a jako uzasadnienie faktyczne powyższego podniósł, fakt, iż w jego ocenie, przewidziany w ofercie sposób wykonania zamówienia nie odpowiada siwz w zakresie sposobu i terminów raportowania.

W dniu 07.04.2009 r. zamawiający protest w całości odrzucił na podstawie art. 180 ust. 7 w zw. z art. 181 ust. 6 Pzp jako protest na czynności wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Zgłaszający w dniu 06.04.2009 r. swoje przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wybrany wykonawca podniósł, iż protest podlega również odrzuceniu na podstawie 180 ust. 7 ustawy jako wniesiony po terminie, w którym w myśl art. 180 ust. 2 powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć informację o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie posiedzenia, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp protest wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie zachodzą żadne wątpliwości, co do faktu, iż odwołujący powziął czy mógł powziąć wiadomość, iż wystąpiły okoliczności stanowiące podstawę wniesienia protestu na zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy, a podnoszone w proteście i odwołaniu będącymi przedmiotem niniejszego orzekania Izby, już w dniu 13.02.2009 r. W tej chwili odwołujący dysponował wszelkimi niezbędnymi informacjami pozwalającymi mu ocenić ewentualną bezprawność zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum firm: Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy sp. k., Ernst & Young Audit sp. z o.o. ze względu na jej niezgodność z treścią siwz. Zapoznał się lub mógł zapoznać się z treścią oferty, znał treść specyfikacji, jak również dotarło do niego oświadczenie woli zamawiającego o wyborze ww. oferty czyli potwierdzenie, iż w ocenie zamawiającego oferta spełnia wymagania siwz w każdym zakresie.

Co prawda odwołujący w trakcie posiedzenia Izby podnosił, iż o niemożliwości dotrzymania przez wybranego oferenta terminów raportowania dowiedział się dopiero w wyniku zapadłego w dniu 05.03.2009 r. rozstrzygnięcia protestu, które stanowić miało „konstytutywne oświadczenie woli zamawiającego” dopuszczające wykonanie zamówienia przez mniej niż 15 biegłych rewidentów. Dopiero w tym momencie – przy wykorzystaniu takiej liczby osób – okazało się, iż oferta w zakresie terminów raportowania jest niezgodna z siwz.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela powyższych wywodów odwołującego z uwagi na fakt, iż ww. rozstrzygnięcie protestu nie stanowiło żadnego „konstytutywnego oświadczenia woli”, którym zamawiający dokonałby jakichkolwiek zmian warunków i wymagań zamówienia. Treść i wymagania siwz w tym zakresie były znane od początku postępowania, a od chwili otwarcia ofert nie mogły być już zmienione.

Wybór oferty i brak jej odrzucenia stanowił więc jedynie potwierdzenie zgodności oferty z siwz. Jeżeli z tego typu oceną zamawiającego wyrażoną w czynnościach wyboru oferty czy rozstrzygnięciach protestów odwołujący się nie zgadzał, mógł ją kwestionować w przewidzianych na to terminach. Rozstrzygnięcia protestów dotyczących również zaniechania odrzucenia oferty wybranej, nic w zakresie wymagań i treści siwz nie zmieniły.

Dowodzić mogą jedynie błędnego rozumienia treści siwz przez odwołującego i zbyt późnego uświadomienia sobie powyższego.

Reasumując, o zaniechaniu odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu jej ewentualnej niezgodności z treścią siwz opisywanej w proteście z dnia 01.04.2009 r. i odwołaniu od jego rozstrzygnięcia, odwołujący wiedział lub mógł się dowiedzieć od dnia 13.02.2009 r. kiedy to nastąpił wybór oferty konsorcjum firm: Ernst & Young Business Advisory Sp. z o.o. i Wspólnicy sp. k., Ernst & Young Audit sp. z o.o. jako najkorzystniejszej. W terminie przewidzianym w art. 180 ust. 2 mógł złożyć protest na tego typu zaniechanie zamawiającego.

Wbrew supozycjom odwołującego, iż protesty wnosi się jedynie na czynności zamawiającego, Izba informuje, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ze środków ochrony prawnej można korzystać również w stosunku do zaniechań czynności, do których zamawiający był zobowiązany, czego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym we właściwych terminach odwołujący nie dopełnił.

Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśnia, iż użyte w art. 180 ust. 2 pojęcie „okoliczności” jest pojęciem szerszym, zawierającym w sobie również podjęcie lub zaniechanie określonych czynności. Czynność i zaniechania zamawiającego (a raczej ich wadliwość) jest po prostu jedną z okoliczności, które stanowią podstawę do wniesienia protestu, którą należy uwzględnić przy obliczaniu terminu na wnoszenie środków ochrony prawnej.

W przypadku zaniechania odrzucenia oferty pomimo jej niezgodności z treścią siwz, wykonawcy zmierzający do zabezpieczenia swojego interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, obowiązani są do oprotestowania 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. Fakt powtarzania pewnych czynności przez zamawiającego jest tu bez znaczenia – okoliczności stanowiące o podstawach ewentualnego odrzucenia w niniejszym postępowaniu pozostają niezmienione, a informację o ich wystąpieniu można było uzyskać po dniu pierwszego wyboru oferty.

Na poparcie powyższego wskazać należy wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24.04.2006 r., 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.

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:

.....

.....