

Sygn. akt: KIO 2444/10

POSTANOWIENIE
z dnia 23 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 22 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Janusza Daniel prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą JMD DANIEL TECHNOLOGIE, 03-982 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Komendę Główną Policji, 02-542 Warszawa, ul. Domaniewska 36/38**

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Janusza Daniel prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą JMD DANIEL TECHNOLOGIE, 03-982 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Janusza Daniel prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą JMD DANIEL TECHNOLOGIE, 03-982 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące złotych zero groszy) przez **Janusza Daniel prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą JMD DANIEL TECHNOLOGIE, 03-982 Warszawa,** na rzecz **Komendy Głównej Policji, 02-542 Warszawa, ul. Domaniewska 36/38** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Komenda Główna Policji, 02-542 Warszawa, ul. Domaniewska 36/38, (zwany dalej: „Zamawiającym”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”) na „Dostawę kamizelek kuloodpornych kamuflowanych w ilości 417 szt.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 27 sierpnia 2010 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2010 r., pod numerem 2010/S 169-259244, ponadto ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone również w siedzibie Zamawiającego w dniach od 2 września 2010 r. do dnia 12 października 2010 r., oraz zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 2 września 2010 r. do dnia 12 października 2010 r. Specyfikacja została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego od dnia 2 września 2010 r. do dnia 12 października 2010 r.

W wyniku zmiany ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej, do udziału w której zaprosić miał wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

Zaproszenie do aukcji elektronicznej zostało skierowane do trzech wykonawców w tym do Odwołującego pismem z dnia 15 października 2010 r., zaś aukcja elektroniczna odbyła się w dniu 20 października 2010 r.

Pismem z dnia 21 października 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu czynności przeprowadzenia aukcji oraz o dokonaniu czynności ponownego badania i oceny ofert.

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty (wykonawcy Lubawa S. A., ul. Waryńskiego 32-36, 86-300 Grudziądz) została przekazana Odwołującemu za pośrednictwem faksu w dniu 28 października 2010 r.

W dniu 8 listopada 2010 r. wykonawca Janusz Daniel prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą JMD Daniel Technologie, ul. J. Meissnera 6 m. 11, 03-982 Warszawa (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie od decyzji Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy Lubawa S. A., ul. Waryńskiego 32-36, 86-300 Grudziądz.

Odwołujący wskazał, iż jego odwołanie jest skutkiem podjęcia przez Zamawiającego czynności niezgodnych z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający dopuścił do przetargu trzech oferentów, uznając ich oferty za ważne. Według Odwołującego

Zamawiający następnie dopuścił ich do dalszej części postępowania, tj. przeprowadził przetarg elektroniczny, w którym firma Odwołującego złożyła najkorzystniejszą ofertę. Następnie Zamawiający odrzucił jedną z ofert, wcześniej uznanych za ważną, i na tej podstawie unieważnił przetarg elektroniczny dokonując ponownego badania i oceny ofert. Wynikiem tej czynności Zamawiający wybrał ofertę firmy, która złożyła w przetargu elektronicznym mniej korzystną ofertę, niż Odwołujący.

W związku z powyższym Odwołujący uważał, że decyzja Zamawiającego nie jest zasadna i został naruszony przepis dotyczący sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący zażądał uznania wyników przetargu elektronicznego i zawarcia z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 9 listopada 2010 r. Odwołujący wniósł uzupełnienie odwołania, wskazując w sposób szczegółowy, dlaczego jego zdaniem oferta wykonawcy Lubawa S. A. powinna zostać odrzucona w niniejszym postępowaniu.

Na posiedzeniu Odwołujący wskazał, iż skarży czynność zaniechania wykluczenia wykonawcy Lubawa S.A., a w konsekwencji odrzucenia jego oferty wskazując, iż jego zdaniem wykonawca ten nie posiada aktualnej koncesji. Odwołujący dodał, iż nie kwestionuje czynności unieważnienia aukcji elektronicznej oraz ponownego badania i oceny ofert, a jedynie fakt, iż oferta wykonawcy Lubawa S.A. powinna w świetle przepisów zostać odrzucona.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia niniejszego odwołania swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego w dniu 12 listopada 2010 r. za pośrednictwem faksu, oraz w formie pisemnej w dniu 16 listopada 2010 r. zgłosił wykonawca: Lubawa S. A., ul. Waryńskiego 32-36, 86-300 Grudziądz.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby rozpatrując na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron odwołanie złożone przez Janusza Daniel prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą JMD Daniel Technologie, ul. J. Meissnera 6 m. 11, 03-982 Warszawa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę kamizelek kuloodpornych kamuflowanych w ilości 417 szt.” wszczętym przez Komendę Główną Policji, 02-542 Warszawa, ul. Domaniewska 36/38, postanowił odrzucić odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień

publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 16 listopada 2010 r. (w formie pisemnej w dniu 16 listopada 2010 r., faksem w dniu 12 listopada 2010 r.) zgłosił przystąpienie wykonawca Lubawa S. A., ul. Waryńskiego 32-36, 86-300 Grudziądz, zaś wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 9 listopada 2010 r.

Z uwagi na przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uznała za nieskuteczne pod względem formalnym przystąpienie wykonawcy Lubawa S. A., ul. Waryńskiego 32-36, 86-300 Grudziądz, gdyż wykonawca ten zgłosił przystąpienie w dniu 16 listopada 2010 r. (data wpływu pisma do Prezesa Izby w formie pisemnej w dniu 16 listopada 2010 r., faksem w dniu 12 listopada 2010 r.), tj. po upływie 3-dniowego terminu, liczonego od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania, co miało miejsce w dniu 9 listopada 2010 r.

Ponadto Izba ustaliła, iż pismem z dnia 15 października 2010 r. Zamawiający zgodnie z art. 91 b ustawy Pzp przekazał Odwołującemu oraz pozostałym dwóm wykonawcom, za pośrednictwem faksu zaproszenie do aukcji elektronicznej, wskazując Odwołującemu m.in. pozycje, jaką zajęła jego oferta przed aukcją, planowany termin otwarcia aukcji, warunki zamknięcia aukcji jak też termin zamknięcia aukcji. W zaproszeniu do aukcji Zamawiający zastrzegł również, iż planowany terminy otwarcia aukcji odbędzie się w dniu 20 października 2010 r.

Na podstawie dokumentacji sprawy Izba ustaliła, iż aukcja odbyła się w dniu 20 października 2010 r.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu niejawnym, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie. Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp skutkujące odrzuceniem odwołania, ponieważ odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu wskazanego w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Z tego względu Izba ma obowiązek odrzucić odwołanie na podstawie przywołanego wyżej przepisu.

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Stosownie do art. 91a ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający po dokonaniu oceny ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Zaś zgodnie z art. 91b ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

W ocenie Izby należy mieć na uwadze, że skoro postępowanie toczy się w trybie przetargu nieograniczonego to mają do niego zastosowanie przepisy dotyczące tego trybu, z uwzględnieniem jednakże specyfiki wyboru oferty w drodze aukcji elektronicznej (art. 91 a – 91 c ustawy Pzp). Biorąc pod uwagę przepis art. 91a ust. 1 oraz art. 91b ust. 1 ustawy Pzp Izba uznaje, że wynika z nich *a contrario*, że w przypadku postępowania z zastosowaniem aukcji elektronicznej, zaproszenie do aukcji, poprzedza badanie ofert oraz ich ewentualne odrzucenie. Zaproszenie do aukcji elektronicznej obejmuje jedynie wykonawców nie wykluczonych z udziału w postępowaniu, których oferty nie podlegały odrzuceniu. Zatem w ocenie Izby Zamawiający przed zaproszeniem do aukcji elektronicznej odrzuca oferty podlegające odrzuceniu.

Izba wskazuje, że także z czynności Zamawiającego, tj. zaproszenia do aukcji elektronicznej otrzymanego przez Odwołującego wynikało, że uprzednio nastąpiło określone przepisami badanie złożonych ofert tj. określenie pozycji oraz punktacji oferty Odwołującego. W konsekwencji mając na względzie brzmienie art. 91b ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, że zaproszenie do aukcji elektronicznej stanowiło wystarczającą podstawę do wniesienia odwołania na ewentualne zaniechania wykluczenia przez Zamawiającego wykonawcy Lubawa S. A. oraz wykonawcy NFM Production Sp. z o.o.

Izba uznaje, że Odwołujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania (art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) w dniu 15 października 2010 r., tj. w dniu zaproszenia do aukcji elektronicznej, a zaproszenie do aukcji było wystarczające ze względu na informacje w nim zawarte do złożenia przez wykonawcę odwołania.

W wyniku niniejszych ustaleń Izba uznaje, że 10-dniowy termin na złożenie odwołania upłynął w dniu 25 października 2010 r. Izba uznała, iż mając na względzie treść art. 91b ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zaprasza do udziału w aukcji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, to w dacie przekazania zaproszenia do aukcji elektronicznej należy przyjąć istnienie po stronie Odwołującego wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę na wniesienie niniejszego odwołania. Izba uznała, że Odwołujący z momentem przekazania zaproszenia do aukcji elektronicznej powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Jednocześnie Izba przypomina, że terminy na wnoszenie środków ochrony prawnej mają charakter zawity i nie mogą być konwalidowane w żadnym przypadku, zaś upływ terminu powoduje utratę prawa.

Z tych względów Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania, a skoro odwołanie wykonawcy wniesione zostało po upływie ustawowego terminu przewidzianego do jego wniesienia odwołanie podlega odrzuceniu w myśl art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba wskazuje na zasadę koncentracji środków ochrony prawnej polegającą m.in. na konieczności zgłaszania przez wszystkich wykonawców, biorących udział w postępowaniu, zarzutów dotyczących niezgodnych z przepisami działań lub zaniechań Zamawiającego, pod rygorem utraty terminu na wniesienie środka ochrony prawnej.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w tym także co do uzasadnionych kosztów Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, z ograniczeniem ich wysokości do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....