

Sygn. akt KIO/UZP 163/10

WYROK
z dnia 11 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Sylwester Kuchnio

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SHIP - SERVICE S.A., ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Żeglugę Świnoujską, ul. Wybrzeże Władysława IV 12, 72-600 Świnoujście** protestu z dnia 8 stycznia 2010 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wezwania do złożenia oferty uzupełniającej;

2. kosztami postępowania obciąża Żeglugę Świnoujską, ul. Wybrzeże Władysława IV 12, 72-600 Świnoujście i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SHIP - SERVICE S.A., ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Żeglugę Świnoujską, ul. Wybrzeże Władysława IV 12, 72-600 Świnoujście** na rzecz **SHIP-SERVICE S.A., ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczanego przez Odwołującego się oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SHIP - SERVICE S.A., ul. Waliców 11, 00-851 Warszawa**.

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

Zamawiający - Żegluga Świnoujska - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa paliwa żeglugowego w ilości 2800 ton dla promów kursujących na przeprawie promowej Świnoujściu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2009/S 214-308698, a specyfikacja istotnych warunków zamówienia zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego.

23 grudnia 2009 r. zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez SHIP - SERVICE S.A. z siedzibą w Warszawie.

Wobec dokonanego wyboru 29 grudnia 2009 r. OKTAN ENERGY & V/L SERVICE Sp. z o. o. z siedzibą w Szczecinie wniósł protest podnosząc konieczność odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej: „ustawą”, z powodu niezgodności zaoferowanego terminu zapłaty z ustawą z dnia 12 czerwca 2003 roku o terminach zapłaty w transakcjach handlowych.

Zamawiający 31 grudnia 2009 r. uwzględnił protest i wezwał wykonawców do złożenia ofert dodatkowych.

Wobec dokonanych czynności SHIP - SERVICE S.A. wniósł odwołanie poprzedzone protestem. Odwołujący się zarzucił zamawiającemu bezprawną i nieuzasadnioną zmianę

decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, błędne przyjęcie, że oferta odwołującego się narusza ustawę z dnia 12 czerwca 2003 roku o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, naruszenie art. 91 ust. 4 i 5 ustawy przez ich niedopuszczalne zastosowanie. Wniósł o rozpatrzenie odwołania łącznie z odwołaniem o sygn. KIO/UZP/ 58/10, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do złożenia ofert dodatkowych oraz unieważnienie czynności wywołanych dokonaniem wezwaniem, nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej.

Alternatywnie odwołujący się podniósł zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy i żądał unieważnienia postępowania.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 8 stycznia 2010 r., odwołanie 27 stycznia 2010 r. za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię odwołania z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy uznaje się za oddalenie protestu w dniu upływu terminu na dokonanie rozstrzygnięcia.

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania wskazane w art. 187 ust. 4 ustawy i rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Na podstawie akt sprawy oraz akt sprawy o sygn. KIO/UZP 58/10 Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Podnoszenie zarzutów zmierza do zapewnieniu odwołującemu się możliwości uzyskania zamówienia, znajduje również oparcie w zapewnieniu prawidłowości przebiegu procedury o udzielenie zamówienia. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 19.12.2007 roku (sygn. akt V ca 2506/07 *niepubl.*) ocenił, że „interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej”.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie podniesione zarzuty podlegają rozpoznaniu.

Zarzuty odwołania odnoszące się do naruszenia przepisów ustawy z dnia 12 czerwca 2003 roku o terminach zapłaty w transakcjach handlowych nie były zawarte w poprzedzającym je proteście odwołującego się – podniósł je OKTAN ENERGY & V/L SERVICE Sp. z o. o. Ich rozpoznanie jest zatem niedopuszczalne z mocy art. 191 ust. 3 ustawy.

Badane odwołanie nie zostało skierowane do wspólnego rozpoznania z odwołaniem o sygn. akt KIO/UZP 58/10. W sprawie o przywołanej sygnaturze Izba 9 marca 2010 r. wydała wyrok, w którym uwzględniła odwołanie, potwierdzając zarzut dotyczący wadliwego rozstrzygnięcia protestu stanowiącego zapowiedź oferty odwołującego się. Tym samym zarzuty protestu OKTAN ENERGY & V/L SERVICE Sp. z o. o. zostały ostatecznie rozstrzygnięte. Izba rozpoznała zatem zarzut dotyczący wezwania do złożenia ofert dodatkowych i uznała, że znalazł on potwierdzenie.

Art. 191 ust. 5 ustawy, stanowi, że jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest cena, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że zostały złożone oferty o takiej samej cenie, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym przez zamawiającego ofert dodatkowych.

Zamawiający w rozdziale 15 ust. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia ustalił dwa kryteria ofert: cenę – wysokość stałego narzutu nadając jej wagę 90% oraz termin płatności o wadze 10 %.

Dokonując czynności wezwania do złożenia ofert dodatkowych zamawiający naruszył art. 191 ust. 5 ustawy, gdyż skoro z dyspozycji przywołanego przepisu skorzystać można wyłącznie w sytuacji, gdy jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Czynność wezwania do złożenia ofert dodatkowych dokonana przez zamawiającego narusza prawo.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i art. 191 ust. 1 a ustawy uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 2 ustawy Izba nakazała unieważnienie czynności wezwania do złożenia ofert dodatkowych.

Izba orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego się, w wysokości 3600 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 zm.).

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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....