

POSTANOWIENIE
z dnia 21 stycznia 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron dnia 21 stycznia 2011 roku w Warszawie, odwołania wniesionego dnia 13 stycznia 2011 roku przez „**WIR**” **Szproch i Pietrusiewicz Zakłady Mięsne Spółka Jawna, 26-070 Łopuszno, ul. Konecka 7a**, od czynności Zamawiającego, którym jest **Miejska Kuchnia Cateringowa w Kielcach, 35-723 Kielce, ul. Piekoszowska 36a**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę artykułów spożywczych do Kuchni Cateringowych w Kielcach: Kielce, ul. Kołłątaja 4 i Kielce, ul. Krzyżanowskiej 8 w 2011 r.

orzeka:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża „**WIR**” **Szproch i Pietrusiewicz Zakłady Mięsne Spółka Jawna, 26-070 Łopuszno, ul. Konecka 7a** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez „**WIR**” **Szproch i Pietrusiewicz Zakłady Mięsne Spółka Jawna, 26-070 Łopuszno, ul. Konecka 7a**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejska Kuchnia Cateringowa w Kielcach, 35-723 Kielce, ul. Piekoszowska 36a, będąca jednostką budżetową Miasta Kielce - prowadzi w trybie zapytania o cenę postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest dostawa artykułów spożywczych do Kuchni Cateringowych w Kielcach: Kielce, ul. Kołtąja 4 i Kielce, ul. Krzyżanowskiej 8 w 2011 r. Wartość zamówienia oszacowano na kwotę mniejszą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Dnia 31 grudnia 2010 r. Zamawiający przekazał faksem wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części 1 i 2 zamówienia oraz o unieważnieniu postępowania w części 3 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy - „WIR” Szproch i Pietrusiewicz Zakłady Mięsne Spółka Jawna, 26-070 Łopuszno, ul. Konecka 7a z każdej części zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ze wskazaniem, iż oferta tego wykonawcy jest nieważna i podlega odrzuceniu z tej przyczyny, że stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca - „WIR” Szproch i Pietrusiewicz Zakłady Mięsne Spółka Jawna, 26-070 Łopuszno, ul. Konecka 7a, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazywał, że postępowanie zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 3, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 4, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W związku z powyższymi zarzutami wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Krystyny Szafarczyk, Magdaleny Szafarczyk Sklep Spożywczy w Kielcach,
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w części 1 i 3 przedmiotu zamówienia,
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w pkt 4 „Forma oferty i opis sposobu obliczenia ceny” zdanie

przedostatnie zamawiający zawarł treść: „Informacje zawarte w ofercie, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - co do których wykonawca zastrzegł, nie później niż w terminie składania ofert, że nie mogą być udostępnione - muszą być oznaczone klauzulą NIE UDOSTĘPNIAC – INFORMACJE STANOWIĄ TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA W ROZUMIENIU ART. 11 UST. 4 USTAWY O ZWALCZANIU NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI (Dz. U. z 2003 r., Nr. 153, poz. 1503, z późn. zm.). Z zapisu tego wynika, że wykonawca mógł zastrzec, które informacje w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zdaniem odwołującego analiza treści tego punktu wskazuje na formę oferty i opis sposobu obliczenia ceny, dopuszczając możliwość składania ofert częściowych, w tym na:

1. artykuły ogólnospożywcze, w tym mrożonki, ryby i przetwory rybne,
2. warzywa i owoce,
3. mięso i wędliny.

Zamawiający wskazał na konieczność bez żadnego wyjątku wypełnienia wszystkich pozycji cennika ofertowego, z podaniem w nich cen jednostkowych i ceny za całość dostawy. W dalszej treści tegoż pkt 4 SIWZ zamawiający stwierdzał, że cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty związane z terminowym i prawidłowym wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami i wytycznymi stawianymi przez zamawiającego, odnosząc je do przedmiotu zamówienia, zysk wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty, w tym podatek VAT. Cena może być tylko jedna; nie dopuszcza się wariantowości cen. Wszelkie upusty, rabaty winny być od razu ujęte w obliczeniu ceny, tak by wyliczona cena za realizację zamówienia była ceną ostateczną, bez konieczności dokonywania przez zamawiającego przeliczeń itp. działań w celu jej określenia. Odwołujący, składając ofertę, zastosował się do wymagań zamawiającego i wskazał ceny jednostkowe w ofercie oraz wskazał jedną cenę na poszczególne części zamówienia. Skoro warunkiem było wskazanie tylko jednej ceny oferty na poszczególne części zamówienia przy jednoczesnym wskazaniu, że wszelkie upusty, rabaty, podatki, zysk muszą być ujęte w tej jedynej cenie oferty, to odwołujący skorzystał z prawa zastrzeżenia wglądu w ceny jednostkowe, które owe upusty, marże i pozostałe składniki cenowe zawierały, uznając te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa, co dopuszczała SIWZ.

W tym stanie faktycznym, w ocenie odwołującego, dokonana przez zamawiającego czynność polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego rażąco narusza przepisy ustawy Pzp, a w szczególności:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bowiem gdyby zamawiający dopuścił ofertę odwołującego do oceny merytorycznej z pozostałymi ofertami wykonawców, wybrałby ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą w świetle przyjętego kryterium oceny ofert na

- dwie części zamówienia, tj. w części 1 i 3, bowiem oferta odwołującego zawierała najniższą cenę spośród złożonych ofert;
2. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem odwołujący działał w granicach określonych treścią SIWZ, korzystając z ochrony swych danych handlowych co do cen jednostkowych przy wymogu wskazania ceny jedynej ofertowej na poszczególne części zamówienia jako sumy cen jednostkowych, która to cena stosownie do art. 86 ust. 4 ustawy Pzp nie była zastrzeżona. Zamawiający ujawnił ją podczas otwarcia ofert i w tym zakresie, zdaniem odwołującego, postąpił prawidłowo, a mimo tego odrzucił ofertę odwołującego, co nie powinno mieć miejsca. Odwołujący podnosił, że jeżeli zamawiający miał wątpliwości co do złożonego zastrzeżenia odwołującego mógł, a nawet powinien skorzystać z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i zwrócić się do odwołującego w celu wyjaśnienia oferty w tym zakresie. Jeżeli zaś zamawiający uważał złożone zastrzeżenie za sprzeczne z prawem bez narażania się na konsekwencje określone art. 23 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mógł je ujawnić jeżeli zachodziła taka potrzeba, czemu dał wyraz Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku, III CZP 74/05, Biul. SN 2005, nr. 10, poz. 7. Następstwem stwierdzenia przez zamawiającego bezskuteczności dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest wyłączenie zakazu ujawnienia informacji, nie zaś odrzucanie z tego powodu oferty. Gdyby na skutek wyjaśnienia odwołującego po zwróceniu się zamawiającego, wykonawca podtrzymał swoje stanowisko to dopiero wówczas istniałyby przesłanki do odrzucenia oferty. W stanie faktycznym sprawy zamawiający nie wyczerpał swych uprawnień nie ocenił tajemnicy odwołującego i nie zapytał go, dlaczego zastrzeżenie takie złożył, stąd nie miał powodów do odrzucenia oferty odwołującego, a zatem powinien ją ocenić a skoro nie miał innych zarzutów do niej powinien ją wybrać jako najkorzystniejszą bowiem zawierała najniższą cenę w prowadzonym postępowaniu;
 3. art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem warunki udziału w postępowaniu określił zamawiający, dopuszczając możliwość zastrzeżenia tajemnicy cen częściowych, wskazując na potrzebę podania ceny jednej za całość poszczególnych części zamówienia, i do tak określonego wymogu odwołujący się zastosował;
 4. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia złożonego zastrzeżenia, skoro zamawiający uznawał, że zastrzeżenie to nie może mieć miejsca;
 5. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania od odwołującego wyjaśnienia kwestii budzących wątpliwości zamawiającego w toku badania ofert bez odrzucania jej;
 6. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty bez wskazania, który to przepis prawa materialnego odwołujący naruszył złożoną ofertą w toku postępowania i w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego bez podstawy prawnej i faktycznej.

Odwołujący wskazywał, że został naruszony jego interes prawny, bowiem gdyby zamawiający postępował zgodnie z ustaloną przez siebie SIWZ oraz przepisami ustawy Pzp, to uzyskałby przedmiotowe zamówienie w części 1 i 3, a ponadto naruszony został interes publiczny, bowiem zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych mająca obowiązek stosowania ustawy Pzp doprowadził do wyboru oferty wykonawcy droższego pod względem kryterium ceny.

Odwołanie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 13 stycznia 2011 r. (prezentata na piśmie). Pismo zawierające odwołanie zostało nadane listem poleconym w placówce operatora publicznego dnia 4 stycznia 2010 r. (stempel na kopercie). Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu dnia 4 stycznia 2010 r. faksem oraz listem poleconym nadanym 4 stycznia (dowód nadania załączony do odwołania). Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej dla części 1 i 2 zamówienia oraz o unieważnieniu postępowania w części 3 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. oraz o odrzuceniu oferty odwołującego w każdej części zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp została przesłana odwołującemu faksem dnia 31 grudnia 2010 r. (potwierdzenie otrzymania faxu w tej dacie załączone do odwołania).

Dnia 5 stycznia 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania. Ani w terminie ustawowym określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ani do dnia wydania niniejszego postanowienia nie wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

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

Izba z urzędu na posiedzeniu niejawnym dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wartość zamówienia oszacowano na kwotę mniejszą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp (faksem lub drogą elektroniczną), albo w terminie 10 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w

przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego zostało przesłane odwołującemu faksem dnia 31 grudnia 2010 r., co nie jest przez niego kwestionowane (potwierdzenie otrzymania faksu w tej dacie odwołujący załączył do odwołania). Termin na wniesienie odwołania upłynął zatem dnia 5 stycznia 2011 r.

W konsekwencji powyższego, odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 13 stycznia 2011 r., należy uznać za wniesione po upływie ustawowego terminu.

Izba wskazuje, że po nowelizacji ustawy Pzp dokonanej ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 223, poz. 1778) dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w terminie przewidzianym ustawą Pzp. W przepisach ustawy Pzp po jej nowelizacji brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji wyraźnie stanowiły, że „złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu” (art. 184 ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie „wniesienia odwołania” z jego doręczeniem. Z kolei dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w ustawie Pzp przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp), co prowadzi do wniosku, że ustawodawca musiał zdawać sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 13 stycznia 2011 r. jest odwołaniem wniesionym po upływie ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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).

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Pzp oraz § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....