

POSTANOWENIE
z dnia 5 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 5 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **MAS Sp. z o.o., 40-599 Katowice, ul. śeliwna 38** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** protestu z dnia 21 sierpnia 2009 r.

przy udziale **"TIEFENBACH POLSKA" Sp. z o.o., 41-922 Radzionków, ul. Anieli Krzywoń 16** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **MAS Sp. z o.o., 40-599 Katowice, ul. śeliwna 38** 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 **MAS Sp. z o.o., 40-599 Katowice, ul. śeliwna 38,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3933 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset trzydzieści trzy złote zero groszy) przez **MAS Sp. z o.o., 40-599 Katowice, ul. śeliwna 38** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej za pełnomocnictwo oraz kosztów podróży służbowej,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 **MAS Sp. z o.o., 40-599 Katowice, ul. śeliwna 38.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., Zakład Logistyki Materiałowej prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia w przedmiocie dostaw dla kopalń JSW S.A. węży i przewodów wysokociśnieniowych w łącznej ilości 144 129 sztuk i 160 580 mb w terminie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 stycznia 2009 roku pod nr 2009/S 13 – 018549.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2009 roku, odwołujący – Mas Sp. z o.o. złożył protest wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Tiefenbach – Polska Sp. z o.o. w zadaniu nr 7 oraz zaniechania unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 7. Odwołujący wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 93 ust. 1 pkt 1, 3, 7 ustawy Pzp i wniósł o:

- odrzucenie oferty Tiefenbach -Polska Sp. z o.o. w zakresie zadań nr 7 - w całości i wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu
- unieważnienie postępowania w zaskarżonej części,
- powiadomienie o organizowanym na nowo postępowaniu o udzielenie zamówienia w niniejszej sprawie.

2

Wniesienie protestu nastąpiło na skutek poinformowania wykonawców w dniu 13 sierpnia 2009 roku o wyborze w zadaniu 7 oferty najkorzystniejszej złożonej przez Tiefenbach – Polska Sp. z o.o. oraz odrzuceniu oferty odwołującego w zadaniu nr 4 i 7.

W dniu 31 sierpnia 2009 roku (pismo z dnia 28 sierpnia) zamawiający protest odrzucił, uznając zarzuty w nim zgłoszone za spóźnione. W uzasadnieniu zamawiający wyjaśnił, że 23 kwietnia 2009 roku zaprosił odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, która stanowiła drugi etap postępowania. Z informacji tej wynikało, że do aukcji został zaproszony także wykonawca Tiefenbach – Polska Sp. z o.o., zatem od tego dnia rozpoczął swój bieg termin na wniesienie protestu na zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy. W konsekwencji złożony przez odwołującego protest podlega odrzuceniu w oparciu o art. 180 ust. 7 ustawy Pzp.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, odwołujący wniósł w dniu 9 września 2009 roku odwołanie, którego kopię przekazał zamawiającemu tego samego dnia. W odwołaniu podtrzymał zarzuty i wnioski zawarte w proteście, a odnosząc się do rozstrzygnięcia zamawiającego wskazał, że nie otrzymał pisma datowanego na 23 kwietnia 2009 roku ani w dacie 23 kwietnia. Z zaproszenia skierowanego do odwołującego na podstawie art. 91b ust. 1 ustawy Pzp do udziału w aukcji elektronicznej w dniu 28 kwietnia 2009 roku ani z informacji udzielonej na podstawie art. 91b ust. 2 ustawy Pzp nie wynikało czy wszyscy uczestnicy zostali zaproszeni do aukcji i kto został do niej zaproszony.

Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu z udziałem pełnomocników stron i przystępującego Tiefenbach – Polska Sp. z o.o. oraz na podstawie dokumentacji postępowania ustaliła, co następuje:

Postępowanie toczy się w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej. W sekcji IV. 2.2 ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający postanowił, że w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna, jeżeli w postępowaniu (dotyczy każdej części zamówienia) zostaną złożone co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Pismem z 22 kwietnia 2009 r., zamawiający powiadomił uczestników postępowania, zgodnie z art. 91 b ust. 2 ustawy Pzp o pozycjach złożonych przez wykonawców ofert i otrzymanej przez nich punktacji oraz zaprosił do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej, wyznaczając jej termin na 28 kwietnia 2009 roku. Na skutek wniesienia protestu przez Tiefenbach – Polska Sp. z o.o., w którym wykonawca zarzucił zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców, którzy nie spełniają wymogów postawionych w siwz oraz dopuszczenie ich do aukcji elektronicznej,

3

zamawiający poinformował o anulowaniu pierwotnie wskazanego terminu aukcji elektronicznej. Ostatecznie, po odrzuceniu 4 ofert w zadaniu nr 7 na skutek braku przesłanek ustawowych aukcja elektroniczna nie została przeprowadzona.

Protest Tiefenbach – Polska Sp. z o. o. został ostatecznie rozstrzygnięty wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 642/09, w którym Izba uwzględniła odwołanie i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenie wykonawców z postępowania. Wskazać należy, że odwołujący Mas Sp. z o.o. nie był uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego, nie wniósł też odrębnego protestu na czynność zaniechania odrzucenia oferty Tiefenbach – Polska Sp. z o.o. w przysługującym mu ustawowo terminie.

Biorąc pod uwagę przedstawiony stan faktyczny, Izba zważyła, co następuje:

Odwolanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na wniesienie protestu z uchybieniem ustawowego terminu przewidzianego na skorzystanie z tego środka ochrony prawnej.

Stosownie do postanowień 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. Zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu (art. 91b ustawy Pzp).

Z przywołanych przepisów wynika jednoznacznie, że w przypadku postępowania z zastosowaniem aukcji elektronicznej, zaproszenie do aukcji poprzedza badanie ofert oraz odrzucenie ofert niespełniających wymogów SIWZ. Wobec powyższego bezsprzecznie zaproszenie do aukcji elektronicznej dotyczy wyłącznie wykonawców nie wykluczonych z udziału w postępowaniu, których oferty nie podlegały odrzuceniu.

Z treści pisma z dnia 22 kwietnia 2009 roku wynika, że oferta odwołującego w wyniku badania i oceny ofert zajęła piątą pozycję spośród pięciu wykonawców, którzy złożyli oferty w części 7 zamówienia. Zatem odwołujący, zachowując należyłą staranność, mógł na podstawie tego dokumentu uzyskać informację o zakwalifikowaniu wszystkich wykonawców do aukcji, w tym także wykonawcy Tiefenbach – Polska Sp. z o.o., którego oferta nie została odrzucona. Twierdzenie pełnomocnika odwołującego, że wykonawca Mas Sp. z o.o. nie otrzymał pisma z dnia 22 kwietnia 2009 roku nie zasługuje na uznanie, szczególnie w świetle

4

przedstawionego przez zamawiającego dowodu przekazania w formie faxu pisma z dnia 22 kwietnia 2009 roku na numer podany przez odwołującego w ofercie.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że termin na wniesienie protestu na czynność zaniechania odrzucenia ofert innych wykonawców, w tym oferty Tiefenbach – Polska Sp. z o.o. należy, w tych okolicznościach faktycznych, liczyć co najmniej od dnia poinformowania o pozycji, jaką otrzymała oferta odwołującego i zaproszeniu do aukcji elektronicznej.

W tym miejscu należy wskazać na działanie wykonawcy Tiefenbach – Polska Sp. z o.o., który skutecznie skorzystał w ustawowym terminie z prawa do zaskarżenia zaniechanych przez zamawiającego czynności i wniósł protest w dniu 27 kwietnia 2009 roku, a następnie odwołanie. Odwołujący, zachowując należyłą staranność, mógł poznać wiadomość o zaniechaniu odrzucenia oferty Tiefenbach – Polska Sp. z o.o. już co najmniej w dniu przekazania zaproszenia do udziału w aukcji. Okoliczność, że odwołujący, który miał wiedzę o zakwalifikowaniu wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty do udziału w aukcji elektronicznej nie skorzystał z przysługującego mu prawa do wniesienia protestu na zaniechanie zamawiającego należy rozpatrywać w kategoriach zaniechań wykonawcy, które na tym etapie postępowania nie mogą być sanowane. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 listopada 2007 roku (Sygn. akt V Ca 2056/07), gdzie sąd stwierdził m.in., że „wykonawca ma bowiem ponadto obowiązek działania z należyłą starannością jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ...”

W zaistniałych okolicznościach sporu protest, zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp należało złożyć w terminie 10 dni, od daty zaproszenia do aukcji elektronicznej, co nastąpiło w dniu 23 kwietnia 2009 roku. Zatem wniesienie protestu w dniu 21 sierpnia 2009 roku, to jest po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej należy uznać za spóźnione. Terminy na wnoszenie środków ochrony prawnej mają charakter zawity i nie mogą być konwalidowane, a upływ tych terminów skutkuje utratą prawa do wniesienia środków ochrony prawnej.

Ponadto, wbrew twierdzeniom odwołującego, zarzuty protestu i odwołania dotyczą wyłącznie części 7 zamówienia publicznego, a stanowisko odwołującego zaprezentowane w trakcie posiedzenia, że protest i odwołanie odnosi się także do zadania nr 4 nie znajduje oparcia w treści złożonych pism. Z pierwszego akapitu protestu wynika, że odwołujący wniósł protest wobec „czynności zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej, podlegającej odrzuceniu

oferty Tiefenbach -Polska Sp. z o.o. w Radzionkowie ul. A. Krzywoń 16, 41-922 Radzionków a odrzucenia oferty Protestującego, wobec zaniechania zamawiającego unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 7". Również sformułowane w proteście i odwołaniu żądania dotyczą wyłącznie części 7 zamówienia, gdzie odwołujący domaga się nakazania

5

zamawiającemu odrzucenia oferty Tiefenbach - Polska Sp. z o.o. w zakresie zadania nr 7, powtórzenia czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty bez udziału oferty podlegającej odrzuceniu w zakresie zadania nr 7.

Powoływany przez pełnomocnika odwołującego akapit drugi treści protestu, gdzie wskazano, że powodem wniesienia protestu jest naruszenie przepisów, o którym odwołujący powziął wiadomość w dniu 13 sierpnia 2009 roku w wyniku zawiadomienia zamawiającego w zakresie zadań nr 4 i 7 nie dotyczy treści zarzutów i żądań, a stanowi jedynie wskazanie pisma, w którym zamawiający zawiadomił o wyniku postępowania w zadaniach 4 i 7. Zakres żądań i zarzutów objętych protestem i odwołaniem winien być określony w sposób jasny, precyzyjny i nie budzący wątpliwości, a wymóg ten jest tym bardziej uzasadniony w stosunku do odwołującego, który jest reprezentowany przez profesjonalnego pełnomocnika.

W tym stanie rzeczy, Izba zobligowana była odrzucić odwołanie, gdyż protest został wniesiony z uchybieniem terminów określonych w ustawie, co wynika z art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego postanowiono jak w sentencji.

6

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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

7