Sygn. akt: KIO 2305/11

POSTANOWIENIE
z dnia 8 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 8 listopada 2011 r. w Warszawie, odwołania wniesionego w dniu w dniu 24 października 2011 r. przez **Kancelarię Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Spółka Komandytowa ul. Sobieskiego 104/44 00-764 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego ul. Nowowiejska 28A, 02-010 Warszawa**

przy udziale:

A. wykonawcy Kancelaria Radców Prawnych Ćwik i Partnerzy Sp. p., 00 – 582 Warszawa, Al. Szucha 8 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2305/11 po stronie odwołującego
B. wykonawcy Kancelaria Adwokacka Piotr Konrad Kubicki, 02 – 492 Warszawa, ul. Cietrzewia 1 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2305/11 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzucić odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża Kancelarię Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Spółka Komandytowa ul. Sobieskiego 104/44 00-764 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną Kancelarię

Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Spółka Komandytowa ul. Sobieskiego 104/44 00-764 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:
……

Sygn. akt: KIO 2305/11

Uzasadnienie

Wykonawca Kancelaria Radców Prawnych Stopczyk & Mikulski Spółka Komandytowa, ul. Sobieskiego 104/44, 00-764 Warszawa złożył odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Obsługa prawna Zakładu Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego w Warszawie".

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 12a ust. 2 pkt 1), art. 25 ust. 1 pkt 1), art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy pzp, poprzez:

1) zaniechanie unieważnienia przedmiotowego postępowania, z uwagi niemożność czynności przesunięcia terminu składania ofert w konsekwencji konwalidowania konieczności naprawienia błędu, jakim było odmienne określenie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny ich spełnienia w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2) zaniechanie ujednolicenia treści ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu oceny spełnienia tych warunków;
3) zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert, pomimo zmiany warunków udziału w postępowaniu, jak również zmiany sposobu oceny spełnienia tych warunków.

W trakcie posiedzenia Odwołujący precyzując treść podniesionych zarzutów wskazał iż odwołanie dotyczy zaniechania przez Zamawiającego ujednolicenia treści postanowień ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez co Odwołujący mając wątpliwości które z postawionych warunków udziału w postępowaniu – czy wskazanie w siwz czy w treści ogłoszenia są obowiązujące, nie mógł złożyć oferty i tym samym poniósł szkodę.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie podniósł między innymi dwa zarzuty formalne uzasadniające jego zdaniem potrzebę odrzucenia wniesionego odwołania, tj zarzut wniesienia odwołania przez podmiot nieuprawniony, a także wniesienie odwołania po upływie terminu określonego w ustawie pzp. W trakcie posiedzenia Zamawiający zmodyfikował pierwszy z w/w zarzutów wnosząc w miejsce wniosku o odrzucenie odwołania, wniosek o jego oddalenie. W uzasadnieniu wniosku o odrzucenie wskazał, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy.Wskazał, że Odwołujący kwestionuje dopuszczalność, szerszego niż to miało miejsce w ogłoszeniu o zamówieniu opisania warunków udziału w postepowaniu w siwz. Tym samym o tej niezgodności Odwołujacy powziął wiadomość, lub przy zachowaniu należytej staranności powinien ją podjąć już w momencie opublikowania przez Zamawiającego zarówno treści

---

ogłoszenia jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia co miało miejsce odpowiednio w dniu 17 i 19 września 2011 roku.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje :

Przedmiotem zamówienia publicznego są usługi, których wartość oszacowano na kwotę wyższą od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone przez Zamawiającego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 179-293373 z dnia 17.09.2011 r.

Natomiast treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 19 września 2011 roku. Ponadto w nawiązaniu do pytań wykonawców Zamawiający udzielił na nie odpowiedzi – ostania opublikowana została w dniu 05.10.2011 roku.

Odwołujący wskazał, że odwołanie dotyczy zaniechania czynności ujednolicenia postawionych w ogłoszeniu i siwz warunków spełniania udziału w postępowaniu, oraz dokonywania zasad ich oceny. Rozbieżności pomiędzy opisaniem warunków w siwz i w ogłoszeniu powodowały sytuację iż odwołujący nie był powinien, do których warunków winien się stosować i tym samym nie mógł złożyć oferty. Nadto dodał, że Zamawiający jako profesjonalny uczestnik zamówień publicznych winien wiedzieć, iż takie rozbieżności są niedopuszczalne i tym samym winien te rozbieżności usunąć poprzez ujednolicenie treści zapisów. Wskazał, że terminem granicznym do którego Zamawiający może dokonać ujednolicenia treści zapisów jest termin składania ofert, co wynika z art. 38 ust. 4 ustawy pzp. Ponadto wywiódł, że Zamawiający od daty ujednolicenia postanowień siwz z treścią ogłoszenia winien był przedłużyć termin do składania ofert. W związku z tym, że Zamawiający tego ujednolicenia nie wykonał, to Odwołujący wywodził zarzut, konieczności unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Wskazując na zachowanie terminu do wniesienia odwołania Odwołujący podał, że w oparciu o przepis art. 182 ust.3 pkt 1 ustawy pzp. termin na wniesienia odwołania biegł od dnia otwarcia ofert tj. 14 października 2011 roku. W uzasadnieniu wskazał, że „Odwołujący *nie mógł wcześniej (przed dniem 14 października br.) wnieść odwołania gdyż Zamawiający do momentu otwarcia ofert mógł był swą czynność naprawić - mógł zmienić treść ogłoszenia na zgodną z zasadami zamówień publicznych oraz wydłużyć termin składania ofert. Do tego czasu, Odwołujący nie miał pewności, w jaki sposób Zamawiający postąpi oraz czy naprawi własny błąd".*

Nadto Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał w odpowiedzi na pytania do siwz modyfikacji warunku udziału w postępowaniu , w ten sposób, że m. in. wyznaczył dodatkowy 30-dniowy

---

termin (liczony od upływu terminu składania ofert, tj. od dnia 14 października 2011 r.) na uzupełnienie dokumentów dotyczących ochrony informacji niejawnych, a także dopuścił warunkowo złożenie w tym zakresie pisemnej zgody Ministra Obrony Narodowej, o której mowa w art. 54 ust. 7 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych . Zdaniem Izby z treści podniesionych zarzutów, nie da się wywieść wprost zgłoszenia zarzutu związanego z tą zmianą siwz i zalecaną w tym zakresie zmianą treści ogłoszenia o zamówieniu.

Nadto Izba ustaliła w oparciu o oświadczenia stron i uczestników postępowania iż żaden z wykonawców, do dnia terminu otwarcia ofert, nie zgłaszał wniosku o konieczności ujednolicenia treści ogłoszenia i siwz w zakresie warunków udziału w postępowaniu, a ponadto żaden z wykonawców nie zgłaszał zarzutu potrzeby przedłużenia terminu składania ofert. W postępowaniu zostało złożonych pięć ofert.

Wobec powyższego Izba stwierdza, że odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w tym zakresie co do terminu na wniesienie odwołania, zastosowanie ma przepis art. 182 ust.2 pkt 1 ustawy pzp.

Biorąc pod uwagę, że treścią odwołania zgodnie z przepisem art. 180 ust 3 może być „czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego" to brak jest podstaw prawnych do przyjęcia stanowiska Odwołującego iż termin na zaniechanie czynności przez Zamawiającego winien być liczony inaczej niż termin na dokonanie czynności, tj. dopiero od dnia kiedy Zamawiający tej czynności już wykonać nie może. Czyli według Odwołującego po dniu terminu otwarcia ofert.

Odwołanie wobec treści ogłoszenia oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w postępowaniu o zamówienie publiczne o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp – zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz od dnia zamieszczenia na stronie internetowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tym przypadku Izba ustaliła, że bieg w/w terminu należy liczyć od dnia 20 września 2011 roku /19 września opublikowano treść siwz/ i tym samym termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 29 września 2011 roku.

Podkreślić należy, iż termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym i nie podlega przywróceniu.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie, które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2011 roku jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący …….