

Sygn. akt: KIO 2338/13

POSTANOWIENIE
z dnia 16 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 16 października 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2013 r. przez **wykonawcę Zdzisława W.ego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Profesjonalna Agencja Ochrony Osób i mienia ADRIANNEX Zdzisław W. w Gdyni ul. Polska 43** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Sąd Rejonowy w Wejherowie, ul. Sobieskiego 302**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Zdzisława W.ego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Profesjonalna Agencja Ochrony Osób i mienia ADRIANNEX Zdzisław W. w Gdyni ul. Polska 43 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Zdzisława W.ego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Profesjonalna Agencja Ochrony Osób i mienia ADRIANNEX Zdzisław W. w Gdyni ul. Polska 43 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na ochronę obiektów Sądu Rejonowego w Wejherowie zostało wszczęte przez zamawiającego Skarb Państwa – Sąd Rejonowy w Wejherowie, ul. Sobieskiego 302 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 1 sierpnia 2013r. za numerem 2013-153605.

W dniu 19 sierpnia 2013r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty Licencjonowanej Agencji Detektywistycznej Ochrony Osób i Mienia „LIDER” mgr Bohdan S. z siedzibą w Ciechanowie, ul. St. Wyspiańskiego 42/5. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazł się Zdzisław W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Profesjonalna Agencja Ochrony Osób i mienia ADRIANNEX Zdzisław W. w Gdyni ul. Polska 43 – dalej odwołujący.

W dniu 16 września 2013r. Licencjonowana Agencja Detektywistyczna Ochrony Osób i Mienia „LIDER” mgr Bohdan S. z siedzibą w Ciechanowie odmówiła podpisania umowy na ochronę obiektów.

W dniu 16 września 2013r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – odwołującego, wskazując, że Licencjonowana Agencja Detektywistyczna Ochrony Osób i Mienia „LIDER” mgr Bohdan S. z siedzibą w Ciechanowie uchyliła się od zawarcia umowy i zamawiający skorzystał z uprawnienia na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy wybierając najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert.

W dniu 25 września 2013r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację, że anulował dokonany w dniu 16 września 2013r. wybór oferty najkorzystniejszej i że w związku z odmową zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta otrzymała największą liczbę punktów zamawiający nie skorzysta z dyspozycji wynikającej z art. 94 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 907 t.j.- dalej ustawy) i nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z ofert pozostałych. Zamawiający poinformował, że ogłoszone zostanie nowe postępowanie przetargowe. Informacja ta została doręczona odwołującemu na piśmie w dniu 4 października 2013r.

W dniu 2 października 2013r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pisemne odwołanie (nadane za pośrednictwem Poczty Polskiej SA priorytetowym listem poleconym w dniu 30 września 2013r.) odwołującego. Odwołanie zostało podpisane przez właściciela firmy. Odwołujący przekazał kopię odwołania zamawiającemu w dniu 30 września 2013r. drogą mailową i listem poleconym. Zamawiający potwierdził fakt otrzymania kopii odwołania w dniu 30 września 2013r. w protokole postępowania.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na anulowaniu dokonanego w dniu 16.09.2013 r. wyboru oferty

najkorzystniejszej - odwołującego, w postępowaniu przetargowym przy jednoczesnym bezpodstawnym stwierdzeniu rzekomej odmowy zawarcia umowy przez odwołującego oraz zapowiedzeniu ogłoszenia nowego postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zarzucam naruszenie art. 94 ust. 3 ustawy przez jego zastosowanie w sytuacji, gdy nie doszło do uchylecia się odwołującego od zawarcia umowy, doszło do wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, ani nie wystąpiły przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności anulowania dokonanego w dniu 16.09.2013r. wyboru najkorzystniejszej oferty odwołującego w postępowaniu dotyczącym ochrony obiektów Sądu Rejonowego w Wejherowie, postępowanie nr 5/PZP/SR/13,
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w dniu 30.09.2013 r., tj. w terminie przewidzianym wart. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy, przy czym informację o czynności odwołujący powziął w dniu 26.09.2013 r. po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia opublikowanego na stronie zamawiającego <http://www.wejherowo.sr.gov.pl/index.php/zamowienia.html> (według treści zamieszczonego w dniu 25.09.2013 r. o godz. 12.37).

Informacja o wniesieniu odwołania wraz z kopią odwołania została przesłana zamawiającemu w dniu 30.09.2013 r. (listem poleconym, drogą mailową).

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w dniu 19.08.2013 r. zamawiający zawiadomił na wskazanej w SIWZ stronie internetowej o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na ochronę obiektów Sądu Rejonowego w Wejherowie - oferty Licencjonowanej Agencji Detektywistycznej Ochrony Osób i Mienia „LIDER” mgr Bohdan S. (06-400 Ciechanów, ul. St. Wyspiańskiego 42/5).

Następnie w związku z tym, iż Wykonawca Licencjonowana Agencja Detektywistyczna Ochrony Osób i Mienia „LIDER” mgr Bohdan S. uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający skorzystał z uprawnienia na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy i wybrał ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych, tj. ofertę odwołującego. Powyższe ogłoszono na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 16.09.2013r. o godz. 11.33. Zgodnie z treścią zawiadomienia jak i SIWZ umowa w sprawie zamówienia publicznego miała zostać zawarta w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, o której to czynności odwołujący dowiedział się w dniu 16.09.2013 r.

Następnie pismem z dnia 26.09.2013 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego listem poleconym z prośbą o wskazanie terminu zawarcia umowy. Prośbę ponowiono pismem z dnia 30.09.2013 r. Tego samego dnia odwołujący powziął wiedzę w zakresie anulowania dokonanego w dniu 16.09.2013 r. wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu dotyczącym ochrony obiektów Sądu Rejonowego w Wejherowie i stwierdzeniu odmowy zawarcia umowy przez odwołującego oraz zapowiedzeniu ogłoszenia nowego postępowania. Zawiadomienie w tym przedmiocie opublikowano na stronie internetowej zamawiającego 25.09.2013 r. o godz. 12.37.

Odwołujący się nie mógł ustalić z treści opublikowanego ogłoszenia jakie były przyczyny anulowania jego oferty. Poza tym odwołujący nie składał żadnych oświadczeń o odmowie zawarcia umowy, odnośnie której w dniu 26.09.2013 r. zwrócił się o wskazanie terminu jej podpisania. Ponadto po ogłoszeniu zawiadomienia o wygraniu przetargu przez odwołującego - przedłożono stosowne dokumenty niezbędne do zawarcia umowy. Odwołujący podczas spotkania z Dyrektorem Sadu Rejonowego w Wejherowie w dniu 27.09.2013 r. również nie uzyskał uzasadnienia przyczyn anulowania jego oferty, nie doręczono mu także zawiadomienia w tym przedmiocie.

Zaskarżona czynność Zamawiającego, która jak wynika z treści ogłoszenia z 25.09.2013 r. miała rzekomo dotyczyć dotychczasowego, wadliwego sposobu wykonywania umowy (Odwołujący do dnia 30.09.2013 r. świadczył usługi z zakresu ochrony obiektów Sądu Rejonowego w Wejherowie), czemu odwołujący kategorycznie zaprzecza i nawet gdyby takie nieprawidłowości istniały - to nie mogłyby rzutować na realizację nowej umowy na okres kolejnego roku.

Mając na uwadze powyższe odwołujący stwierdził, że doszło do naruszenia art. 94 ust. 3 ustawy przez jego zastosowanie w sytuacji, gdy nie zaszły żadne okoliczności uzasadniające taką czynność. Nie doszło bowiem do uchylania się odwołującego od zawarcia umowy - wręcz przeciwnie - odwołujący zwrócił się z inicjatywą jej zawarcia i przedłożył stosowne dokumenty, nie doszło także do złożenia oświadczenia o odmowie zawarcia umowy przez odwołującego. W przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały przesłanki unieważnienia przetargu wymienione w art. 93 ust. 1 ustawy, a na które wskazuje art. 94 ust. 3 ustawy.

W przeciwnym razie zostałyby one ujęte w obu zawiadomieniach o wyborze najkorzystniejszej oferty - z dnia 19.08.2013 r. i 16.09.2013 r.

W dniu 12 października 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14 października 2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy z uwagi na to, że odwołujący wniósł odwołanie na inne czynności dokonane w postępowaniu przez

zamawiającego niż wynikające z katalogu wymienionych okoliczności wskazanych w art. 180 ust. 2 ustawy. Podniósł, że niniejsze postępowanie jest postępowaniem poniżej kwot określonych w art. 11 ust. 8 ustawy i w takim postępowaniu uczestnikom, którzy złożyli oferty po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej przysługuje odwołanie wyłącznie od czynności wykluczenia lub odrzucenia oferty odwołującego. W innym przypadku zastosowanie mają przepisy art. 181 ust. 1 ustawy. W związku z tym zachodzą przesłanki wymienione w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy. Poniósł, że nie doszło do odmowy przez odwołującego zawarcia umowy, gdyż odmowa dotyczyła wykonawcy pierwotnie wybranego. Wskazał, że art. 94 ust. 3 ustawy stwarza uprawnienie po stronie zamawiającego i zamawiający z tego uprawnienia nie skorzystał.

Do postępowania odwoławczego w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy nikt nie przystąpił.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje :

Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po dniu 29 stycznia 2010 r., to jest po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778 z późn. zm.), do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych w brzmieniu znowelizowanym i obecnie ustalonym jako tekst jednolity w 2013r. poz. 907).

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 i 6 w zw. z art. 182 ust. 3 pkt 2 Pzp.

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

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 3 pkt 2 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania.

Zamawiający nie ma ustawowego obowiązku przesyłania informacji o anulowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem brak jest podstaw do obliczania terminu na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy, jak wskazuje to odwołujący w uzasadnieniu swojego odwołania. Bezsporne jest, że odwołujący powziął wiadomość o anulowaniu przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej ze strony internetowej zamawiającego w dniu 26 września 2013r., a informacja ta została przez zamawiającego

zamieszczona na stronie w dniu 25 września 2013r. Zatem nawet gdyby przyjąć, że dopiero od 26 września 2013r. biegł odwołującemu termin na wniesienie odwołania, to wynikający z art. 182 ust. 3 pkt 2 ustawy termin 5 dniowy upływał w dniu 1 października 2013r. Odwołanie zaś do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w dniu 2 października 2013r.

Izba wskazuje, że po nowelizacji 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 Izby w terminie przewidzianym w ustawie. W przepisach ustawy po nowelizacji ustawy brak bowiem domniemania, że złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy ustawy 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). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie *„wniesienia odwołania”* z jego doręceniem. Z kolei dotrzymanie terminu wniesienia skargi na orzeczenie Izby przez złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego zostało wyraźnie w Pzp przewidziane (art. 198b ust. 2 zd. drugie ustawy), co prowadzi do wniosku, że ustawodawca zdawał sobie sprawę z konsekwencji takiej regulacji.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło do Prezesa KIO dnia 2 października 2013r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy.

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

Nadto Izba podziela stanowisko zamawiającego, że odwołanie podlega także odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeśli stwierdzi, że dotyczy ono czynności innych niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. W przedmiotowym postępowaniu nie jest okolicznością sporną, że postępowanie jest postępowaniem, którego wartość zamówienia jest niższa niż kwoty wynikające z art. 11 ust. 8 ustawy. Nadto jak wynika z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający nie wykluczył odwołującego z postępowania, ani nie odrzucił jego oferty. Nie doszło także w przedmiotowym postępowaniu do opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia, ani do zawarcia umowy, co ewentualnie dawałoby podstawę do rozważenia możliwości zastosowania art. 182 ust. 4 ustawy. Oznacza, to że odwołanie należało odrzucić, gdyż zostało wniesione na czynność zamawiającego, która nie

podlegała zaskarżeniu odwołaniem na podstawie ustawy. Izba zaś nie posiada kompetencji do oceny z urzędu prawidłowości czynności zamawiającego i pozostaje związana granicami podniesionych zarzutów. Z tego względu należało stwierdzić, że zarzut naruszenia art. 94 ust. 3 ustawy nie mieścił się w granicach art. 180 ust. 2 ustawy, co oznacza, że odwołanie podlegało odrzuceniu także w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 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).

Przewodniczący.....