

Sygn. akt: KIO 1713/13

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 23 lipca 2013 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 23 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lipca 2013 r. przez wykonawcę **BOG-MAR spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową w Bielsku-Białej** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Policji w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **A..... L..... – P.....**, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą **Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej „KALAHARI” w miejscowości Czajków**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

**1. odrzuca odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę BOG-MAR spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową w Bielsku-Białej i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BOG-MAR spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową w Bielsku-Białej 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 2010 r. 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

**Sygn. akt: KIO 1713/13**

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

Zamawiający, Komenda Główna Policji w Warszawie, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *produkcja i dostawa 40 000 szt. pól golfów*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 maja 2013 r., nr 2013/S 088-149779.

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Do upływu terminu składania ofert, ofertę złożył m.in. odwołujący jak również wykonawca A..... L..... – P....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej „KALAHARI” w miejscowości Czajków, zwana dalej „wykonawcą Kalahari”.

W dniu 28 czerwca 2013 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę BOG-MAR spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową w Bielsku-Białej, zwanego dalej „odwołującym”, o zaproszeniu go do udziału w aukcji elektronicznej. Poinformował, że do aukcji zostało zaproszonych 6 wykonawców.

Do aukcji elektronicznej, w tym samym dniu został zaproszony również wykonawca Kalahari.

W dniu 3 lipca 2013 r. odbyła się aukcja elektroniczna. Najkorzystniejsze postąpienie należało do wykonawcy Kalahari.

W dniu 4 lipca 2013 r. zamawiający przekazał odwołującemu zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Kalahari.

W dniu 14 lipca 2013 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- a) zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Kalahari, pomimo iż oferta ta jest ofertą nieważną, wskutek nieprawidłowości w podpisaniu formularza ofertowego,
- b) zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy Kalahari z udziału w postępowaniu pomimo niewykazania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej, jak również z powodu podania przez tego wykonawcę w ofercie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w dniu 19 lipca 2013 r. zgłosił przystąpienie w wykonawca A..... L..... – P....., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Wielkopolskie Centrum Odzieży Sportowej „KALAHARI” w miejscowości Czajków.

**Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem *Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną. Stosownie do przepisu art. 91a ust. 1 ustawy Pzp *jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu.* Z przepisu jednoznacznie wynika, że zamawiający obowiązany jest dokonać oceny ofert przed zaproszeniem wybranych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, w tym ustalić, czy złożone przez wykonawców oferty nie podlegają odrzuceniu (art. 89 ustawy Pzp), w tym również z tego powodu, że zostały złożone przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp). Zaproszenie określonych wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej oznacza, że zamawiający ustalił, że oferty tych wykonawców nie podlegają odrzuceniu, a wykonawcy nie podlegają wykluczeniu. Wystosowanie takiego zaproszenia jest równoznaczne z zakończeniem badania ofert i w ocenie Izby od dnia wystosowania zaproszenia należy liczyć bieg rozpoczęcia terminu na wnoszenie środków odwoławczych dotyczących zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty czy zaniechania wykluczenia innego niż odwołujący wykonawcy.

Izba potwierdza, że zamawiający zapraszając wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej nie ma obowiązku informowania ich o innych zaproszonych wykonawcach.

Przepis art. 91b ust. 2 ustawy Pzp, określający dane, które powinny znaleźć się w zaproszeniu, nie wskazuje na konieczność informowania o tym, którzy wykonawcy zostali również zaproszeni do udziału w aukcji.

Powyższe nie oznacza jednak, że działający z należytą starannością wykonawca nie może ustalić, który z jego konkurentów został również do aukcji elektronicznej zaproszony i kwestionować zaniechania wykluczenia go z udziału w postępowaniu, względnie zaniechania odrzucenia jego oferty. Po pierwsze, fakt wystosowania do wykonawcy zaproszenia jest jednocześnie jednoznacznie dla niego informacją, że zamawiający zakończył proces badania i oceny ofert i że pozytywnie zweryfikował co najmniej trzy oferty (arg. z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp). W zaproszeniu do aukcji zamawiający jednoznacznie poinformował odwołującego, że zaprosił do aukcji 6 wykonawców. Po drugie zaś, informacja o tym, którzy jeszcze wykonawcy zostali zakwalifikowani do wzięcia udziału w aukcji zawarta jest w dokumentacji postępowania, która jest jawna dla wykonawców i każdy z nich uprawniony jest do względu do niej w celu uzyskania wiedzy na temat pozostałych zaproszonych wykonawców. Dostrzeżenia wymaga, że w myśl art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawny. Natomiast zgodnie z treścią załącznika nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458), w przypadku protokołu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, w poz. 11 ujawnia się listę wykonawców wykluczonych, zaś w poz. 12 – listę odrzuconych ofert. Zatem, działający z należytą starannością wykonawca mógł złożyć wniosek o udostępnienie protokołu i w oparciu o jego treść z łatwością ustalić, którzy z jego konkurentów zostali zaproszeni do składania ofert. Będą to bowiem ci wykonawcy, którzy nie figurują w poz. 11 i których oferty nie zostały wskazane w poz. 12 protokołu.

Izba potwierdza, że w rozpatrywanym stanie faktycznym, kwestionowana przez odwołującego czynność zaniechania wykluczenia wykonawcy Kalahari z udziału w postępowaniu i zaniechania odrzucenia jego oferty a w konsekwencji zakwalifikowania go do udziału w aukcji elektronicznej jest czynnością, o której mowa w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. W takim przypadku odwołanie – zgodnie ze wskazanym przepisem – wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Jednocześnie w ocenie Izby błędny jest pogląd, iż w omawianej sytuacji termin do wniesienia odwołania należy liczyć według reguł wyznaczanych przez art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, pomimo że wykonawca miał on wcześniej możliwość powzięcia wiadomości o okolicznościach, które legły u podstaw złożonego odwołania.

Podobne stanowisko wyrażono w wielu orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej w tym m.in. w postanowieniach wydanych w sprawach o sygn. akt KIO 271/12, KIO 299/12,

KIO 610/12, KIO 2838/12. Podkreślenia wymaga, że powyższe stanowisko zostało potwierdzone w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2013 r. wydanej w sprawie o sygn. akt: III CZP 107/12 (dostępna na stronie internetowej [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)). Sąd Najwyższy rozstrzygając o kwestii wzajemnych zależności pomiędzy art. 182 ust. 3 i art. 182 ust. 1 ustawy Pzp wyraził pogląd, że *gdy zamawiający przed dniem uzyskania przez wykonawcę wiedzy o podjętych czynnościach lub dnia, w którym powinien taką wiedzę uzyskać, nie przesłał wykonawcy informacji o dokonanych czynnościach, termin do wniesienia odwołania wyznacza art. 182 ust. 3 p.z.p. Późniejsze przesłanie informacji zasadniczo nie będzie prowadziło do otwarcia terminu do wniesienia odwołania określonego w art. 182 ust. 1 p.z.p.*

Odwołujący zaproszenie do udziału w aukcji otrzymał w dniu 28 czerwca 2013 r. i - jak wyjaśniono wcześniej - był to dzień, w którym można było powziąć wiadomości o wszystkich okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Zatem wynikający z art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp dziesięciodniowy termin na wniesienie środka odwoławczego wobec zaniechania wykluczenia innych wykonawców i zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez innych wykonawców zaproszonych do udziału w aukcji upływał w dniu 8 lipca 2013 roku, zaś odwołanie wniesiono dopiero 14 lipca 2013 r. Przesłanie w dniu 4 lipca 2013 r. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej po przeprowadzonej aukcji elektronicznej nie doprowadziło do ponownego otwarcia terminu do wniesienia odwołania. Zawiadomienie to nie niosło ze sobą bowiem informacji o żadnych okolicznościach, istotnych z punktu widzenia sformułowanych zarzutów, co do których odwołujący nie mógł powziąć wiadomości już w dniu 28 czerwca 2013 r. W szczególności już w tym dniu, działając z należytą starannością, można było ustalić, że do aukcji – oprócz odwołującego - został zaproszony m.in. wykonawca Kalahari. Oznaczało to, że zamawiający uznał, że oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu, zaś wykonawca nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Otworzyło to odwołującemu możliwość kwestionowania zaniechania dokonania tych czynności w terminie określonym w art. 183 ust 3 pkt 1 ustawy Pzp, z której to możliwości odwołujący jednak nie skorzystał.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie które wpłynęło w dniu 14 lipca 2013 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp odwołanie odrzucono na posiedzeniu niejawnym.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:** .....