

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 21 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**  
**Członkowie: Agnieszka Bartczak – Żuraw**  
**Barbara Bettman**  
**Protokolant: Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 21 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o., ul. Legnicka 65, 54-205 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego: **Gminę Wrocław - Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, u. Długa 49, 59-633 Wrocław** protestu z dnia 12 marca 2010 r.

**orzeka:**

- 1. odrzuca odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. , ul. Legnicka 65, 54-205 Wrocław i nakazuje:**
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr.** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Zakład Sieci i Zasilania Sp. z o.o. , ul. Legnicka 65, 54-205 Wrocław,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Zakład Sieci i Zasilana Sp. z o.o., ul. Legnicka 65, 54-205 Wrocław** na rzecz **Gminy Wrocław - Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, u. Długa 49, 59-633 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr.** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakładu Sieci i Zasilania Sp. z o.o. , ul. Legnicka 65, 54-205 Wrocław.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Remont nawierzchni torowiska tramwajowego na Pl. Grunwaldzkim we Wrocławiu”, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 stycznia 2010 r. pod numerem 20643. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 3.197.712,89 zł, tj. 832.954,65 euro.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Kolejowe Zakłady Nawierzchniowe „Biezanów” Sp. z o.o. Odwołujący otrzymał w dniu 9 marca 2010 r. W związku z powyższym 12 marca 2010 r. złożył protest a następnie odwołanie na czynność zaniechania wykluczenia wykonawcy Kolejowe Zakłady Nawierzchniowe „Biezanów” Sp. z o.o. oraz zaniechania odrzucenia jego oferty w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy KZN „Biezanów” Sp. z o.o. podlegającej odrzuceniu jako nieodpowiadającej treści SIWZ,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień Publicznych poprzez niewykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy KZN „Biezanów” Sp. z o.o. pomimo niespełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,

3. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy KZN „Biechanów” Sp. z o.o., podczas gdy zdaniem Odwołującego to jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą,
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy KZN „Biechanów” podlegającej odrzuceniu jako nieodpowiadającej treści SIWZ, zawierającej błędy w obliczeniu ceny, nieważnej na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorstw, w szczególności zaoferowania realizacji przedmiotu zadania za kwotę niższą o ponad 40% od kosztorysu inwestorskiego oraz ponad 50% od wartości jakie oferują pozostali wykonawcy.

Odwołujący wniosk o:

1. nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy KZN „Biechanów” Sp. z o.o.,
2. nakazanie powtórnego dokonania czynności badania i oceny ofert,
3. nakazanie wykluczenia wykonawcy KZN „Biechanów” Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia jego oferty,
4. lub też nakazanie odrzucenia jego oferty ww. wykonawcy,
5. nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego i uznania jej jako najkorzystniejszej.

Zamawiający oddalił protest w dniu 23 marca 2010 r. nie zgadzając się z zarzutami Odwołującego, twierdząc, iż jego zdaniem wykonawca ten spełnił postawiony przez Zamawiającego warunek udziału, jego oferta jest zgodna z SIWZ i nie zawiera błędów w obliczeniu ceny.

Odwołanie (pismem z dnia 27 marca 2010 r.) zostało nadane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 29 marca 2010 r. w placówce pocztowej operatora publicznego (faksem w dniu 27 marca 2010 r.). Kopia niniejszego odwołania wpłynęła do Zamawiającego faksem w dniu 27 marca 2010 r.

**Na podstawie dokumentacji postępowania, treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń złożonych podczas posiedzenia skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu.**

Rozpatrując odwołanie na posiedzeniu niejawnym, na podstawie załączonych do akt dokumentów oraz oświadczeń stron, Izba ustaliła, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 184 ust. 1a ustawy Pzp.

Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 3.197.712,89 zł, tj. 832.954,65 euro, a więc poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, która w przedmiotowym postępowaniu wynosi 4.845.000 euro – zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795).

Zgodnie z art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

1. wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę,
2. opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia,
4. odrzucenia oferty.

Przy czym, co należy wyraźnie podkreślić punkt 3. i 4. powyższego przepisu dotyczy czynności już dokonanej – a więc wyłącznie odrzucenia oferty Odwołującego lub wykluczenia Odwołującego z postępowania. Powyższe stanowisko znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (postanowienie KIO z dnia 5 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1359/08)

W świetle przytoczonego przepisu możliwość wniesienia odwołania została ograniczona tylko do wskazanych w ustawie przypadków, a więc przypadków, których czynności Zamawiającego dotyczą bezpośrednio wykonawcy składającego odwołanie (tj. wykluczenia go z postępowania czy odrzucenia jego oferty), nie zaś innych wykonawców. Tym samym odwołanie nie przysługuje na zaniechanie odrzucenia oferty innego wykonawcy niż Odwołujący lub zaniechania wykluczenia innego wykonawcy niż Odwołujący (postanowienie KIO z dnia 21 stycznia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 39/09).

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie został wykluczony, a jego oferta nie została odrzucona, tym samym nie oprotestował on czynności wykluczenia go z postępowania ani odrzucenia jego oferty, lecz jedynie wybór oferty najkorzystniejszej, zaniechanie wykluczenia

oraz odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą. Taka sytuacja nie mieści się w katalogu zawartym w art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 187 w ust. 4 w pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie odrzuca się, jeżeli dotyczy innych czynności, niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem skład orzekający Izby zobowiązany jest odrzucić przedmiotowe odwołanie.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), w tym również co do uzasadnionych kosztów Zamawiającego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika.

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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....