

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 12 stycznia 2009 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek**

**Członkowie: Agata Mikołajczyk**

**Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 12 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Danuta Respondek Firma Wielobranżowa ZEBRA MAX (lider konsorcjum), 41-902 Bytom, ul. Siemianowicka 98, Seweryn Respondek Firma Wielobranżowa ZEBRA 2, 41-902 Bytom, ul. Siemianowicka 98** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Chorzów - Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie** protestu z dnia **15 stycznia 2009 r.**

przy udziale wykonawcy **Piotra Jelonka Zakład Wielobranżowy „DROMAX”, 41-933 Bytom, ul. Szymały 220/10** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Danuta Respondek Firma Wielobranżowa ZEBRA MAX (lider konsorcjum), 41-902 Bytom, ul. Siemianowicka 98, Seweryn Respondek Firma Wielobranżowa ZEBRA 2, 41-902 Bytom, ul. Siemianowicka 98** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Danuta Respondek Firma Wielobranżowa ZEBRA MAX (lider konsorcjum), 41-902 Bytom, ul. Siemianowicka 98, Seweryn Respondek Firma Wielobranżowa ZEBRA 2, 41-902 Bytom, ul. Siemianowicka 98,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Danuta Respondek Firma Wielobranżowa ZEBRA MAX (lider konsorcjum), 41-902 Bytom, ul. Siemianowicka 98, Seweryn Respondek Firma Wielobranżowa ZEBRA 2, 41-902 Bytom, ul. Siemianowicka 98** na rzecz **Gminy Chorzów - Miejski Zarząd Ulic i Mostów w Chorzowie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Danuta Respondek Firma Wielobranżowa ZEBRA MAX (lider konsorcjum), 41-902 Bytom, ul. Siemianowicka 98, Seweryn Respondek Firma Wielobranżowa ZEBRA 2, 41-902 Bytom, ul. Siemianowicka 98.**

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

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *bieżące utrzymanie oznakowania pionowego, urzędzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz realizacja stałych i tymczasowych zmian organizacji ruchu na terenie miasta Chorzowa* (numer referencyjny IR/ZP/5423/023\_m/000/08). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 listopada 2008 roku, nr 1 pozycja 334333 z 2008 roku.

Zamawiający w dniu 8 stycznia 2009 roku przekazał wykonawcom informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Danutę Respondek Firma Wielobranżowa ZEBRA MAX oraz Seweryna Respondek Firma Wielobranżowa ZEBRA 2, zwanych dalej konsorcjum Zebra. W dniu 15 stycznia 2009 roku protest do zamawiającego wniósł Piotr Jelonek Zakład

Wielobranżowy DROMAX i w tym samym dniu do postępowania protestacyjnego po stronie zamawiającego przystąpiło konsorcjum Zebra. 26 stycznia 2009 roku zamawiający przekazał informację o uwzględnieniu protestu, a 30 stycznia 2009 roku konsorcjum Zebra wniosło odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jego kopię Zamawiającemu w tym samym dniu. 09 lutego 2009r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił Piotr Jelonek Zakład Wielobranżowy DROMAX.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron, skład orzekający stwierdził, iż w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy zachodzi przesłanka do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm), zwanej dalej ustawą pzp.

W oparciu o dokumentację postępowania Izba ustaliła, iż odwołujący nie przystąpił skutecznie do postępowania prowadzonego na skutek wniesienia protestu przez Piotra Jelonka ZW DROMAX. Izba przyznała za udowodnioną okoliczność braku przekazania kopii przystąpienia wykonawcy wnoszącemu protest. Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, iż nie dysponuje dowodem przekazania kopii przystąpienia wykonawcy wnoszącemu protest i wniósł o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania osoby działającej w imieniu lidera konsorcjum, tj. Pani Danuty Respondek. Ponieważ odwołujący nie przedstawił na posiedzeniu dowodu przekazania kopii przystąpienia do protestu, a w dokumentacji postępowania znajduje się dowód wyłącznie na okoliczność zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu, na tej podstawie Izba uznała, iż wykonawca nie dopełnił czynności stanowiącej o skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania protestacyjnego, o której mowa w art. 181 ust. 5 ustawy pzp., tj. przekazania kopii wykonawcy wnoszącemu protest. Tym samym należało uznać, iż konsorcjum Zebra nie może być uznane – w rozumieniu ustawy pzp - za uczestnika postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, a zatem odwołanie nie zostało poprzedzone protestem i podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy pzp.

Izba nie przyznała racji zamawiającemu oraz uczestnikowi postępowania, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy pzp, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony. Zgodnie z art. 179 ust. 1 środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Konsorcjum Zebra jest wykonawcą w niniejszym postępowaniu i tym samym korzysta z legitymacji do wnoszenia protestów, czy też odwołań na czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Odwołanie wniesione

zostało w imieniu konsorcjum przez lidera konsorcjum, działającego na podstawie pełnomocnictwa członków konsorcjum z dnia 17 grudnia 2008 roku załączonego do oferty. Z treści pełnomocnictwa wynika umocowanie dla lidera konsorcjum obejmujące *wszelkie czynności prawne i faktyczne niezbędne do uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego, a w szczególności podpisanie i złożenie oferty, zawarcia umowy, wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianej przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych.* Ponieważ czynności, do których umocowany został pełnomocnik zostały wymienione tylko przykładowo, Izba uznała, iż zakres pełnomocnictwa obejmował również zgłoszenie przystąpienia do postępowań prowadzonych na skutek protestów innych wykonawców. Na tej podstawie Izba uznała, iż oświadczenie z dnia 15 stycznia 2009 roku (przystąpienie do postępowania protestacyjnego) przekazane zamawiającemu, złożone zostało w imieniu konsorcjum Zebra. Wskazują na to okoliczności, w jaki złożono oświadczenie. Wprawdzie z treści oświadczenia wynika, iż Firma Wielobranżowa „Zebra MAX” Danuta Respondek przyłącza się do postępowania, to jednak fakt, iż zostało ono złożone w toku konkretnego postępowania przez podmiot wskazany jako lider konsorcjum jest przesądzający dla uznania, że złożone zostało ono w imieniu wszystkich uczestników konsorcjum (art. 65 § 1 k.c.) i ta okoliczność nie może być podstawą do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy pzp.

Odnosnie zgłoszonego przez uczestnika postępowania i popartego przez zamawiającego wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy, Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zgodnie z przywołaną podstawą prawną, Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 184 ust. 1a ustawy pzp. Wartość przedmiotowego zamówienia oszacowana została przez zamawiającego na kwotę 1 278 688,53 zł, stanowiącej równoważność kwoty 329 805,40 euro, a dla robót budowlanych wartość, od której istnieje obowiązek przekazania ogłoszenia o zamówieniu do UOPWE wynosi 1.150.000 euro (dla zamawiających z sektora finansów publicznych).

W uzasadnieniu wniosku strony wskazywały, iż odwołanie nie dotyczy czynności odrzucenia lub wykluczenia odwołującego z postępowania, a w takiej sytuacji nie znajdzie zastosowania art. 184 ust. 1a ustawy pzp. Ponieważ rozstrzygnięcie protestu z dnia 15 stycznia 2009 roku nie dotyczyło, żadnej z czynności wskazanych w powołanym artykule, odwołanie winno podlegać odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy pzp.

Izba nie uznała tak przedstawionego stanowiska za słuszne.

Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wniesionego na czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, podlegającej w ocenie protestującego odrzuceniu, a wykonawca wykluczeniu z postępowania. Ponieważ zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione w proteście i dotyczące rażąco niskiej ceny i dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji oraz przesłanek wykluczenia konsorcjum Zebra z postępowania, od takiego rozstrzygnięcia protestu wykonawca wniósł odwołanie. Mając na uwadze zapisy art. 181 ust. 6 i 7 ustawy, odwołujący słusznie wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego. Okoliczności przyznane przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu skutkowały powtórzeniem czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzuceniem oferty odwołującego i wykluczeniem wykonawcy z postępowania, o czym zamawiający poinformował wykonawców pismem z dnia 26 stycznia 2009 r. Odwołującemu przysługiwało odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, które dotyczyło okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty odwołującego i wykluczeniem go z postępowania. Gdyby wykonawca ten nie wniósł odwołania to pozbawiłby się możliwości skutecznego skorzystania z środków ochrony prawnej wobec czynności podjętych przez zamawiającego zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu. Wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 art. 181 ustawy pzp nie mogą następnie wnieść protestu, powołując się na te same okoliczności. W obu przypadkach odwołanie podlegałoby odrzuceniu na podstawie art. 187 ust 4 pkt 5 lub 6 ustawy pzp.

Izba uznała, iż protest wprowadzie wniesiony został wobec czynności wyboru oferty odwołującego się, to jednak jego rozstrzygnięcie dotyczyło odrzucenia oferty odwołującego i wykluczenia go z postępowania. Należy zaznaczyć, iż protest dotyczył nie tylko dokonanej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ale również zaniechania dokonania czynności odrzucenia oferty odwołującego i wykluczenia go z postępowania. Art. 184 ust. 1a dotyczyć może zarówno czynności dokonanych, jak i zaniechanych przez zamawiającego, do których jest on zobowiązany, co miało miejsce w niniejszym stanie sprawy. Tym samym należało uznać, iż odwołanie wnoszone jest od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego czynności wskazanych w art. 184 ust. 1a ustawy pzp., tj. zaniechanej czynności odrzucenia oferty odwołującego i zaniechania wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886),

kosztami zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem), Izba obciążyła odwołującego.

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 późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*