

Sygn. akt KIO/UZP 935/09

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 30 lipca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Jolanta Markowska**

**Członkowie:** **Anna Majstrowicz**

**Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant:** **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 30 lipca 2009r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POL-OIL-CORPORATION Spółka z o.o., Stanisławowo, 05-180 Pomiechówek** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Koninie S.A., ul. Zakładowa 4, 62-510 Konin** protestu z dnia 12 czerwca 2009 r.

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża przez POL-OIL-CORPORATION Spółka z o.o., Stanisławowo, 05-180 Pomiechówek 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 **POL-OIL-CORPORATION Spółka z o.o., Stanisławowo, 05-180 Pomiechówek,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz przez **POL-OIL-CORPORATION Spółka z o.o., Stanisławowo, 05-180 Pomiechówek.**

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

Zamawiający Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Koninie S.A prowadzi postępowanie o udzieleniu zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na sukcesywną dostawę oleju napędowego do silników wysokoprężnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 63 - 091017 w dniu 1 kwietnia 2009 r.

Zamawiający w dniu 29 maja 2009 r. przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą złożył ORLEN PetroCentrum Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawców: Spółka Jawna T&J Tyrakowski, Jachnik z siedzibą w Kotlinie oraz POL-OIL-Corporation Sp. z o.o. w Stanisławowie, których oferty zostały uznane za odrzucone, a także o zatrzymaniu wadium wniesionego przez tych wykonawców.

W dniu 4 czerwca 2009 r. Spółka Jawna T&J Tyrakowski, Jachnik wniosła protest dotyczący wykluczenia protestującego wykonawcy, odrzucenia złożonej oferty oraz zatrzymania wadium. Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655

ze zmianami) zwanej dalej Pzp, poprzez zaniechanie wezwania protestującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, art. 25 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez żądanie zaświadczenia z KRK dotyczącego spółki jawnej jako podmiotu zbiorowego było nieuzasadnione i zbędne wobec złożenia zaświadczeń dotyczących wspólników oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz art. 46 ust. 4a Pzp poprzez zatrzymanie wadium, podczas gdy protestujący przesłał zamawiającemu dokumenty, do uzupełnienia których został wezwany.

W dniu 5 czerwca 2009 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

W dniu 12 czerwca 2009 r. (pismem z dnia 12 czerwca 2009 r.) do postępowania wszczętego na skutek wniesienia ww. protestu przystąpił wykonawca POL-OIL-Corporation Sp. z o.o. stwierdzając w przystąpieniu, iż protest jest zasadny „w sprawie naruszeń przepisów prawa przez zamawiającego, rozszerzając go o dodatkowe zarzuty złamania przepisów prawa przez zamawiającego, żądając powtórzenia oprotestowanej, skutkującego powtórzeniem oprotestowanej czynności, dokonania czynności bezprawnie zaniechanej bądź unieważnienia postępowania prowadzonego w sprzeczności z ustawą Prawo zamówień publicznych.” Przystępujący wykonawca podniósł w treści przystąpienia nowe zarzuty dotyczące niezasadnego wykluczenia przystępującego z postępowania z powodu braku dwóch stron bilansu za 2007 r., odrzucenia złożonej przez niego oferty i zatrzymania wadium wniesionego przez przystępującego. Przystępujący oświadczył, iż zarzuty podniesione przez Spółkę Jawną T&J Tyrakowski, Jachnik potwierdzają się również w stosunku do odwołującego tj. iż zamawiający bezprawnie wykluczył również odwołującego z postępowania, co skutkowało uznaniem jego oferty za odrzuconą oraz bezprawnie zatrzymał wadium.

Zamawiający pismem z dnia 16 czerwca 2009 r. przekazany wykonawcom w dniu 18 czerwca 2009 r. oddalił protest, w tym żądania protestującego Spółka Jawna T&J Tyrakowski, Jachnik oraz żądania przystępującego POL-OIL-Corporation Sp. z o.o., uznając zarzuty protestującego i przystępującego POL-OIL-Corporation Sp. z o.o. za niezasadne. Zamawiający stwierdził, że odrzuca „dodatkowe” zarzuty przystępującego do protestu z powodu nie złożenia przez wykonawcę własnego protestu na inne okoliczności niż złożone przez protestującego. Wyjaśnił, że przepis art. 181 ust. 7 Pzp stanowi, iż po otrzymaniu wezwania inni wykonawcy mogą tylko przystąpić do takiego postępowania lub złożyć własny protest, ale z powołaniem się na inne okoliczności, niż wcześniej protestujący wykonawca. W związku z tym przystąpienie do protestu w zakresie podnoszonym przez Spółkę Jawną T&J Tyrakowski, Jachnik nie wykluczyło możliwości wniesienia innych zarzutów we własnym proteście.

W dniu 25 czerwca 2009 r. wykonawca POL-OIL-Corporation Sp. z o.o. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa UZP. W odwołaniu odwołujący oświadczył, że podtrzymuje zarzuty wskazane w proteście i wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Spółki POL-OIL-CORPORATION Spółka z o.o. z postępowania i uznania oferty za odrzuconą, zatrzymania wadium, powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i obciążenie zamawiającego kosztami postępowania. W uzasadnieniu odwołania powtórzył zarzuty dotyczące podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty i zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego, które zostały przedstawione przez odwołującego w przystąpieniu z dnia 12 czerwca 2009 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że w niniejszym postępowaniu odwołujący wezwany przez zamawiającego do przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgodnie z art. 181 ust. 3 Pzp, zgłaszając w przystąpieniu do protestu nowe zarzuty, niezawarte w proteście, wniósł własny protest. Izba uznała, że protest poprzedzający odwołanie został wniesiony z uchybieniem terminu określonego w ustawie Prawo zamówień publicznych, co stanowi przesłankę odrzucenia odwołania określoną w art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp.

Protest wniesiony przez Spółkę Jawną T&J Tyrakowski, Jachnik dotyczy wykluczenia protestującego wykonawcy, odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz zatrzymania wadium wniesionego przez protestującego. W wyniku wezwania przez zamawiającego zgodnie z art. 181 ust. 3 Pzp odwołujący zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się na skutek wniesienia ww. protestu, podnosząc w przystąpieniu nowe zarzuty - dotyczące wykluczenia, ale odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego. Odwołujący stwierdził w przystąpieniu, iż zarzuty podniesione przez Spółkę Jawną T&J Tyrakowski Jachnik potwierdzają się również w stosunku do odwołującego. Korzystając zatem z możliwości przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, odwołujący rozszerzył zakres zarzutów zawartych w proteście wniesionym przez Spółkę Jawną T&J Tyrakowski Jachnik.

Protest ten nie dotyczył bowiem wykluczenia odwołującego z postępowania, odrzucenia oferty odwołującego oraz zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego.

Stosownie do art. 184 ust. 1 Pzp od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie (z zastrzeżeniem ust. 1a). Odwołanie może wnieść wykonawca, który wniósł protest, ale też wykonawca, który przystąpił do protestu wniesionego przez innego wykonawcę, określając w przystąpieniu swoje żądania co do zarzutów zawartych w proteście, stając się tym samym uczestnikiem postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Zgodnie z art. 181 ust. 5 Pzp wykonawca zgłasza przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i określając swoje żądanie w zakresie zarzutów zawartych w proteście. Powyższy przepis wskazuje zatem, że istotą przystąpienia do postępowania protestacyjnego jest poparcie lub opozycja w stosunku do zarzutów protestu przez innego wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis art. 181 ust. 4 Pzp wskazuje m.in. że uczestnikiem postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu stają się wykonawcy, którzy mają interes prawny w tym, aby protest został rozstrzygnięty na korzyść jednej ze stron. Celem instytucji przystąpienia do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu nie jest zatem zgłaszanie nowych zarzutów lecz zgłoszenie żądań wyłącznie w zakresie zarzutów podniesionych w proteście. Należy mieć przy tym na uwadze, iż zarzutu nie stanowi wyłącznie wskazanie naruszeń w zakresie przepisów ustawy Pzp. Zarzuty są to oświadczenia wykonawcy, w których wskazuje on na istnienie okoliczności, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Dlatego wskazanie innych okoliczności jako podstawy stwierdzenia naruszenia tego samego przepisu ustawy stanowi nowy zarzut. Z uwagi na powyższe, nie budzi żadnych wątpliwości Izby fakt, iż pomimo wskazania tych samych przepisów Pzp, jako naruszone przez zamawiającego w postępowaniu, poprzez odniesienie ich do innych okoliczności faktycznych, dotyczących innego wykonawcy i złożonej przez niego oferty, nastąpiło sformułowanie nowych (innych) zarzutów. Nie zmienia tego faktu również okoliczność, że sytuacja prawna obu wykonawców w postępowaniu jest podobna.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że odwołanie nie zostało wniesione od rozstrzygnięcia protestu wniesionego w dniu 4 czerwca 2009 r. przez wykonawcę, który zgodnie z art. 181 ust. 4 Pzp przystąpił do tego protestu,. Dokonane przez odwołującego w przystąpieniu do protestu rozszerzenie zakresu zarzutów protestu stanowi, w ocenie Izby, nowy protest - wniesiony samodzielnie przez tego wykonawcę. W toku posiedzenia odwołujący wyjaśnił, iż wnosząc przystąpienie do protestu wniesionego przez Spółkę Jawną T&J Tyrakowski, Jachnik miał na uwadze własną sytuację w postępowaniu, która była

bardzo zbliżona do sytuacji protestującego wykonawcy. Protest jest oświadczeniem woli, które bez względu na tytuł pisma powinno być odczytywane stosownie do treści w nim zawartej. Zgodnie z art. 180 ust. 8 Pzp protest powinien wskazywać oprotestowaną czynność lub zaniechanie zamawiającego, a także zawierać żądanie, związane przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu. Te wszystkie elementy posiada pismo wniesione przez odwołującego do zamawiającego w dniu 12 czerwca 2009 r. pomimo sformułowania zawartego w jego treści, iż stanowi ono przystąpienie do protestu wykonawcy Spółka Jawna T&J Tyrakowski Jachnik. Ponadto, z treści przystąpienia wynika, że odwołujący upatrywał istotę swojego przystąpienia do protestu Spółki Jawnej T&J Tyrakowski Jachnik nie w zgłoszeniu żądań w zakresie zarzutów podniesionych w proteście lecz raczej w zakresie wskazanych przez protestującego naruszeń przepisów prawa, odnosząc je do swojej sytuacji prawnej w przedmiotowym postępowaniu, jako bardzo zbliżonej do sytuacji protestującego.

W świetle powyższego Izba uznała, że odwołujący zgłaszając w dniu 12 czerwca 2009 r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Spółkę Jawną T&J Tyrakowski Jachnik, wniósł własny protest, formułując w nim zarzuty i żądania dotyczące własnego wykluczenia z postępowania, odrzucenia złożonej oferty i zatrzymania wadium. Odwołanie dotyczy rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez odwołującego jako „przystąpienie”. Należy podkreślić, że odwołanie nawet w najmniejszym zakresie nie odnosi się do zarzutów zawartych w proteście z dnia 4 czerwca 2009 r., a wyłącznie do zarzutów podniesionych przez odwołującego w przystąpieniu - wykraczających poza treść protestu.

Protest wniesiony przez odwołującego w dniu 12 czerwca 2009 r. jako „przystąpienie”, dotyczy czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz zatrzymania wadium, o których zamawiający poinformował wykonawców, w tym odwołującego, w dniu 29 maja 2009 r. Biorąc pod uwagę fakt, że odwołujący w dniu 29 maja 2009 r. powziął wiadomość o powyższych czynnościach, stanowiących podstawę do wniesienia protestu, dziesięciodniowy termin na wniesienie protestu, zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp, zważywszy, że wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od tzw. progów unijnych, upłynął w dniu 8 czerwca 2009 r. Odwołujący, zgłosił zarzuty dotyczące ww. czynności – wniósł protest dopiero w dniu 12 czerwca 2009 r., a zatem po upływie terminu na wniesienie protestu. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że protest poprzedzający odwołanie został wniesiony z uchybieniem ustawowego terminu.

W trakcie posiedzenia odwołujący podnosił, że skierowane w dniu 29 maja 2009 r. do zamawiającego pismo wyjaśniające okoliczności skutkujące nie złożeniem w ramach uzupełnienia dokumentów w dniu 21 maja 2009 r. potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. rachunków przepływów pieniężnych za rok 2007, w którym

odwołujący zgłosił żądanie o wycofanie stanowiska zamawiającego dotyczącego zatrzymania wadium z powołaniem na zapis w akt. 46 ust. 4a Pzp, podkreślając, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami..., chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie. W załączeniu odwołujący przesłał rachunek przepływów pieniężnych za rok 2007 i 2008. W ocenie Izby pismo powyższe nie może być uznane za protest poprzedzający niniejsze odwołanie, ponieważ byłoby to całkowicie sprzeczne z oświadczeniami odwołującego zawartymi w odwołaniu. Natomiast gdyby nawet przyjąć, że ww. pismo stanowi protest w zakresie zatrzymania wadium przez zamawiającego, to zgodnie z art. 184 ust. 2 Pzp dziesięciodniowy termin na wniesienie odwołania od rozstrzygnięcia (oddalenia) tego „protestu”, stosownie do brzmienia art. 183 ust. 2 i 3 Pzp, upłynął w dniu 18 czerwca 2009 r., wobec czego odwołanie należałoby uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu.

Z powyższych względów Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp i postanowiła, jak sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Koninie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....