

Sygn. akt: KIO/UZP 135/09

POSTANOWIENIE
z dnia 13 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

**Członkowie: Marek Koleśnikow
Luiza Łamejko**

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na posiedzeniu ~~rozprawie~~ w dniu ~~w dniach~~ 13 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**ALKOM**” **Firma Handlowo-Uslugowa Henryk Sienkiewicz, 61-249 Poznań, ul. Falista 6/1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Dróg Miejskich w Poznaniu, 61-623 Poznań, ul. Wilczak 16** protestu z dnia 22 stycznia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **PHSC Systemy Czyszczące Sp. z o.o., 61-492 Poznań, ul. Droga Dębińska 29** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża „ALKOM” Firma Handlowo-Uslugowa Henryk Sienkiewicz, 61-249 Poznań, ul. Falista 6/1

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 **„ALKOM” Firma Handlowo-Uslugowa Henryk Sienkiewicz, 61-249 Poznań, ul. Falista 6/1,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **2 926 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **„ALKOM” Firma Handlowo-Uslugowa Henryk Sienkiewicz, 61-249 Poznań, ul. Falista 6/1.**

Uzasadnienie

W dniu 28.11.2008 r. zamawiający, Zarząd Dróg Miejskich w Poznaniu zamieścił ogłoszenie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę monitorowania i usuwania zabrudzeń ścian zabezpieczonych powłoką antygrafitii na obiektach inżynierskich. Postępowanie prowadzono na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”. Szacunkową wartość zamówienia ustalono na kwotę stanowiącą równowartość 85 667,41 euro.

W dniu 30.12.2008 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszych ofert w postępowaniu, w tym oferty odwołującego, p. Henryka Sienkiewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: ALKOM Firma Handlowo-Uslugowa (ALKOM), w części A postępowania.

W dniu 06.01.2009 r. przystępujący do postępowania odwoławczego, PHSC Systemy Czystzące Sp. z o.o. (PHSC) złożył protest na zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia ALKOM z postępowania, pomimo złożenia przez odwołującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w zakresie potwierdzenia dysponowania wymaganą wiedzą i doświadczeniem oraz na dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, tj. naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. W proteście zażądano uchylenia czynności wyboru oferty ALKOM, wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania oraz dokonania ponownej oceny ofert i tym samym wyboru oferty PHSC jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący, ALKOM nie przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia ww. protestu pomimo otrzymania informacji i wezwania, które zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy

zamawiający w dniu 07.01.2009 r. skierował do wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Pismem z dnia 15.01.2009 r. zamawiający poinformował o uwzględnieniu ww. protestu w całości. Natomiast pismem z dnia 16.01.2009 r., zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zamawiający poinformował o wykluczeniu ALKOM z postępowania, powtórzeniu czynności oceny ofert oraz wyborze w części A oferty złożonej przez spółkę PHSC. Jako podstawę wykluczenia odwołującego, zamawiający wskazał, iż złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia, a tym samym nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym jako podstawę prawną wykluczenia powołano art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W dniu 22.01.2009 r. p. Henryk Sienkiewicz wniósł protest na ww. czynności zamawiającego, domagając się ich zmiany i zarzucając zamawiającemu poczynienie niezgodnych z rzeczywistością ustaleń faktycznych, a tym samym nieprawidłowe zastosowanie adekwatnych przepisów. Odwołujący w proteście stwierdził, iż nie przedłożył nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, co potwierdzają przedłożone przez niego w trakcie postępowania dokumenty.

W dniu 28.01.2009 r. zamawiający oddalił protest w całości, podtrzymując w uzasadnieniu rozstrzygnięcia wszystkie ustalenia i wnioski zawarte w informacji o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

W dniu 02.02.2009 r. ALKOM wniósł odwołanie od ww. oddalenia wnosząc i wywodząc jak w proteście.

Wobec powyższego stanu faktycznego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania oraz oświadczenia stron i przystępującego złożone na posiedzeniu, ustaliła i zważyła, co następuje.

Zgodnie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba z urzędu odrzuca odwołanie, jeżeli odwołanie wniesione przez wykonawcę wnoszącego protest lub wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 Pzp, dotyczy czynności, które Zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Potwierdzone w dokumentacji postępowania i bezsporne pomiędzy stronami są fakty:

- wniesienia w dniu 06.01.2009 r. przez PHCP protestu dotyczącego zaniechania wykluczenia ALKOM,
- przekazania w dniu 07.01.2009 r. odwołującemu informacji o wniesionym proteście, wraz z jego kopią i wezwaniem do przyłączenia się do toczącego się postępowania protestacyjnego zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy,
- braku przystąpienia do protestu przez ALKOM,
- ostatecznego, w rozumieniu art. 182 ust. 2 Pzp, rozstrzygnięcia protestu z dnia 06.01.2009 r.

Ponadto jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający wziął pod uwagę wskazywane w proteście okoliczności, podzielił argumentację PHCP wyrażoną w proteście, oraz przede wszystkim rozstrzygnął protest w pełni uwzględniając wszystkie jego żądania, tj. wykluczył ALKOM z postępowania, odrzucił jego ofertę i wybrał ofertę protestującego.

Nie budzi również wątpliwości i nie zostało kwestionowane przez strony w trakcie posiedzenia, iż protest wniesiony w dniu 22.01.2009 r. przez ALKOM, a w konsekwencji i przedmiotowe odwołanie dotyczą czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu spółki PHCP z dnia 06.01.2009.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż wyżej opisany stan faktyczny w pełni odpowiada hipotezie wyrażonej w art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp, i tym samym obliguje do zastosowania dyspozycji tego przepisu. Natomiast jego wykładnia, jako odnoszącego się do przedmiotowej sytuacji, jest w pełni uprawniona w świetle zasad koncentracji środków ochrony prawnej oraz przede wszystkim opiera się na wyraźnej i klarownej treści przepisu.

W związku z przytoczonymi zasadami oraz celami regulacji ustawowej, w świetle przepisów art. 181 ust. 6 oraz 187 ust. 4 pkt 6 Pzp uznać należy, iż wykonawca może kwestionować czynności zamawiającego będące wynikiem rozstrzygnięcia protestu, tylko w ramach postępowania protestacyjnego, w którym rozstrzygnięcie to zapadło. Tym samym odwołujący nie przystępując do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu z dnia 06.01.2009 r. stracił możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej dotyczących czynności będących wynikiem uwzględnienia tego protestu.

Na marginesie wskazać należy, iż w opinii składu orzekającego Izby, stanowisko, według którego norma zawarta w ww. przepisie dotyczy jedynie wykonawców, którzy przyłączyli się do postępowania protestacyjnego, nie zasługuje na uwzględnienie i jest nie do pogodzenia z literalnym brzmieniem przepisu. Ustawa wyraźnie rozróżnia pojęcie i instytucję wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (art. 181 ust. 3)

od przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu (art. 181 ust. 5). Treść art. 187 ust. 4 pkt 6 Pzp stanowi jedynie o wezwaniu wykonawcy do przyłączenia się do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu, nie wymagając skutecznego przyłączenia się do protestu, jako warunku odrzucenia odwołania.

W związku w powyższym, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....