

**POSTANOWENIE**  
z dnia 9 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Członkowie: Andrzej Niwicki**  
**Barbara Bettman**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **9 grudnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **TUXBEL Lärmschutzsysteme Sp. z o.o. Al. Solidarności 46, 61-696 Poznań** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań** protestu z dnia **3 listopada 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego \* .

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

---

**2. Kosztami postępowania obciąża TUXBEL Lärmschutzsysteme Sp. z o.o. Al. Solidarności 46, 61-696 Poznań i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **TUXBEL Lärmschutzsysteme Sp. z o.o. Al. Solidarności 46, 61-696 Poznań;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **1 500 zł 00 gr** (słownie: tysiąc pięćset złotych zero groszy ) przez **TUXBEL Lärmschutzsysteme Sp. z o.o. Al. Solidarności 46, 61-696 Poznań** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu ul. Siemiradzkiego 5a, 60-763 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 936 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **TUXBEL Lärmschutzsysteme Sp. z o.o. Al. Solidarności 46, 61-696 Poznań.**

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie projektu budowlanego i dobudowy ekranów akustycznych, montażu barier sprężystych przy ekranach w ciągu autostrady A2 na odcinku Konin- Koło w km 271+000 -285+000.

Ogłoszenie o postępowaniu ukazało się w dniu 12 września 2008 roku pod nr 216223.

W dniu 15.10.2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez TUXBEL Lärmschutzsysteme Sp. z o.o. (dalej TUXBEL).

Na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej protest złożyła w dniu 22.10.2008 roku EKONOVA Sp. z o.o. (dalej Ekonova), do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez spółkę EKONOVA przystąpił TUXBEL, domagając się oddalenia protestu.

Zamawiający w dniu 29.10.2008 roku protest uwzględnił i unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i 7 ustawy.

W dniu 3.11.2008 roku Tuxbel wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Jednocześnie pismem z dnia 3.11.2008 roku, przekazanym w dniu 5.11.2008 roku Zamawiającemu Tuxbel wniósł protest, w którym wskazał na identyczne zarzuty jak w treści odwołania tj. naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przejawiające się niezasadnym unieważnieniem czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a także odrzuceniem oferty TUXBEL choć oferta tej spółki spełniała wszystkie kryteria przedstawione w SIWZ oraz zgodnie z kryteriami oceny była ofertą najkorzystniejszą,
2. art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 1 i 2 ustawy, przejawiające się zaniechaniem wyjaśnienia kwestii udokumentowania przez Odwołującego wykonania zamówień zbliżonych do wskazanego postanowieniami SIWZ,
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 7 ustawy, przejawiające się przedwczesnym i bezpodstawnym unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w ustawowym terminie. W dniu 20.11.2008 roku Tuxbel wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując argumentację zawartą w proteście z dnia 3 listopada br.

**Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia oraz wyroku z dnia 28 listopada 2008 roku KIO/UZP/1279/08 a także biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron, złożone na posiedzeniu skład orzekający lzby zważył:**

W związku z tym, że protest w rozpatrywanej sprawie został złożony w dniu 5.11.2008 r., tj. po dacie wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający podjął rozstrzygnięcie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu aktualnie obowiązujący stan prawny.

Skład orzekający uznał, że odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 187 ust. 4 pkt 5 oraz 187 ust. 4 pkt 8 ustawy.

3

---

W trakcie posiedzenia ustalono, że w wyroku z dnia 28 listopada 2008 roku KIO/UZP/1279/08 skład orzekający lzby uwzględnił zarzuty Odwołującego polegające na niezasadnym wykluczeniu Odwołującego, odrzuceniu jego oferty, lzba „uznała za celowe nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, aby zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy”.

Ponieważ w rozpatrywanym odwołaniu Odwołujący powołuje się na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez lzbę w wyroku z dnia 28 listopada 2008 roku KIO/UZP/1279/08 wniesionym przez tego samego Odwołującego się w tym samym postępowaniu, to niewątpliwie zachodzi w stosunku do rozpatrzonych przez lzbę zarzutów res iudicta, co skutkuje pozostawieniem ich bez rozpoznania zgodnie z treścią art. 187 ust. 4 pkt 5 ustawy.

Nie zasługuje na uznanie argumentacja Odwołującego, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 jest zarzutem nowym, a zatem powinien być przedmiotem rozstrzygnięcia merytorycznego w przedmiotowym postępowaniu. Istotnie w rozstrzygnięciu protestu, złożonego przez Ekonova Sp. z o.o. z dnia 28 października 2008 roku Zamawiający, wskazując na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy podał błędną podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego, niemniej jednak z treści uzasadnienia wynika, że podstawą decyzji Zamawiającego był brak wykazania wymaganego doświadczenia. Krajowa lzba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 listopada 2008 roku, wskazała, że okoliczność iż Zamawiający, rozpatrując doświadczenie Odwołującego w efekcie odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 2 ustawy, podczas gdy Ekonova prawidłowo, jako podstawę wykluczenia wskazała art. 24 ust.1 pkt 10 ustawy, pozostaje bez związku z podanym uzasadnieniem, odnoszącym się do braku doświadczenia. ( strona 10 wyroku z dnia 28 listopada 2008 roku, Sygn. akt KIO/ UZP/1279/08) .

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, co do którego Izba w dniu 28.11.2008 roku, stwierdziła, że „konsekwencją przyjęcia przez skład orzekający Izby, że unieważnienie postępowania w rozstrzygnięciu protestu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy było w niniejszym postępowaniu nową czynnością zamawiającego, od której nie przysługuje prawo złożenia odwołania lecz odrębnie najpierw protestu, a następnie odwołanie, jest pozostawienie bez rozpoznania zarzutu odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego wskazanego przepisu”. W zakresie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, skład orzekający Izby zważył, że:  
Przedmiotem rozpatrywanego zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość, zgodnie z protokołem ZP-2 i wyjaśnieniami Zamawiającego wynosi 9 510 000 zł co

4

---

zgodnie ze średnim kursem wynoszącym 3,8771, obowiązującym na podstawie rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych ( Dz. U. z dnia 27 grudnia 2007 r. Nr 241, poz. 1763) stanowi 2 452 864,25 euro, zatem nie przekracza równowartości 5 150 00 euro, Zgodnie z treścią art. 184 ust. 1a ustawy, który znajduje zastosowanie do rozpoznania przedmiotowego odwołania, odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przysługuje w przypadku postępowań o wartości mniejszej niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisy sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty.

Biorąc pod uwagę, że wartość zamówienia, będącego robotą budowlaną jest mniejsza niż kwota określona w § 1 ust. 1 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 grudnia 2007 roku w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ( Dz. U. nr 241, poz. 1762) oraz fakt, że zarzut Odwołującego sprowadza się do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy tj. dotyczy unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, a zatem odnosi się do innych niż wymienione w art. 184 ust. 1 a ustawy czynności, zachodzi przesłanka określona w art. 187 ust. 4 pkt 8 ustawy, skutkująca odrzuceniem odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 1 500,00 zł stosownie do nakładów pracy, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 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. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

5

---

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:**

.....

.....

