

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 19 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Przemysław Dzierzędzki

**Członkowie:** Anna Chudzik

Magdalena Grabarczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym, bez udziału stron dnia 19 listopada 2010 r. w Warszawie:

A) odwołania wniesionego w dniu 04 listopada 2010 r. przez **Przedsiębiorstwo Usługowe „Hetman” sp. z o.o., ul. AL. Krakowska 110/114, 00-971 Warszawa**

od czynności zamawiającego, którym jest **Zarząd Oczyszczania Miasta, Al. Jerozolimskie 11/10, 00-508 Warszawa,**

przy udziale **Polsuper sp. z o.o., ul. Krakowskie Przedmieście 4/6, 00-333 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale **AG-Complex sp. z o.o., ul. Marywilska 44, 03-042 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

B) odwołania wniesionego w dniu 04 listopada 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Usługowe „Hetman” sp. z o.o., ul. AL. Krakowska 110/114, 00-971 Warszawa oraz Fagus sp. z o.o., ul. Al. Krakowska 110/114, 00-971 Warszawa**

od czynności zamawiającego, którym jest **Zarząd Oczyszczania Miasta, Al. Jerozolimskie 11/10, 00-508 Warszawa,**

przy udziale **Polsuper sp. z o.o., ul. Krakowskie Przedmieście 4/6, 00-333 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale **AG-Complex sp. z o.o., ul. Marywilska 44, 03-042 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. zwraca odwołania;
2. nakazuje dokonać zwrotu kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Usługowego „Hetman” sp. z o.o., ul. AL. Krakowska 110/114, 00-971 Warszawa.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Izby do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zarząd Oczyszczania Miasta, Al. Jerozolimskie 11/10, 00-508 Warszawa – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) zwanej dalej "ustawą Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „pielęgnacja zieleni niskiej i utrzymanie czystości wzdłuż tras komunikacyjnych miasta st. Warszawy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 sierpnia 2010 r. pod numerem 2010/S 164-252346.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:**

W dniu 04 listopada 2010 r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej oznaczone jako odwołanie pismo z dnia 4 listopada 2010 r., którego nadawcą było Przedsiębiorstwo Usługowe „Hetman” sp. z o.o., ul. AL. Krakowska 110/114, 00-971 Warszawa. Do pisma tego został dołączony dowód uiszczenia wpisu w kwocie 15.000 zł.

Z treści przywoływanego pisma wynika, że nadawca reprezentuje interesy Przedsiębiorstwa Usługowego „Hetman” sp. z o.o., który samodzielnie złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na część VI i VII oraz interesy wykonawców wspólnie ubiegających tj. Przedsiębiorstwa Usługowego „Hetman” sp. z o.o. oraz Fagus sp. z o.o., którzy złożyli w tym samym postępowaniu ofertę wspólną na części I, IV i V zamówienia.

Pismem z dnia 9 listopada 2010 r. skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 187 ust. 7 w zw. z art. 187 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 13 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) wezwał Przedsiębiorstwo Usługowe „Hetman” sp. z o.o., ul. AL. Krakowska 110/114, 00-971 Warszawa do przesłania w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania:

- 1) pisma zawierającego uzupełnienie braków formalnych poprzez wskazanie od którego odwołania został uiszczony wpis (odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Usługowe „HETMAN” sp. z o.o., działającą jako odwołujący czy też odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Usługowe „HETMAN” sp. z o.o., działającą jako pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia „HETMAN” sp. z o.o., oraz FAGUS sp. z o.o.),
- 2) dowodu uiszczenia wpisu od drugiego odwołania.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przedsiębiorstwo Usługowe „HETMAN” sp. z o.o. w Warszawie doręczył pismo z dnia 12 listopada 2010 r. w którym poinformował, że wpis w wysokości 15.000 zł został uiszczony od odwołania wniesionego przez P.U. Hetman sp. z o.o. na czynności zamawiającego odrzucenia oferty P.U. Hetman sp. z o.o., występującego jako wykonawca samodzielnie ubiegający się o zamówienie oraz jako wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie w konsorcjum z innym wykonawcą – firmą Fagus sp. z o.o. P.U. Hetman sp. z o.o. nie załączył do ww. pisma dowodu uiszczenia wpisu od drugiego odwołania.

**Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne należy zważyć, co następuje:**

Oceniając treść pisma z dnia 04 listopada 2010 r., w pierwszej kolejności Izba zważyła, że pomimo złożenia fizycznie jednego pisma, zostały wniesione w sensie prawnym dwa odwołania. Izba wskazuje, że odwołanie od czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przysługuje wykonawcy, a nie różnym wykonawcom odrębnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Powyższe ograniczenie wynika wprost z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej określone w dziale VI ustawy Pzp przysługują „wykonawcy”. Od zasady tej istnieje jeden wyjątek, dotyczący wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, do których stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące „wykonawcy” w myśl art. 23 ust. 3 ustawy Pzp. Tymczasem Przedsiębiorstwo Usługowe „Hetman” sp. z o.o. oraz konsorcjum wykonawców tj. Przedsiębiorstwo Usługowe „Hetman” sp. z o.o. i oraz Fagus sp. z o.o. nie ubiegają się wspólnie o udzielenie zamówienia, albowiem złożyli odrębne oferty w niniejszym postępowaniu na różne części zamówienia, a więc brak było podstaw do stwierdzenia że zachodzi przypadek, o którym mowa w art. 23 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z treścią art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, na etapie po upływie terminu składania ofert, status „wykonawcy” przysługuje osobie fizycznej, osobie prawnej albo jednostce organizacyjnej nie posiadającej

osobowości prawnej, która „złożyła ofertę”. Zatem fakt złożenia odrębnych ofert przez ww. podmioty skutkuje traktowaniem ich jako odrębnych wykonawców.

Po drugie, o tym czy zostało złożone jedno czy dwa odwołania, nie decyduje forma pisma (fakt wniesienia jednego pisma), lecz jego treść. W niniejszej sprawie istotnym było bowiem to, że wbrew stanowisku P.U. Hetman sp. z o.o. ww. piśmie zakwestionowane zostały dwie czynności zamawiającego polegające na odrzuceniu ofert dwóch podmiotów, a ponadto czynności odrzucenia ofert dotyczyły różnych części postępowania. Powyższa okoliczność wynikała wprost z pkt 3.1 i 3.2 pisma Zamawiającego, zawierającego rozstrzygnięcie postępowania z dnia 25.10.2010 r., którym Zamawiający odrębnie odrzucił oferty złożone przez oba podmioty. Okoliczność iż uzasadnienie faktyczne obu decyzji zamawiającego o odrzuceniu dwóch ofert jest identyczne, nie mogło zmienić tej kwalifikacji. Ponadto Izba wskazuje w tym miejscu, że w sytuacji gdy jeden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść innego wykonawcy wnoszącego odwołanie, ma prawo do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie tego wykonawcy w trybie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Konsekwencją stwierdzenia przez Izbę, że pismem z dnia 4 listopada 2010 r. zostały wniesione dwa odwołania, zaś w myśl art. 187 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie podlega rozpoznaniu jeśli nie zawiera braków formalnych i uiszczono wpis, było ustalenie że każde z odwołań wniesionych przez podmioty odrębnie ubiegające się o udzielenie zamówienia powinno być opłacone wpisem w wysokości 15.000 zł, a więc łącznie 30.000 zł.

Izba podziela stanowisko Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, który wyraził pogląd, zgodnie z którym *„na równi z przypadkiem nie wniesienia wpisu w ogóle należy rozpatrywać sytuacje, w których wpis został uiszczony, ale z uchybieniem przewidzianego prawem terminu do jego wniesienia oraz sytuacje, w których wpis został uiszczony w niepełnej wysokości. W okolicznościach niniejszej sprawy mamy do czynienia z analogiczną sytuacją, w której ze względu na wniesienie dwóch odwołań jednym pismem i brak informacji o tym, którego odwołania dotyczy uiszczony jeden wpis, wniesiona kwota w istocie nie odpowiadała wymaganej wysokości wpisu od dwóch odwołań.”* (Wyrok WSA w Warszawie z dnia 7 maja 2009 r., sygn. akt V SA/Wa 3121/08, LEX nr 533143).

Stosownie do brzmienia art. 187 ust. 7 w zw. z art. 187 ust. 3 w zw. z § 13 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2010 r. Nr 48, poz. 280), w przypadku gdy odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych w tym nieuiszczenia wpisu, skład orzekający Izby wzywa odwołującego do poprawienia lub uzupełnienia odwołania oraz złożenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni pod rygorem zwrotu odwołania.

Ponieważ wniesiona tytułem wpisu kwota 15.000 zł nie odpowiadała wymaganej wysokości wpisu od dwóch odwołań, pismem z dnia 9 listopada 2010 r. skład orzekający Izby, w oparciu o przywoływane wyżej przepisy, wezwał Przedsiębiorstwo Usługowe „Hetman” sp. z o.o., do przesłania w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania dowodu uiszczenia wpisu od drugiego odwołania. Ponadto, ponieważ w treści pisma z dnia 4 listopada 2010 r. nie wskazano od którego z odwołań został uiszczony wpis, Izba działając na tej samej podstawie prawnej wezwała Przedsiębiorstwo Usługowe „HETMAN” sp. z o.o., do usunięcia braków formalnych poprzez wskazanie, od którego odwołania został uiszczony wpis.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 w zw. z 187 ust. 7 Pzp, Przedsiębiorstwo Usługowe „HETMAN” sp. z o.o. zostało pouczone, że w przypadku nieusunięcia braków formalnych odwołania lub niedołączenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od doręczenia wezwania, odwołanie zostanie zwrócone.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przedsiębiorstwo Usługowe Hetman sp. z o.o. złożył pismo z dnia 12 listopada 2010 r. w którym nie wskazał, od którego z odwołań został uiszczony wpis. Nie został także złożony dowód uiszczenia wpisu od drugiego odwołania.

Analiza pisma z dnia 12 listopada 2010 r. przesłanego w wyniku odpowiedzi na wezwanie Izby prowadzi do wniosku, iż Przedsiębiorstwo Usługowe „Hetman” sp. z o.o., w wymaganym terminie nie uzupełnił braków formalnych odwołań. Wykonawca ten nie przedłożył bowiem Izbie dowodu uiszczenia wpisu od drugiego odwołania, co skutkuje jego zwrotem. Nie wskazał także, pomimo wezwania przez Izbę, które z wniesionych przez niego odwołań zostało opłacone wpisem, podtrzymując stanowisko, iż jego zdaniem zostało złożone jedno odwołanie. Nieusunięcie tego braku formalnego skutkuje niemożliwością nadania biegu żadnemu z odwołań. Brak było podstaw do samodzielnego decydowania przez Izbę za wnoszącego odwołania, które z wniesionych odwołań zostało opłacone.

Nieuiszczenie wpisu do dnia upływu terminu do wniesienia odwołania oraz nieuzupełnienie dowodu uiszczenia wpisu, a także nieusunięcie braków formalnych odwołania w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania skutkuje – zgodnie z treścią art. 187 ust. 7 w zw. z art. 187 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych – zwrotem wniesionego odwołania w drodze postanowienia Izby.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 z uwzględnieniem postanowień § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238) nakazując zwrot na rzecz wnoszącego wpis kwoty 15 000 zł 00 gr, uiszczonej tytułem wpisu.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....