

**Sygn. akt: KIO 2926/13**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 8 stycznia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 8 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zarząd Komunikacji Miejskiej w Elblągu Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu,

]

przy udziale Warbus S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej Sp. z o.o. z siedzibą w

Elblągu na rzecz Zarząd Komunikacji Miejskiej w Elblągu Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Elblągu.

## **Uzasadnienie**

Zamawiający, Powiat Gnieźnieński w Gnieźnie, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług publicznego transportu zbiorowego w zakresie komunikacji miejskiej na terenie Gminy Miasto Elbląg i gmin sąsiadujących.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE Nr S 157-274382 z dnia 14 sierpnia 2013 roku.

W dniu 20 grudnia 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Elblągu sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu oraz Przedsiębiorstwo Komunikacji Autobusowej Sp. z o.o. z siedzibą w Elblągu (zwani dalej „Konsorcjum PKS”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem zaniechania przez zamawiającego wykluczenia Warbus S.A. w Warszawie (dalej „Warbus”) z udziału w postępowaniu – w zakresie części (pakietu) nr 2 zamówienia.

**Uwzględniając treść akt sprawy odwoławczej, w tym dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania wyrażone w pismach procesowych, Izba ustaliła, co następuje.**

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

W dniu 1 października 2013 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym wyborze oferty Konsorcjum PKS jako najkorzystniejszej w części nr 2 zamówienia, a ofertę Warbus uznano za ważną i sklasyfikowano ją na drugim miejscu.

W wyniku odwołania Warbus dotyczącego ww. czynności, Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 17 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2362/13) nakazała powtórzenie badania i oceny ofert oraz wykluczenie Konsorcjum PKS z udziału w postępowaniu.

Konsorcjum PKS zaskarżyło ww. wyrok Izby, a Sąd Okręgowy w Elblągu postanowieniem z dnia 19 grudnia 2013 r. (sygn. akt I Ca 308/13) skargę odrzucił.

Wykonując ww. wyrok Izby zamawiający w dniu 29 października 2013 r. dokonał wykluczenia Konsorcjum PKS z udziału w postępowaniu oraz wyboru oferty Warbus jako najkorzystniejszej w części nr 2 zamówienia.

W dniu 12 listopada 2013 r. zamawiający poinformował o przeprowadzeniu ponownego badania i oceny ofert, unieważnieniu wyboru oferty Warbus i wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania (w części nr 2) w związku z brakiem przesłania pisemnych wersji faksowanych uprzednio zamawiającemu uzupełnień i wyjaśnień (odpowiedni w dniu 24 i 30 września 2013 r.) dotyczących potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także o unieważnieniu postępowania. Przy uzasadnianiu tej czynności nie informowano o przywracaniu Konsorcjum PKS do postępowania i jego ponownym wykluczaniu, ale odesłano w tym zakresie do zawiadomienia z dnia 29 października 2013 r.

W wyniku odwołania Warbus dotyczącego ww. czynności, Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia z dnia 3 grudnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 2689/13) nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, powtórzenie badania i oceny ofert i unieważnienie czynności wykluczenia Warbus z postępowania.

Wykonując ww. wyrok Izby zamawiający w dniu 9 grudnia 2013 r. zawiadomił (faksem) wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania w części nr 2 zamówienia, ponownym badaniu i ocenie oferty oraz przywróceniu Warbus do postępowania i wyborze oferty Warbus jako najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał przy tym, że oferta Konsorcjum PKS została odrzucona w dniu 29 października 2013 r.

Względem ww. czynności zamawiającego, w dniu 20 grudnia 2013 r. (vide: prezentata wpływu w aktach sprawy) Konsorcjum PKS wniosło odwołanie, którego dotyczy niniejsze postanowienie.

W odwołaniu tym Konsorcjum PKS domagało się wykluczenia Warbus w związku z faktem, że uzupełniane w trakcie postępowania przez Warbud dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

### **Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Natomiast według art. 189 ust. 2 pkt 3

ustawy, Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Przy czym zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Odwołanie zostało wniesione po upływie 10-dniowego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, liczonym względem czynności zamawiającego, której odwołanie dotyczy. Informację o tej czynności przekazano odwołującemu w dniu 9 grudnia 2013 r. (dowód: potwierdzenie dostarczenia faksu w dokumentacji postępowania; przyznanie w treści odwołania), natomiast odwołanie wniesiono w dniu 20 grudnia 2013 r. (dowód: prezentata w aktach Izby), a więc w jedenastym dniu od zawiadomienia o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania. Przy czym ostatni dzień na wniesienie odwołania, tj. 19 grudnia 2013 r., nie był dniem świątecznym.

Tym samym, do odwołania z urzędu zastosowanie znalazł powołany przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Na marginesie, odnośnie wywodów przystępującego poczynionych w piśmie procesowym z dnia 23 grudnia 2013 r., Izba wskazuje, że w świetle aktualnie obowiązujących przepisów, resztki zasady koncentracji środków ochrony prawnej ostały się jedynie w zakresie odwołań dotyczących czynności innych, niż określone w ust. 1 i 2 art. 182 Pzp (*vide*: art. 182 ust. 3 ustawy). Natomiast przedmiotowe postępowanie dotyczyło zwykłej czynności zamawiającego, o której informowano w sposób, o którym mowa w art. 182 ust. 1 Pzp i od jej dokonania należało obliczać termin w ww. przepisie wskazany.

Ponadto odwołujący został skutecznie wykluczony z postępowania (w zakresie części 2 zamówienia) na jego wcześniejszych etapach, w wyniku wykonania prawomocnego już w dniu wnoszenia przedmiotowego odwołania, wyroku Izby (sygn. akt: KIO 2362/13). Konsorcjum PKS nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia i zamówienia tego nie może uzyskać.

W związku z powyższym należało uznać odwołującego za podmiot, o którym mowa w przywołanym wyżej art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy i odwołanie na tej podstawie odrzucić.

Na marginesie Izba wskazuje, iż wykonawca nie legitymuje się również materialnoprawnym uprawnieniem do wnoszenia środków ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp (*Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy*).

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238). Koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego sporządzającego odpowiedź na odwołanie, zasądzono na podstawie faktury VAT załączonej do tej odpowiedzi.