

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 4 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 4 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 czerwca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AVR Sp. z o.o. w Krakowie oraz AVR S.p.A. w Rzymie (Włochy) w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Nowy Sącz

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SITA Małopolska Sp. z o.o. w Krakowie, Nova Sp. z o.o. w Nowym Sączu oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. w Tylmanowej zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AVR Sp. z o.o. w Krakowie oraz AVR S.p.A. w Rzymie (Włochy) i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AVR Sp. z o.o. w Krakowie oraz AVR S.p.A. w Rzymie (Włochy) tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Nowym Sączu.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Nowy Sącz - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta Nowego Sącza oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 marca 2013 r., pod numerem 2013/S 059-097802.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

10 czerwca 2013 r. zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SITA Małopolska Sp. z o.o. w Krakowie, Nova Sp. z o.o. w Nowym Sączu oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. w Tylmanowej, dalej jako: „Konsorcjum SITA Małopolska”.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia AVR Sp. z o.o. w Krakowie oraz AVR S.p.A. w Rzymie wnieśli odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 20 czerwca 2012 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust 1 ustawy przez naruszenie zasad równego i uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- art. 7 ust 3 ustawy przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy;
- art. 24 ust 2 pkt 1 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum SITA Małopolska z uwagi na fakt, iż jak wynika z dokumentacji postępowania wchodzący w skład konsorcjum wykonawca Nova sp z o.o. wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania;
- art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum SITA Małopolska, z uwagi na fakt, iż Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL sp. z o.o. złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie oświadczenia o którym mowa w art. 25 ust 2 d ustawy;
- art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum SITA Małopolska, jako wykluczonego z postępowania;
- art. 93 ust 1 pkt 1 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, iż nie

zostały złożone żadne oferty niepodlegające odrzuceniu;

a z ostrożności procesowej:

- art. 26 ust 3 w związku z art. 26 ust 2d ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum SITA Małopolska do uzupełnienia podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej dotyczącego wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL sp. z o.o..

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum SITA Małopolska;
- wykluczenia z postępowania Konsorcjum SITA Małopolska;
- odrzucenia oferty Konsorcjum SITA Małopolska;
- unieważnienia postępowania.

Konsorcjum SITA Małopolska zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego zachowując przesłanki wskazane w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania art. 189 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

10 czerwca 2013 r. został wydany wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1231/13, którym Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie Konsorcjum SITA Małopolska i nakazała wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AVR Sp. z o.o. w Krakowie oraz AVR S.p.A. w Rzymie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz odrzucenie oferty tych wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. W postępowaniu nie zostały złożone inne oferty.

Zamawiający wykonał wyrok Izby, wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez przystępującego – jedyną ofertę pozostałą w postępowaniu.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

W postanowieniu z 19 marca 2012 r. sygn. akt IX Ga 39/12 (niepubl.) Sąd Okręgowy w Lublinie wskazał, że w pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza winna ocenić, czy odwołanie zostało wniesione przez podmiot do tego uprawniony.

Izba zważyła, że odwołujący nie kwestionuje czynności wykluczenia go z postępowania. Czynność wykluczenia wywiera zatem skutki prawne, które – wobec nie wniesienia skargi do Sądu Okręgowego na wyrok Izby z 10 czerwca 2013 r. - mają charakter nieodwracalny. Odwołujący nie jest już uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, zatem odwołanie jako wniesione

przez podmiot nieuprawniony podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Prezentowana wykładnia przywołanego przepisu, mającego zastosowanie nie tylko do złożenia odwołania przez niewłaściwie umocowanego pełnomocnika odwołującego, ale również do okoliczności, w których podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej nie może uczestniczyć w postępowaniu odwoławczym, gdyż sam jest podmiotem do tego nieuprawnionym, została podniesiona w doktrynie (vide: J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV).

Pogląd, iż niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, który został skutecznie wykluczony z udziału w postępowaniu, a tym samym utracił status uczestnika tego postępowania, znalazł również potwierdzenie w postanowieniu Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie z dnia 9 października 2008r. sygn. akt IV Ca 521/08 (*niepubl.*). W uzasadnieniu tego postanowienia Sąd Okręgowy stwierdził, że odwołanie wniesione przez taki podmiot podlega odrzuceniu, jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Analogiczny pogląd wywiedziony został także w postanowieniu Izby z dnia 18 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1176/09) oraz z dnia 5 kwietnia 2011 r., (sygn. akt: KIO 842/11, KIO 844/11), w których Izba za nieuprawniony uznała podmiot, któremu nie służy przymiot wykonawcy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia, na którym zostaje złożony środek ochrony prawnej.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

Orzeczenie zapadło w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie Pzp.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:** .....