

Sygn. akt: KIO/UZP 937/10

POSTANOWIENIE
z dnia 27 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska- Romek

Członkowie: Anna Chudzik

Emil Kawa

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 27 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **AKL- Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. Motyl i wspólnicy Sp. j., 20-011 Lublin, ul. Piłsudskiego 22** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie, 20-718 Lublin, ul. Kraśnicka 25** protestu z dnia 25 kwietnia 2010 r.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża AKL- Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. Motyl i wspólnicy Sp. j., 20-011 Lublin, ul. Piłsudskiego 22 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **AKL- Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. Motyl i wspólnicy Sp. j., 20-011 Lublin, ul. Piłsudskiego 22.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8.044 zł 00 gr** (słownie osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **AKL- Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. Motyl i wspólnicy Sp. j., 20-011 Lublin, ul. Piłsudskiego 22** na rzecz

Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie, 20-718 Lublin, ul. Kraśnicka 25 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **AKL- Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. Motyl i wspólnicy Sp. j., 20-011 Lublin, ul. Piłsudskiego 22.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Zarząd Transportu Miejskiego w Lublinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Świadczenie usługi przewozu regularnego w ramach lokalnego transportu zbiorowego na liniach autobusowych w komunikacji miejskiej w łącznej ilości OK. 3 090 280 WZKM - umowa na okres 4 lat.*”. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „ustawa Pzp”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 12 września 2009 r. pod poz. 2009/S 176-253946).

Odwołujący – Autobusowe Konsorcjum Lubelskie A. Motyl i wspólnicy Sp. j. w Lublinie, wniósł protest (pismo z dnia 25 kwietnia 2010 roku) a następnie odwołanie (pismo z dnia 15 maja 2010 roku, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dnia 17 maja 2010 roku) na czynności zamawiającego polegające na:

1. wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu,
2. unieważnieniu postępowania.

Wskazał, że wyrokiem z dnia 25 marca 2010 roku Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązała zamawiającego do dokonania ponownego badania i oceny ofert, jednak zarówno z sentencji jak i uzasadnienia orzeczenia nie wynika nakaz wykluczenia odwołującego z postępowania. We wskazanym wyroku Izba odniosła się do wyłączenia do dokumentów uzupełnionych w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie badała natomiast kwestii poprawności referencji załączonych do oferty. Odwołujący wskazał, że ponowne badanie i ocena ofert oznacza konieczność zbadania od początku całej oferty i jeśli w wyniku tej oceny zamawiający doszedłby do wniosku, że treść oferty potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu może odstąpić od czynności wezwania do uzupełnienia. Odwołujący wskazał, że dokonując ponownej oceny oferty zamawiający winien wziąć pod uwagę wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2010 roku, zapadły w niemal identycznej sprawie w tożsamym stanie faktycznym.

W ocenie odwołującego przepis art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp nie ma zastosowania, bo wykluczenie odwołującego oraz unieważnienie postępowania są czynnościami nowymi, które nie zostały wykonane w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu, ponieważ konieczność ich dokonania nie wynika z wyroku KIO.

Odwołujący wskazał także, iż wcześniej nie miał interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, ponieważ jego oferta była najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego.
3. nakazanie dokonania powtórnej oceny ofert w sposób zgodny z wyrokiem KIO z dnia 25 marca zapadłym w przedmiotowej sprawie
4. wybór oferty odwołującego.

Zamawiający protest odrzucił, powołując się na art. 180 ust. 7 w związku z art. 181 ust. 6 i 7 ustawy Pzp i wskazując, że wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku jego wniesienia. Wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany nie mogą następnie wnieść protestu powołując się na te same okoliczności.

Zamawiający wskazał, że odwołujący został wezwany do udziału w postępowaniu odwoławczym wywołanym wniesieniem odwołania przez Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o., jednak nie był jego uczestnikiem. Zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (wyrok z dnia 25 marca 2010 roku), zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o czynnościach nowych i powtórzonych, a także przekazał zawiadomienie o wyniku postępowania, unieważniając je na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W treści złożonego odwołania odwołujący wdaje się w polemikę i podważa treść prawomocnego wyroku KIO z dnia 25 marca 2010 roku Sygn. 250/10.

Ponadto, zamawiający wskazał, że odwołujący nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołania. Odwołujący nie wykazał żadnych przesłanek uzasadniających unieważnienie odrzucenia jego oferty i unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. Odwołujący nie spełnia wymagań określonych w siwz, co potwierdził skład orzekający w wyroku z dnia 25 marca 2010 roku.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także oświadczenia i stanowiska stron złożone do protokołu posiedzenia, skład orzekający Izby ustalił i zważyła, co następuje:

Wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Wyrokiem z dnia 25 marca 2010 roku Sygn. akt KIO/UZP 250/10, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. (dalej DLA Sp. z o.o.) i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert. Podstawą złożonego przez DLA Sp. z o.o. protestu i odwołania była czynność wyboru oferty Autobusowego Konsorcjum Lubelskiego A. Motyl i wspólnicy Sp. j., który to wykonawca, zdaniem DLA Sp. z o.o., winien zostać wykluczony udziału w postępowaniu. W odwołaniu DLA wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru AKL A. Motyl i wspólnicy Sp. j jako najkorzystniejszej;
2. dokonanie czynności ponownego badania i oceny złożonych ofert;
3. wykluczenie z postępowania AKL A. Motyl i wspólnicy Sp. j oraz odrzucenie jego oferty;
4. dokonanie wyboru oferty złożonej przez DLA Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej

Izba ustaliła, że odwołujący – AKL A. Motyl i wspólnicy Sp. j został wezwany do udziału w postępowaniu odwoławczym wywołanym wniesieniem odwołania przez DLA Sp. z o.o., jednak nie był uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Zamawiający, wykonując wyrok KIO z dnia 25 marca 2010 roku, pismem z dnia 16 kwietnia 2010 roku, poinformował o:

1. unieważnieniu czynności wyboru oferty AKL A. Motyl i wspólnicy Sp. j.
2. ponownym badaniu i ocenie ofert
3. podtrzymaniu stanowiska z zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 13 stycznia 2010 roku, polegającego na wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o

udzielenie zamówienia: Warbus Sp. z o.o., Usługi Przewozowe IREX Ireneusz Koziół oraz Meteor Sp. z o.o.

4. wykluczeniu AKL A. Motyl i wspólnicy Sp. j – zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 25 marca 2010 roku z uwagi na to, że wykonawca nie spełnia warunku doświadczenia w zakresie wykazania wozokilometrów oraz nie przedłożył na tę okoliczność stosownych dokumentów, jak i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, w tym również w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.
5. braku konieczności wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykazu autobusów – załącznik nr 6 i 3 do siwz, z uwagi na to, że AKL A. Motyl i wspólnicy Sp. j. zgodnie z wyrokiem KIO podlega wykluczeniu.
6. dokonaniu zmiany druku ZP – 12- zbiorczego zestawienia ofert.
7. skierowania pisma do kierownika zamawiającego o podwyższenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia lub unieważnienie postępowania.
8. unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, że cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 187 ust. 4 pkt 6 w związku art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, z uwagi na okoliczność, że odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę wezwanego zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy i dotyczy czynności, które zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Zdaniem Izby, wyrokiem z dnia 25 marca 2010 roku Sygn. akt KIO/UZP 250/10, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie, uznała żądania zgłoszone w odwołaniu za zasadne, w tym m.in. żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty AKL A. Motyl i wspólnicy Sp. j. jako najkorzystniejszej; nakazanie wykluczenia z postępowania AKL A. Motyl i wspólnicy Sp. j oraz odrzucenie jego oferty i nakazanie ponownego badania i oceny ofert. Jednocześnie w uzasadnieniu orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza wprost stwierdziła, że *„wykonawca Autobusowe Konsorcjum Lubelskie nie spełniał warunku doświadczenia w zakresie wykazania wozokilometrów oraz nie przedłożył na tę okoliczność stosowanych dokumentów, jak i dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia, w tym również w ramach dodatkowej możliwości przedłożenia tych dokumentów w trybie uzupełnienia realizowanego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym wykonawca Autobusowe Konsorcjum Lubelskie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na*

podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp”. (strona 12 uzasadnienia wyroku z dnia 25 marca 2010 roku).

W ocenie Izby, czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu jest czynnością wykonaną zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu wniesionym przez DLA Sp. z o.o. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że Izba rozpoznając odwołanie nie wzięła pod uwagę dokumentów złożonych w ofercie i ograniczyła się jedynie do oceny dokumentów złożonych w wyniku uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Skład orzekający Izby, rozpoznając odwołanie Sygn. akt KIO/UZP 250/10, dopuścił w sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w tym także dowód z oferty złożonej przez AKL A. Motyl i wspólnicy Sp. j. - wykazu wykonanych usług i referencji i stwierdziła cyt. „ z treści przedłożonych dokumentów w żaden sposób nie wynika jak była, a tym samym, czy mieściła się w zakresie 350 000 wozokilometrów rocznie wykonywana usługa. Tak z wykazu realizowanych usług, jak i z pozostałych dokumentach, w tym przede wszystkim z przywoływanego w toku rozprawy przez zamawiającego, rozkładu jazdy, nie można wywnioskować, ile wozokilometrów w ciągu roku dany wykonawca świadcząc wykazywane usługi wykonał”.

Odwołujący, przez zaniechanie zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wywołanego wniesieniem odwołania przez DLA Sp. z o.o. utracił możliwość kwestionowania niekorzystnego dla siebie rozstrzygnięcia, w drodze skargi do sądu okręgowego.

Kwestionowanie na obecnym etapie postępowania czynności zamawiającego, wykonanych zgodnie z ostatecznym i prawomocnym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę, który został wezwany do udziału w postępowaniu odwoławczym jest niedopuszczalne i stanowi próbę przywrócenia terminu do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut zgłoszony przez odwołującego dotyczący nieważności czynności podjętych w postępowaniu jako dokonanych przez osobę nieuprawnioną. Zarzut ten nie został podniesiony w proteście zatem nie może być przedmiotem rozpoznania przez Izbę na tym etapie postępowania z uwagi na brzmienie przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, który uprawnia Izbę do rozpoznania zarzutów wyłącznie zawartych w proteście. Ponadto Izba wskazuje, że okoliczność podejmowania czynności w imieniu zamawiającego – Zarządu Transportu Miejskiego w Lublinie przez pana Lecha P. była znana odwołującemu od początku trwania procedury o zamówienie publiczne zatem zarzut ten jest spóźniony na tym etapie postępowania.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 zm.).

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 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*