

Sygn. akt: KIO 1185/12

POSTANOWIENIE
z dnia 19 czerwca 2012 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z bez udziału stron, w Warszawie, w dniu 19 czerwca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2012 r. przez wykonawcę NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu przy ulicy Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz w postępowaniu prowadzonym przez Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego z siedzibą w Szczecinie przy ulicy Korsarzy 34, 70-540 Szczecin

przy udziale wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. a siedzibą w Bydgoszczy przy ulicy Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu przy ulicy Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu przy ulicy Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1185/12

Uzasadnienie

Zamawiający Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego z siedzibą w Szczecinie przy ulicy Korsarzy 34, 70-540 Szczecin przeprowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. *Wykonanie i dostawa 2 sztuk dwuczłonowych spalinowych zespołów trakcyjnych.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, 14 marca 2012 roku pod pozycją 2012/S 51-082888.

8 czerwca 2012 roku wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby odwołanie wykonawcy NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu przy ulicy Wyspiańskiego 3, 33-300 Nowy Sącz. Podstawą wniesienia odwołania był ponowny wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, wobec stwierdzenia przez Zamawiającego, iż Odwołujący, którego oferta została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza, odmawia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 94 ust. 3 przez dokonanie ponownego wyboru oferty pomimo braku zaistnienia przesłanki odmowy podpisania umowy przez wybranego oferenta. Narusza to interes Odwołującego, ponieważ pozbawia Odwołującego możliwości zawarcia umowy, pomimo wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Wniósł o unieważnienie czynności ponownego wyboru oferty, ewentualnie o unieważnienie postępowania - a to na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”),.

Uwzględniając dokumentację postępowania, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła:

W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w punkcie XVIII *Informacja o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty, w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego* Zamawiający zawarł następujące wymaganie:

2. *Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, przed podpisaniem umowy przedłoży Zamawiającemu:*

1) *dokumenty dotyczące homologacji na terenie Niemiec, tj:*

a) *dokument potwierdzający uzyskanie świadectwa homologacji oferowanych szynobusów bądź*

b) *plan udokumentowania homologacji przygotowany zgodnie z wytycznymi przepisu VVIBG (Verwaltungs Vorschrift Inbetriebnahme Genemigung – Załącznik nr 3) podpisany przez rzeczoznawców z listy EBA (Eisenbahn-Bundesamt) w zakresie homologowania pojazdów na terenie Niemiec.*

2) (...)

3. *Jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert, bez przeprowadzania ich ponownej oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1 ustawy PZP.*

4. *Za okoliczność równoznaczną sytuacji opisanej w poprzednim pkt uznaje się nie przedstawienie w terminie określonym przez Zamawiającego jednego z dokumentów, o jakich stanowi pkt 2.1) niniejszego rozdziału.*

W Załączniku nr 5 do SIWZ zostały również określone dokumenty jakie Wykonawca ma obowiązek złożyć Zamawiającemu przed podpisaniem umowy.

Zamawiający pismem z 10 maja 2012 roku przesłał zawiadomienie o wyniku postępowania, informując, że do realizacji zamówienia wybrał ofertę Odwołującego.

Zamawiający pismem z 11 maja 2012 roku wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Odwołujący w piśmie z 23 maja 2012 roku oświadczył Zamawiającemu, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego (wezwanie do złożenia dokumentów) iż przewidziane przepisami SIWZ przedłożenie planu homologacji jest w chwili obecnej niemożliwe z przyczyn o charakterze obiektywnym.

Pismem z 29 maja 2012 roku Zamawiający poinformował wykonawców o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty. W uzasadnieniu wskazał, że dokonał wyboru oferty na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy, ponieważ Odwołujący nie złożył wymaganych w SIWZ dokumentów.

W dniu 8 czerwca Odwołujący złożył odwołanie. Odwołujący twierdził, że podstawą wniesienia odwołania jest ponowny wybór najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, wobec stwierdzenia przez Zamawiającego, iż Odwołujący, którego oferta została pierwotnie wybrana jako najkorzystniejsza, odmawia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Argumentował, że co prawda w SIWZ w pkt XVIII Zamawiający zawarł wymóg, aby przed podpisaniem Umowy wykonawca dostarczył Zamawiającemu potwierdzenie uzyskania przez oferowane pojazdy homologacji na terenie Niemiec, bądź też plan udokumentowania homologacji zgodnie z wytycznymi przepisu WIBG, jednak od grudnia 2011r., w związku ze zmianą obowiązujących uregulowań prawnych, brak jest w Niemczech przepisów umożliwiających przeprowadzenie badań i uzyskanie homologacji dopuszczającej do eksploatacji pojazdy pasażerskie. W konsekwencji zdaniem Odwołującego, zawarte w pkt. XVIII.2 SIWZ wymagania są niemożliwe do spełnienia dla Odwołującego z przyczyn o charakterze prawnym. Równocześnie przyznał, że mogą istnieć podmioty, które dokumenty homologacyjne posiadają (uzyskały homologację na terenie Niemiec lub sporządziły plan badań najpóźniej w grudniu 2011r., a zatem pod rządami WIBG).

Pismem z 13 czerwca 2012 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wnosi Zamawiający o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy a w przypadku stwierdzenia braku podstaw do odrzucenia odwołania Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał również, że żądanie Odwołującego w zakresie unieważnienia postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ Odwołujący nie ma interesu w żądaniu unieważnienia postępowania bowiem unieważnienie procedury nie prowadzi do uzyskania zamówienia.

Izba zważyła:

Przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Wskazać należy, że pomimo iż Odwołujący powołuje się na czynność Zamawiającego ponownego wyboru oferty w postępowaniu, odwołanie *de facto* dotyczy postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Nie jest sporne, że Zamawiający określił w SIWZ wymóg złożenia przed podpisaniem umowy określonych dokumentów. Izba zgadza się z Zamawiającym, że zarzuty podnoszone w odwołaniu tylko pozornie dotyczą czynności wykonywanych na aktualnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, w rzeczywistości są to zarzuty kwestionujące postanowienia SIWZ. Odwołujący w odwołaniu polemizuje z wymogiem, który został określony w SIWZ od dnia jej opublikowania. Zgodnie z art. 182 ust.2 pkt 1 ustawy odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na stronie internetowej. Tym samym termin na złożenie odwołania co do ukształtowanego wymagania w punkcie XVIII SIWZ i Załącznikach do SIWZ upłynął 24 marca 2012 roku. Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej.

Odwołujący na wezwanie Zamawiającego (określające dokumenty, jakie ma złożyć wykonawca oraz datę w jakiej ma je złożyć) nie złożył dokumentów określonych w SIWZ czego skutkiem była niemożliwość zawarcia umowy, co jednoznacznie było określone w postanowieniu SIWZ w punkcie XVIII SIWZ ppkt 3 i 4. Zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz ustawą Prawo zamówień publicznych Zamawiający obowiązany był do zastosowania art. 94 ust.3 ustawy, który stanowi, że *Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1.* Uwzględniając cel prowadzenia postępowania tj. udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający, nie dokonując ponownego badania i oceny ofert, wybiera ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert. Tym samym Zamawiający ogłaszając nowy wynik postępowania (tj. wybór oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert), dokonuje czynności technicznej niepoprzedzonej kolejnym badaniem i oceną ofert.

W ocenie Izby w takiej sytuacji, jak w niniejszym postępowaniu, akceptacja powoływania się przez Odwołującego na okoliczność, że podstawą wniesienia odwołania jest czynność wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania

ich ponownego badania i oceny prowadziłyby do obejścia przepisów o terminach do wnoszenia środków ochrony prawnej. Warto zaznaczyć również, że nawet gdyby dopuścić możliwość złożenia odwołania w takiej sytuacji, odwołanie też zostałoby złożone z uchybieniem ustawowego terminu liczonego od dnia upublicznienia przez Zamawiającego pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej. Zasada koncentracji wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej, wymaga aby wszystkie możliwe zarzuty były podnoszone w zasadzie po ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. (przykład: Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 22 maja 2012 roku sygn. akt KIO 970/12; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 9 lutego 2011 roku sygn. akt KIO 157/11; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 27 kwietnia 2011 roku sygn. akt KIO 792/11; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 20 czerwca 2011 roku sygn. akt KIO 1237/11; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 11 czerwca 2012 roku sygn. akt KIO 1114/12). Odwołujący na etapie ogłoszenia pierwotnego wyniku postępowania wiedział, że nie będzie mógł złożyć wymaganych przez SIWZ dokumentów, co wynika zarówno z pisma z 23 maja 2012 roku jakie złożył Zamawiającemu oraz treści odwołania, co dodatkowo potwierdza, że odwołanie oparte jest na zarzutach dotyczących postanowień SIWZ. Izba stwierdza, że Odwołujący, podnosząc na obecnym etapie zarzuty, które powinien był podnosić w terminie, który biegł od dnia opublikowania SIWZ, nie może spowodować przywrócenia terminu do wnoszenia środków ochrony prawnej. Czynność Zamawiającego, w związku z którą Odwołującego uznano za uchylającego się od podpisania umowy, nastąpiła automatycznie, po zajściu zdarzenia, zapowiedzianego w SIWZ. Przepisy uniemożliwiające obecnie uzyskanie przez Odwołującego dokumentów oczekiwanych w SIWZ zaktualizowały się jeszcze przed jej publikacją, zatem Odwołujący nie może się powoływać na fakt, że zmiany przepisów nastąpiły w trakcie postępowania. Zresztą, podkreślić należy, że sam Odwołujący w odwołaniu nie podnosi, że posiadanie dokumentów wymaganych przez Zamawiającego nie jest możliwe, ale jedynie, że obecnie nie może ich uzyskać. Odwołujący powinien wykazać troskę w tym zakresie na etapie możliwości kwestionowania postanowień SIWZ, a nie dopiero wówczas, gdy już zaistniały zdarzenia, niekorzystne dla Odwołującego, a przewidziane w SIWZ. Izba niejednokrotnie odrzucała odwołania złożone z uchybieniem terminu na wniesienie odwołania z uwagi na to, że odwołujący konstruowali po wyborze oferty zarzuty dotyczące postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (przykładowo: Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 8 maja 2012 roku sygn. akt KIO 854/12).

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania -
na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

.....

.....

.....