

POSTANOWIENIE
z dnia 9 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Członkowie: Aneta Mlącka
Izabela Kuciak

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu **4 sierpnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunt Augusta 11 (lider), 2) Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „MIŃSK MAZOWIECKI” Spółka Akcyjna, 05-300 Mińsk Mazowiecki, ul. gen. K. Sosnkowskiego** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego: **Województwo Mazowieckie, 03-719 Warszawa, ul. Jagiellońska 26** protestu z dnia 24 czerwca 2010 r.

przy udziale **Stadler Bussnang AG, 9565 Bussnang (Szwajcaria), Industriestrasse 4,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunt Augusta 11 (lider), 2) Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „MIŃSK MAZOWIECKI” Spółka Akcyjna, 05-300 Mińsk Mazowiecki, ul. gen. K. Sosnkowskiego i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunt Augusta 11 (lider), 2) Zakłady Naprawcze Taboru**

Kolejowego „MIŃSK MAZOWIECKI” Spółka Akcyjna, 05-300 Mińsk Mazowiecki, ul. gen. K. Sosnkowskiego,

- 2) 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 **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunt Augusta 11 (lider), 2) Zakłady Naprawcze Taboru Kolejowego „MIŃSK MAZOWIECKI” Spółka Akcyjna, 05-300 Mińsk Mazowiecki, ul. gen. K. Sosnkowskiego.**

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

Zamawiający – Województwo Mazowieckie – prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa 20. sztuk nowych czterocłonowych elektrycznych zespołów trakcyjnych (zwanych w skrócie potocznie „EZT”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane 21 kwietnia 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2009/S 76-109578.

24 czerwca 2010 r. Odwołujący – konsorcjum w składzie: 1) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S. A. z Bydgoszczy (lider), 2) ZNTK „MIŃSK MAZOWIECKI” S.A. z Mińska Mazowieckiego (zwane dalej „Konsorcjum PESA”) wniósł protest wobec następujących czynności Zamawiającego: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum PESA jako najkorzystniejszej, wykluczenia Konsorcjum PESA z postępowania i odrzucenia jego oferty, powtórzenia badania i oceny ofert, wyboru jako najkorzystniejszej oferty Stadler Bussnang AG z Bussnang w Szwajcarii oraz unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia – zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 146, art. 24 ust. 1 pkt 10, ust. 2 pkt 2 i ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 26 ust. 3, art. 85 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 w zw. z ust. 5, art. 93 ust. 1 pkt 4 – oraz wnosząc o unieważnienie tych czynności Zamawiającego albo o unieważnienie tych czynności wraz z ponownym przeprowadzeniem badania i oceny ofert, poprzedzonym wezwaniem Konsorcjum PESA do przedłożenia bezterminowego świadectwa eksploatacyjnego w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Zdaniem Odwołującego czynności podjęte przez Zamawiającego nie mają podstawy prawnej, ani też uzasadnienia systemowego i funkcjonalnego w ramach zamówień publicznych.

Sygn. akt KIO/UZP 1584/10

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu skutecznie zgłosił przystąpienie Stadler Bussnang z Bussnang w Szwajcarii (zwany dalej w skrócie „Stadler” lub „Przystępującym”).

5 lipca 2010 r. Zamawiający poinformował o oddaleniu protestu, wskazując, iż przy dokonywaniu oprotestowanych czynności zobowiązany był wykonać wyrok Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 26 lutego 2010 r. (sygn. akt IV Ca 1176/09), w którym Sąd zmienił zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1147/09) w ten sposób, że nakazał Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnego badania i oceny ofert oraz wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty. Natomiast unieważnienie postępowania podyktowane było aktualną sytuacją finansową Zamawiającego uniemożliwiającą zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

Z powyższym nie zgodził się Odwołujący, wnosząc 15 lipca 2010 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania podniesione w proteście.

4 sierpnia 2010 r. przed otwarciem posiedzenia Przystępujący skutecznie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu Zamawiający złożył wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 6 pzp, a Przystępujący poparł ten wniosek.

Na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania oraz dokumentów znajdujących się w aktach sprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 16 czerwca 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o podjęciu następujących czynności: wykluczeniu Konsorcjum PESA i odrzuceniu jego oferty, wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Stadler, oraz unieważnieniu postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp – w wykonaniu orzeczenia Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 26 lutego 2010 r.

W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Przepis art. 187 ust. 4 pzp zawiera enumeratywne wyliczenie przesłanek stanowiących podstawę odrzucenia odwołania, których zaistnienie w danej sprawie Izba zobowiązana jest wziąć pod uwagę z urzędu (art. 187 ust. 6 pzp). Jedną z podstaw odrzucenia odwołania jest okoliczność wniesienia odwołania dotyczącego czynności, które

Sygn. akt KIO/UZP 1584/10

zamawiający dokonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (art. 187 ust. 4 pkt 6 pzp.).

Izba stwierdziła w niniejszej sprawie zaistnienie przedmiotowej przesłanki.

Izba zważyła, iż 9 lipca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, Przystępujący wniósł protest wobec przedmiotowej czynności, którego ostatecznego rozstrzygnięcia dokonała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 września 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1147/09), zmienionego w wyniku skargi złożonej przez Przystępującego wyrokiem Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie z dnia 26 lutego 2010 r. (sygn. akt IV Ca 1176/09). Sąd Okręgowy w sentencji wyroku wprost nakazał: unieważnienie wyboru oferty Odwołującego, wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz powtórzenie badania i oceny ofert.

Sąd Okręgowy stwierdził m.in., że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje dotyczące swojego doświadczenia w produkcji EZT o parametrach wymaganych przez Zamawiającego, które miały niewątpliwą wpływ na wynik postępowania, wobec wyboru oferty Odwołującego. Z tego względu Sąd Okręgowy nakazał unieważnienie tej czynności, wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz dokonanie powtórnego badania i oceny złożonych ofert.

Zamawiający wypełnił dyspozycję wynikającą z sentencji przedmiotowego wyroku i zawiadomił o dokonanych w wykonaniu tego wyroku czynnościach (pismo z dnia 16 czerwca 2010 r.).

Izba stwierdziła, iż należy uznać, iż Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania z powodu okoliczności, które zostały stwierdzone przez Sąd Okręgowy w powoływanym wyroku. Wobec tego dalsze kwestionowanie czynności Zamawiającego przez Odwołującego nie znajduje uzasadnienia, czemu dał wyraz ustawodawca w przepisie art. 187 ust. 4 pkt 6 pzp. Ustawodawca stanął bowiem na stanowisku, iż co do zasady wszystkie czynności Zamawiającego podlegają kontroli w trybie środków ochrony prawnej, z wyłączeniem tych, które zostały dokonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

Wobec niespornej okoliczności, iż nakaz unieważnienia wyboru oferty Odwołującego oraz nakaz wykluczenia Odwołującego wynikają z prawomocnego orzeczenia sądowego, Izba nie znajduje żadnych podstaw do merytorycznego rozpatrzenia zarzutów protestu i odwołania dotyczących tych czynności, opartych na wskazaniu, iż wyrok ten jest błędny, nieprawidłowy, naruszający prawo, niewykonalny, niemożliwy do zastosowania, oparty na bezpodstawnych ustaleniach etc. – to jest zarzutów opartych wyłącznie na negatywnej ocenie przez Odwołującego wyroku Sądu Okręgowego. Krajowa Izba Odwoławcza nie ma kompetencji do podważania prawomocnych orzeczeń sądów okręgowych zapadłych w wyniku rozpatrzenia skarg na jej orzeczenia. Odwołujący kwestionując decyzję

Sygn. akt KIO/UZP 1584/10

Zamawiającego, w istocie prowadzi bowiem polemikę z powołanym rozstrzygnięciem Sądu Okręgowego, co jest niedopuszczalne. Odwołujący miał możliwość obrony zasadności wyboru swojej oferty w toku postępowania protestacyjno-odwoławczego oraz skargowego, z których to uprawnień skorzystał. Doszło w ten sposób do wyczerpania przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych prawnych możliwości obrony swojego stanowiska przez Odwołującego, a dalsze kwestionowanie decyzji Zamawiającego nie jest już prawnie możliwe, a zatem nie może być skuteczne.

Odwołujący podnosi, iż w sprawie pojawiły się nowe okoliczności w postaci uzyskania bezterminowego świadectwa eksploatacyjnego, które rzekomo świadczą o wadliwości decyzji Zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza zwraca jednakże uwagę, że ustawodawca sformułował bezwarunkowy obowiązek odrzucenia odwołania w sytuacji, w której dotyczy ono czynności dokonanych zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, co tym bardziej dotyczy czynności wykonanych zgodnie z prawomocnym orzeczeniem sądu okręgowego, zapadłym w wyniku kontroli instancyjnej orzeczenia KIO. Zaistnienie tej przesłanki skutkuje koniecznością odrzucenia odwołania, niezależnie od tego, czy w sprawie pojawiły się nowe okoliczności, poparte nowymi dowodami. Powyższe rozwiązanie podyktowane jest koniecznością zapewnienia szybkości postępowania odwoławczego oraz ma na celu zapobieżenie sytuacjom, w których wykonawcy uzyskując niekorzystne dla siebie rozstrzygnięcia, pod pretekstem pojawienia się nowych dowodów, doprowadzaliby jedynie do przewlekłości postępowania. Nowe fakty i dowody Odwołujący mógł i powinien powołać w skardze na wyrok Izby (art. 194 ust. 2 pzp w zw. z art. 368 § 1 pkt 4 kpc).

Jednocześnie Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż skoro Sąd Okręgowy nie nakazał wprost w sentencji unieważnienia postępowania, to ta czynność Zamawiającego nie jest wynikiem „podażania za wskazówkami Sądu”. Po pierwsze, w ocenie Izby wybór oferty Przystępującego, a następnie unieważnienie postępowania jest wynikiem czynności badania i oceny ofert, zgodnie z sentencją orzeczenia Sądu, który w tym zakresie w uzasadnieniu wyroku nie dał wiążących wskazówek co do wyniku tych powtórzonych czynności. Jednocześnie skoro Odwołujący w ogóle nie kwestionował w proteście i odwołaniu niepodlegania przez Przystępującego wykluczeniu z postępowania oraz niepodlegania jego oferty odrzuceniu, to w żaden sposób nie może twierdzić, iż rezultat tego badania i oceny ofert nie jest zgodny z orzeczeniem sądu okręgowego nakazującego powtórzenie tych czynności. Po drugie, wobec tego, iż wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty ewidentnie wprost wynika z wykonania przez Zamawiającego tych czynności zgodnie z orzeczeniem Sądu Okręgowego, kwestionowanie przez Odwołującego wyboru oferty Przystępującego i unieważnienia postępowania nie ma wpływu na możliwość skierowania odwołania do merytorycznego rozpatrzenia.

Sygn. akt KIO/UZP 1584/10

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisów art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisów § 4 ust. 1 pkt 1, ust. 2 zdanie pierwsze i ust. 4 pkt 2 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, z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....