

Sygn. akt: KIO 1726/11

## WYROK

z dnia 24 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 24 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2011 r. przez wykonawcę **EvoBus Polska Sp. z o.o., 05-830 Wolica, Al. Katowicka 46** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Biała Podlaska, 21-500 Biała Podlaska, ul. Marszałka Józefa Piłsudskiego 3,**

przy udziale wykonawcy **Lider Trading Sp. z o.o. w Warszawie Oddział w Łąncucie, 37-100 Łącut, ul. Podzwierzyniec 78** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

**1. odrzuca odwołanie;**

**2. kosztami postępowania obciąża EvoBus Polska Sp. z o.o., 05-830 Wolica, Al. Katowicka 46 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez EvoBus Polska Sp. z o.o., 05-830 Wolica, Al. Katowicka 46 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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Przewodniczący: .....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gmina Miejska Biała Podlaska w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Dostawa 12 fabrycznie nowych autobusów miejskich niskopodłogowych, jednoczłonowych, jednej marki, przeznaczonych do wykonywania przewozów w publicznej komunikacji miejskiej”. Odwołujący - EvoBus Polska Sp. z o.o. z Wolicy podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Lider Trading sp. z o.o. z Łańcuta. Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (2) odrzucenia oferty Lider Trading Sp. z o.o. oraz (3) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący stwierdził, że wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 3 sierpnia 2011 r., tj. w dniu zapoznania się z przesłanym przez Zamawiającego zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty, tym samym zdaniem wykonawcy odwołanie zostało wniesione w terminie wymaganym przez ustawę Pzp. Podkreślił także, że odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego całkowicie nowej, polegającej na ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 3 sierpnia 2011 r., która to czynność nie mogła stanowić podstawy odwołania wniesionego wcześniej. Wskazał także, że jego oferta została pierwotnie - 9 czerwca 2011 r. - wybrana jako najkorzystniejsza, a zatem nie miał interesu, aby wnosić odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty Lider Trading Sp. z o.o. skoro oferta tego wykonawcy została przez Zamawiającego w dniu 9 czerwca 2011 r. odrzucona. Jego zdaniem okoliczność, że Zamawiający jako podstawy odrzucenia oferty Lider Trading Sp. z o.o. nie uwzględnił wszystkich okoliczności, które mogły być podstawą odrzucenia, nie ma prawnego znaczenia. Powołał się w tym przypadku na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 7 kwietnia 2008 r. (V Ca 538/08), który w podobnej sprawie stwierdził: „czynność oprotestowana jest czynnością całkowicie nową [...] i nie mogła ona stanowić uprzednio przedmiotu protestu [...]; interes prawny skarżącego nie doznawał jakiegokolwiek uszczerbku, gdyż czynność ta była dokonana zgodnie z interesem skarżącego. Przedmiotem protestu jest czynność lub zaniechanie zamawiającego, a nie jej poszczególne elementy”, które to stanowisko, w obecnie obowiązującym stanie prawnym, znajdzie zastosowanie w stosunku do odwołań. W uzasadnieniu odwołania podał, że w tym postępowaniu o zamówienie publiczne oferta wykonawcy w dniu 9 czerwca 2011 r. została wybrana jako najkorzystniejsza. Następnie w dniu 20 czerwca 2011 r. Lider Trading Sp. z o.o. wniósł odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty oraz na czynność wyboru oferty

EvoBus Polska jako najkorzystniejszej. W wyroku z dnia 4 lipca 2011 r. (KIO 1303/11) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Lider Trading Sp. z o.o., czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała - dokonanie ponownej czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Po ponownej ocenie i badaniu ofert Zamawiający - w dniu 3 sierpnia 2011 r. - dokonał wyboru oferty Lider Trading Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, która to czynność narusza – zdaniem Odwołującego - ustawę Pzp, albowiem Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Lider Trading Sp. z o.o. pomimo, że istniały ku temu uzasadnione podstawy, inne od tych, które zakwestionowała KIO w wyroku z dnia 4 lipca 2011 r. W tym przypadku wskazał na załącznik nr 1 pkt. 1.6 do SIWZ „Szczegółowy Opis Wymagań Przedmiotu Zamówienia”, zgodnie z którym Zamawiający wymagał, aby zaoferowane autobusy bezwzględnie posiadały „Świadectwo Homologacji Typu Pojazdu” wraz z załącznikami, wydane zgodnie z obowiązującymi przepisami. Lider Trading Sp. z o.o. w ofercie zaoferował autobus marki "Solbus SM 12" (strona 32) z silnikiem „Cummins Ltd' ISL8,9e5280B" (strona 56). Z kolei do oferty załączono niewłaściwą kartę charakterystyki silnika (strona 75) i w związku tym w piśmie z dnia 26 lipca 2011 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentu. W odpowiedzi Lider Trading Sp. z o.o. w dniu 27 lipca 2011 r. dostarczył Zamawiającemu kartę charakterystyki silnika „Cummins Ltd" ISL8,9e5280B, tj. takiego jaki zaoferował w ofercie. Odwołujący podkreślił, że Świadectwo Homologacji Typu Pojazdu nr PL\*4103\*02 dla autobusu typu Solbus SM 12 (dalej „Homologacja”) nie obejmuje autobusu wyposażonego w rodzaj silnika wskazanego przez wykonawcę. Z Homologacji dotyczącej tego typu autobusu, który zaoferował Lider Trading Sp. z o.o. wynika, że dotyczy ona jedynie silników o następujących kodach fabrycznych: ISB6.7E520B, ISB6.7EV250B, ISB6.7E5285B oraz ISB6.7EV285B (strona 5 Homologacji). Tym samym autobus zaoferowany przez Lider Trading Sp. z o.o. nie spełnia wymogów SIWZ (Załącznik nr 1 pkt. 1.6) ze względu na brak odpowiedniego świadectwa homologacji. W konsekwencji, oferta Lider Trading Sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił Lider Trading Sp. z o.o. wnosząc o odrzucenie odwołania, z uwagi na przesłankę z art. 189 ust.2 pkt 3 i 5 ustawy Pzp, ewentualnie o jego oddalenie. Zdaniem przystępującego wykonawcy, zamawiający dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej prawidłowo, zgodnie z przepisami ustawy Pzp i postanowieniami specyfikacji a także zgodnie z wyrokiem z dnia 4 lipca 2011 r.

**Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

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

Izba stwierdziła, że zarzut podnoszony w odwołaniu z dnia 12 sierpnia 2011 r. dotyczy naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na brak zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Lider Traiding sp. z o.o. z Warszawy. Izba ustaliła także, że Zamawiający w dniu 3 sierpnia 2011 r. powiadomił wykonawców o ponownej ocenie ofert i wyborze najkorzystniejszej oferty, która to czynność została dokonana na podstawie wyroku z dnia 4 lipca 2011 r. sygn. akt: KIO 1303/11. Wyrokiem tym Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygała w sprawie odwołania z dnia 20 czerwca 2011 r. wniesionego przez wykonawcę Lider Traiding sp. z o.o., w którym to odwołaniu podniesiono zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie już wskazanego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. KIO, uwzględniając to odwołanie wyrokiem z dnia 4 lipca 2011 r. nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazała ponowne dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Izba ustaliła także, że podstawę do wniesienia odwołania rozstrzygniętego wyrokiem z dnia 4 lipca 2011 r. stanowiła również czynność oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty, o której wykonawcy zostali powiadomieni w piśmie z dnia 9 czerwca 2011 r. To oznacza, że podstawy – przesłanki - odrzucenia oferty wykonawcy - Lider Traiding sp. z o.o. z Warszawy powinny być podniesione – zgodnie z art. 180 ust.1 pkt 1 oraz art. 180 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp w związku z wartością zamówienia – najpóźniej do dnia 20 czerwca 2011 r. Zgodnie bowiem z art. 92 ust.1 ustawy Pzp, Zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty, oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba jednocześnie zwraca uwagę, iż przepis art. 180 ust.1 ustawy Pzp w związku ze wskazanym art. 92 ust.1 ustawy Pzp statuuje zasadę koncentracji środków ochrony prawnej, polegającej m.in. na konieczności zgłaszania - w ściśle określonym terminie przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu - zarzutów dotyczących działań lub zaniechań zamawiającego pod rygorem utraty prawa do ich podnoszenia na dalszym etapie postępowania, co ma zapewnić sprawny przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tak jak już Izba wskazała, w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający - w dniu 9 czerwca 2011 r. - poinformował wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty Lider Trading sp. z o.o., podając uzasadnienie faktyczne i prawne i tym samym od tej

daty wszystkim wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia przysługiwały, określone w ustawie Pzp, środki ochrony prawnej zarówno na czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu, jak również na zaniechanie czynności, do której zamawiający zobowiązany był na podstawie ustawy Pzp. Nie wnosząc zatem odwołania w ustawowym terminie także na czynność zaniechania odrzucenia oferty Lider Traiding sp. z o.o., z uwagi na fakt nie dołączenia - zdaniem Odwołującego - odpowiedniego świadectwa homologacji, wykonawca EvoBus Polska Sp. z o.o. nie dochował należytej staranności, albowiem wobec wnoszonych odwołań także przez wykonawcę - Lider Traiding sp. z o.o. powinien i mógł przewidzieć, że konsekwencją skorzystania ze środka ochrony prawnej przez tego wykonawcę będzie przywrócenie Lider Traiding sp. z o.o. do postępowania. Izba zwraca także uwagę, że cena oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy EvoBus Polska Sp. z o.o. była wyższa niż cena oferty Lider Traiding sp. z o.o., a zatem uwzględnienie zarzutów tego wykonawcy w odwołaniu z dnia 20 lipca 2011 r. powodowało w wyniku ponownej oceny ofert i wobec ustalonych kryteriów - szczególnie wobec przypisania ofercie w kryterium cena wagi 70 % - wybór oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej. Tym samym Odwołujący – w przedstawionych okolicznościach - miał interes w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp we wnoszeniu odwołania z uwagi - na jego zdaniem – nie uwzględnienie przez Zamawiającego wszystkich okoliczności stanowiących podstawę odrzucenia oferty Lider Traiding sp. z o.o. Tak jak Izba wskazała konsekwencją uwzględnienia odwołania mogła być bowiem zmiana klasyfikacji i tym samym EvoBus Polska Sp. z o.o. mógł hipotetycznie i potencjalnie ponieść szkodę w wyniku nie uwzględnienia przez Zamawiającego wszystkich okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty Lider Traiding sp. z o.o. i udzielenia na jego rzecz zamówienia.

Tym samym powyższe ustalenia wskazują, że odwołanie wykonawcy EvoBus Polska Sp. z o.o. z dnia 12 sierpnia 2011 r. podlega odrzuceniu jako wniesione z uchybieniem ustawowego terminu na podstawie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp

Izba nie uwzględniła natomiast wniosku Przystępującego wykonawcy w przedmiocie odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, albowiem nie podzieliła poglądu, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby [sygn. akt: KIO 1303/11]. Izba uznała powyższy wniosek za niezasadny, gdyż zarzuty odwołania nie są tożsame z zakresem zarzutów rozpatrywanych przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 336/11. Izba w tej kwestii stwierdziła, że zarzuty z odwołania w zakresie podstaw odrzucenia oferty Lider Traiding sp. z o.o., co prawda posiadały tę samą podstawę prawną tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie mniej jednak miały inną podstawę faktyczną. Mianowicie, jak wynika z uzasadnienia wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 336/11 zarzut

dotyczył nie spełnienia warunku z pkt 1.5 załącznika nr1 do siwz, co do oferowanego modelu autobusu i warunków jego eksploatacji przez innego przewoźnika, podczas gdy podstawa faktyczna zarzutu z odwołania dotyczy pkt 1.6 załącznika nr 1 do siwz i braku odpowiedniego Świadectwa Homologacji. Tak jak przyznał wykonawca w odwołaniu, Zamawiający dokonując ponownej oceny ofert wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp do uzupełnienia prawidłowej karty charakterystyki silnika oferowanego autobusu. W tym miejscu Izba podkreśla, że ta okoliczność istniała także w dniu 9 czerwca 2011 r., w której to dacie Zamawiający informował o wyniku oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej i tym samym podstawę odrzucenia odwołania stanowi przesłanka, o której mowa w art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Zatem w przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby, zaistniały *de facto*, nowe okoliczności faktyczne dotyczące oferty Lider Traidng sp. z o.o., które stanowiły podstawę do sformułowania zarzutów zawartych w odwołaniu z dnia 12 sierpnia 2011 r. i tym samym przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp nie ma w niniejszej sprawie zastosowania.

Mając powyższe ustalenia na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp.

.....