

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 29 marca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** **Marek Koleśnikow**

**Członkowie:** **Magdalena Grabarczyk**

**Piotr Kozłowski**

**Protokolant:** **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu / ~~rozprawie~~<sup>\*</sup> w dniu / w ~~dniach~~<sup>\*</sup> 24 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Solaris Bus & Coach Spółka Akcyjna, ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle, 62-005 Owińska** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o., ul. Klonowica 5, 71-241 Szczecin** protestu / ~~protestów~~<sup>\*</sup> **22 stycznia 2010 r.** wniesionego do zamawiającego przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz:

- 1) wykonawcy **PESA Bydgoszcz S.A., ul. Zygmunta Augusta 11, 85-082 Bydgoszcz;**
  - 2) wykonawcy **H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o., ul. 28 czerwca 1956 r. nr 223/229, 60-965 Poznań**
- zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego<sup>\*</sup>

**orzeka:**

- 1. Odrzuca odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Solaris Bus & Coach Spółka Akcyjna, ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle, 62-005 Owińska**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Solaris Bus & Coach Spółka Akcyjna, ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle, 62-005 Owińska;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 643 zł 04 gr (słownie: cztery tysiące sześćset czterdzieści trzy złote cztery grosze) przez **Solaris Bus & Coach Spółka Akcyjna, ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle, 62-005 Owińska** na rzecz **Tramwaje Szczecińskie Sp. z o.o., ul. Klonowica 5, 71-241 Szczecin**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **zastępstwa prawnego i kosztów dojazdu;**
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: zero złotych zero groszy) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty 12 778 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Solaris Bus & Coach Spółka Akcyjna, ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle, 62-005 Owińska.**

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

Zamawiający Tramwaje Szczecińskie Spółka z o.o., ul. Sebastian Klonowica 5, 71-241 Szczecin, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę 6 szt. fabrycznie nowych przegubowych, wielocłonowych, całkowicie niskopodłogowych tramwajów wraz ze specjalistycznym wyposażeniem obsługowym oraz pakietem naprawczym”.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101), zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

**13.05.2009 r.** ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2009/S 91-131457.

**14.01.2010 r.** zamawiający zamieścił na stronie internetowej informacje o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy H. Cegielski – Fabryka Pojazdów Szynowych Spółka z o.o., ul. 28 Czerwca 1956 r. nr 223/229, 60-965 Poznań, gdyż treść oferty nie odpowiada treści rozdz. XV pkt 4.8.1. lit. a specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

**22.01.2010 r.** wykonawca Solaris Bus&Coach SA, ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle, wniósł protest na czynności zamawiającego polegających na:

- 1) dokonaniu powtórnej oceny ofert bez uwzględnienia oferty protestującego;
- 2) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PESA.

Zdaniem protestującego zamawiający naruszył art. 7 i art. 191 ust. 2 Pzp, gdyż zamawiający bezzasadnie dokonał powtórnej oceny ofert bez uwzględnienia oferty złożonej przez protestującego, która to oferta podlegała również ocenie podczas dokonywanej poprzednio przez Zamawiającego ocenie ofert.

Protestujący wnosi o:

- 1) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) powtórzenie czynności oceny i badania ofert;
- 3) odrzucenie ofert wykonawców H. Cegielski Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. oraz ewentualnie PESA Bydgoszcz S.A.;
- 4) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez protestującego.

Argumentacja protestującego:

Zamawiający 14.01.2010 r. umieścił na swojej stronie internetowej informację o dokonaniu powtórnej oceny ofert oraz wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę 6 sztuk fabrycznie nowych przegubowych, wielocłonowych niskopodłogowych tramwajów wraz ze specjalistycznym wyposażeniem obsługowym oraz pakietem naprawczym.

Postępowanie to odbyło się w trybie powtórzenia czynności dokonanej już uprzednio przez zamawiającego (24.07.2009 r.), albowiem na skutek wniesionych uprzednio przez wykonawców środków ochrony prawniej, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 15 października 2009 r. sygn. KIO/UZP 1244/09, podtrzymanym wyrokiem Sądu Okręgowego w Szczecinie, nakazała zamawiającemu „powtórzenie czynności oceny ofert”.

Bezspornym w sprawie jest, że w tym postępowaniu zostały złożone trzy oferty, w tym oferta protestującego. Konsekwentnie zatem przyjąć należy, że zamawiający jest

zobowiązany podczas dokonywania czynności powtórnej oceny ofert do oceny wszystkich złożonych uprzednio ofert, bez względu na końcowe losy tych ofert w pierwotnie rozstrzygniętym postępowaniu. Wskazany powyżej wyrok KIO nie różnicuje sytuacji wykonawców podczas nakazanej powtórnie dokonywanej czynności. Wręcz przeciwnie, jego istotą jest danie zamawiającemu możliwości powtórnego zbadania wszystkich ofert, a co za tym idzie rozważenia wszystkich poczynionych uprzednio ustaleń w celu uniknięcia popełnionych wówczas, a wykazanych w trakcie postępowania przed KIO nieprawidłowości. Zamawiający zatem musi ponownie ustosunkować się do złożonych ofert bez względu na fakt, iż rozstrzygnięcie mogłoby potencjalnie stanowić wyłącznie powtórzenie wcześniejszej decyzji.

Kasatoryjny charakter wyroku KIO (oraz sądu) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przesądza, że zamawiający zobligowany jest zastosować się bezpośrednio i ściśle do treści wyroku. W wyroku zaś wprost ustanowiono nakaz „powtórnej oceny ofert”. Zamawiający nie może zatem dokonać żadnej własnej ingerencji czy oceny zaistniałego stanu faktycznego i prawnego, czy też oceny ofert „wybiórczo”, ograniczając się tylko do jednej lub niektórych z nich. Wyrok KIO oraz sądu cofa bowiem niejako całe postępowanie do wskazanej w sentencji wyroku fazy, bez dokonywania żadnych modyfikacji, ani tym bardziej dania uprawnienia zamawiającemu do pominięcia podczas fazy powtórnej oceny ofert, jednej ze złożonych ofert.

Podobne stanowisko w prezentowanej kwestii zajmuje orzecznictwo. Przykładowo przywołać można treść wyroku Zespołu Arbitrów z 3 lipca 2006 (sygn. UZP/ZO/1 -1879/06), w którym wskazano: »Zgodnie z sentencją wyroku zamawiający został zobowiązany do dokonania „powtórnej oceny ofert”. Użycie liczby mnogiej nie pozostawia wątpliwości, że powtórnej ocenie musiały być poddane wszystkie ważne oferty uczestniczące w tym postępowaniu. Z dniem uprawomocnienia się wyroku Zespołu Arbitrów poprzednio dokonana ocena ofert utraciła swą ważność«.

W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający w ogóle nie odniósł się do oferty wykonawcy Solaris, poprzestając wyłącznie na wskazaniu oferty zwycięskiej tj. wykonawcy PESA. Tym samym zamawiający nie tylko nie zastosował się do treści wspomnianego powyżej wyroku KIO oraz Sądu, naruszając w ten sposób wskazane przepisy ustawy, ale potencjalnie pozbawił także wykonawców prawa wnoszenia przysługujących im na mocy przepisów ustawy środków odwoławczych, w dalszej idącej konsekwencji zaś pozbawił wykonawców możliwości uzyskania zamówienia.

**26.01.2010 r.** zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu protestu.

**29.01.2010 r.** wykonawca **H. Cegielski** złożył pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

**29.01.2010 r.** wykonawca **PESA** złożył pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

**29.01.2010 r.** zamawiający odrzucił protest, jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony.

Argumentacja zamawiającego:

Zamawiający nie może się zgodzić z zarzutami protestującego z następujących powodów:

(1)

24.07.2009 r. zamawiający dokonał odrzucenia oferty protestującego z uwagi na sprzeczność treści jego oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Od powyższego rozstrzygnięcia protestujący wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, która postanowieniem z 14 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1245/09) odrzuciła odwołanie. Sytuacja taka, zgodnie z treścią art. 182 ust. 2 pkt 3 Pzp oznacza, iż protest został ostatecznie rozstrzygnięty, a oferta protestującego prawomocnie odrzucona. Sytuacji tej nie zmienił fakt wniesienia przez protestującego skargi na orzeczenie KIO odrzucające odwołanie, która to skarga została odrzucona przez Sąd Okręgowy w Szczecinie postanowieniem z dnia 30 grudnia 2009 r. (sygn. akt VIII Ga 244/09).

14 października 2009 r. protestujący przestał być zatem wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu. Skoro tak, to nie jest on podmiotem uprawnionym do wniesienia protestu.

(2)

Ponadto należy wskazać, iż protestujący błędnie przyjmuje, że skoro w wyniku odwołania od rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez innego wykonawcę, KIO nakazała zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert, to był on zobligowany do dokonania badania i oceny wszystkich złożonych w postępowaniu ofert, niezależnie od ich losu prawnego wynikającego z pierwotnego rozstrzygnięcia postępowania. Konsekwentnie zatem, badaniu i ocenie winna zostać także poddana oferta protestującego.

Stanowisko powyższe zasadza się na błędnym rozumieniu znaczenia orzeczenia KIO nakazującego zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert. Wynikająca z niego ponowna ocena odnosiła się do wszystkich ważnych ofert, a więc oferty wykonawcy H. Cegielski Fabryka Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. oraz oferty wykonawcy PESA Bydgoszcz S.A. Oferta protestującego nie mogła zostać przez zamawiającego poddana ponownej

ocenie, bowiem utraciła ona status oferty ważnej, w związku z jej prawomocnym odrzuceniem, co zostało wskazane wyżej.

Wbrew temu co twierdzi protestujący, przywołane w proteście orzeczenie Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z 3 lipca 2006 r. (UZP/ZO/1-1879/06) nie potwierdza stanowiska przedstawionego przez protestującego. Przede wszystkim zostało ono wydane w diametralnie innym stanie faktycznym, w którym wykonawca, którego oferta została odrzucona skutecznie zaskarżył tę decyzję zamawiającego, a Zespół Arbitrów uznając jego racje nakazał ponowną ocenę ofert. Realizując powyższy wyrok zamawiający dokonał ponownej oceny wszystkich ofert, przy czym – co istotne – żadna z tych ofert nie została skutecznie odrzucona w wyniku pierwszego rozstrzygnięcia postępowania. Zamawiający ponownie rozstrzygnął postępowanie w ten sam sposób, tj. wybrał ofertę wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą także za pierwszym razem. Na ponowny wybór tej oferty protest wniósł ten sam wykonawca, a następnie od rozstrzygnięcia protestu odwołał się do Zespołu Arbitrów. W uzasadnieniu odwołania wskazał, iż po pierwszym wyroku Zespołu Arbitrów zamawiający powinien był dokonać oceny jego oferty oraz zestawić tę ocenę z uprzednio dokonaną oceną drugiej oferty, tj. złożonej przez wyłonionego wykonawcę. Odnosząc się właśnie do powyższego stanowiska odwołującego się wykonawcy Zespół Arbitrów wskazał, iż „Użycie liczby mnogiej nie pozostawia wątpliwości, że powtórnej ocenie musiały być poddane wszystkie ważne oferty uczestniczące w tym postępowaniu”. Ponadto należy zwrócić uwagę na fakt, iż arbitrzy nie orzekli, że w ponownej ocenie biorą udział wszystkie złożone oferty, ale wszystkie ważne oferty uczestniczące w postępowaniu. A contrario, ponownej ocenie nie podlegają oferty nieważne, a więc prawomocnie odrzucone.

Zamawiający powołuje się na wyrok KIO z 23 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 103/07), w którym skład orzekający, podążając utrwaloną linią orzecniczą, uznał wprost, że „Czynności polegające na wyborze oferty po dokonaniu ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, nawet tych, którzy w postępowaniu już nie uczestniczą, bo nie wnieśli środków ochrony prawnej ani też nie przyłączyli się do postępowania protestacyjnego, nie są prawidłowe i powinny zostać unieważnione”.

Identyczne stanowisko znalazło wyraz w wyroku z 14 lipca 2005 r. (UZP/ZO/0-1700/05), w którym Zespół Arbitrów nie pozostawił wątpliwości, że „Dokonując ponownej oceny ofert Zamawiający brał również pod uwagę i oceniał ofertę skutecznie odrzuconą. Zamawiający dopuszczając do badania i oceny tę ofertę naruszył zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych”. Wyrok ten wprost odnosi się do żądania protestującego, by zamawiający dokonał kolejnej oceny ofert, tym razem z udziałem jego oferty. Powyższy wyrok jednoznacznie wskazuje, iż czynność

taka stałaby w sprzeczności z podstawowymi zasadami zamówień publicznych, a zamawiający postąpił prawidłowo dokonując ponownej oceny ofert z wyłączeniem oferty protestującego.

**05.02.2010 r.** wykonawca Solaris złożył odwołanie:

Wnoszący odwołanie podtrzymuje w całości swoje zarzuty i argumentację zawartą w złożonym proteście z uwagi na ich nieuwzględnienie przez zamawiającego.

**26.02.2010 r.** wykonawca PESA Bydgoszcz przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**19.03.2010 r.** wykonawca H. Cegielski przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

**Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 187 ust. 4 pkt 3 Pzp, gdyż zarówno protest, jak i odwołanie zostały wniesione przez podmiot do tych czynności nieuprawniony.**

Izba ustaliła następujące terminy czynności dokonywanych zarówno przez zamawiającego, jak i odwołującego:

- 1) **24.07.2009 r.** zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty wykonawcy Solaris Bus & Coach S.A. z siedzibą w Bolechowo-Osiedle;
- 2) **31.07.2009 r.** wykonawca Solaris Bus & Coach S.A. wniósł protest wobec ww. czynności zamawiającego;
- 3) **12.08.2009 r.** zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go w całości;
- 4) **24.08.2009 r.** wykonawca Solaris wniósł odwołanie;
- 5) **14.10.2009 r.** KIO postanowieniem (sygn. akt KIO/UZP 1245/09) odrzuciła odwołanie ze względu na wniesienie odwołania z uchybieniem terminów określonych w ustawie, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp;
- 6) **30.12.2009 r.** Sąd Okręgowy w Szczecinie utrzymał w mocy postanowienie KIO (sygn. akt 8GA244/09);
- 7) **14.01.2010 r.** zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty;

- 8) **22.01.2010 r.** wykonawca Solaris Bus&Coach SA, ul. Obornicka 46, Bolechowo-Osiedle, wniósł protest na czynności zamawiającego polegających na:
  - a) dokonaniu powtórnej oceny ofert bez uwzględnienia oferty protestującego,
  - b) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PESA;
- 9) **29.01.2010 r.** zamawiający odrzucił protest, jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony;
- 10) **05.02.2010 r.** wykonawca Solaris złożył odwołanie. Wnoszący odwołanie podtrzymuje w całości swoje zarzuty i argumentację zawartą w złożonym proteście z uwagi na ich nieuwzględnienie przez zamawiającego.

W tym stanie faktycznym sprawy, Izba stwierdziła, iż podmiot wnoszący zarówno protest, jak i odwołanie był podmiotem do tych czynności nieuprawnionym.

Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 11 Pzp przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący utracił, w ocenie Izby, status wykonawcy, który mógłby skutecznie korzystać ze środków ochrony prawnej w wyniku ostatecznego rozstrzygnięcia protestu z upływem terminu do wniesienia odwołania, co zostało potwierdzone postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z **14.10.2009 r.** (sygn. akt KIO/UZP 1245/09) o odrzuceniu odwołania ze względu na wniesienie odwołania z uchybieniem terminów określonych w ustawie, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 4 Pzp. Odwołujący utracił status wykonawcy, zgodnie z definicją przepisu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp.

W zakresie zaś możliwości uznania, iż odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia protestu jak i odwołania, jako innej osobie wymienionej w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp, przepis ten odnosi się do osób, które zamierzają ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego i na etapie ogłoszenia o zamówieniu czy też publikacji specyfikacji stwierdzają naruszenia przepisów przez zamawiającego mogące mieć wpływ na możliwość złożenia, przez te osoby oferty, czyli ubiegania się o udzielenie zamówienia. Są to więc osoby nie zdefiniowane przepisem art. 2 pkt 11 Pzp.

Powyższe znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby

Odwoławczej, choćby w wyroku z dnia 18 września 2009 roku o sygn. akt KIO/UZP 1176/09, gdzie skład orzekający Izby odrzucając odwołanie stwierdził, iż „Brak uprawnienia do wnoszenia danego środka ochrony prawnej, dotyczy zarówno sytuacji, w której protest bądź odwołanie składane są przez niewłaściwie umocowanego pełnomocnika protestującego czy odwołującego się, jak też okoliczności, w których podmiot korzystający ze środków



ochrony prawnej nie może uczestniczyć w postępowaniach protestacyjnych, gdyż sam jest podmiotem do powyższego nieuprawnionym”.

W związku z powyższym, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł i koszty dojazdu w kwocie 1 043 zł 04 gr razem 4 643 zł 04 gr na podstawie faktur złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b 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 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejsze wyrok/postanowienie\* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* niepotrzebne skreślić