Sygn. akt KIO 1103/16

POSTANOWIENIE
z dnia 6 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 6 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2016 r. przez S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych „HAK" S. B. w Piotrkowie Trybunalskim w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Poświętne w Poświętnem

przy udziale wykonawcy EKOM M. Spółka Jawna w Nowinach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych „HAK" S. B. w Piotrkowie Trybunalskim i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych „HAK" S. B. w Piotrkowie Trybunalskim tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 1103/16

Uzasadnienie

Po przeprowadzeniu posiedzenia z udziałem stron w sprawie odwołania wniesionego przez S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych „HAK" S. B. w Piotrkowie Trybunalskim w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Poświętne w Poświętnem Izba stwierdziła, że zaistniała przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania przewidziana w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) zwanej dalej „Pzp".

Zgodnie z przywołanym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności, niż wymienione w art. 180 ust. 2 Pzp.

W odwołaniu z 22 czerwca 2016 r. odwołujący stwierdził, że wnosi je wobec „opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez wybór najkorzystniejszej oferty dokonany z naruszeniem określonego przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu sposobu dokonywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego konsekwencją był wybór oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podlegającej odrzuceniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych i działek letniskowych z terenu Gminy Poświętne".

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie

1. art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp przez wybór oferty dokonany z naruszeniem określonego przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu sposobu dokonywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego konsekwencją był wybór

oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. art. 91 ust. 1 Pzp przez wybór oferty dokonany z naruszeniem określonego przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu sposobu dokonywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czego konsekwencją był wybór oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

3. art. 7 ust. 3 Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,

4. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i nieodrzucenie oferty, która została przez zamawiającego oceniona jako najkorzystniejsza i wybór oferty podlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty EKOM M. Spółka Jawna w Nowinach, odrzucenia wybranej oferty i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych z udziałem oferty odwołującego.

Okoliczność, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ma charakter bezsporny i znajduje potwierdzenie w aktach postępowania odwoławczego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 2 czerwca 2016 r. pod pozycją 67377, a wartość zamówienia została ustalona na kwotę 861.111 zł, co stanowi równowartość 206.259 euro.

W art. 180 ust. 2 Pzp ustawodawca ustanowił generalną regułę niedopuszczalności wnoszenia odwołania w postępowaniach, których wartość jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (arg. *a contrario* z art. art. 180 ust. 2 Pzp).Wyjątek od zasady stanowią czynności wymienione w sposób enumeratywny w przywołanym przepisie t.j. dopuszczalne jest wniesienie odwołania wobec wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykluczenia odwołującego z postępowania lub odrzucenia oferty odwołującego. Ustawodawca dopuścił wniesienie odwołania jedynie wobec czynności bezpośrednio godzących w najistotniejsze interesy wykonawcy. Katalog tych czynności ma charakter zamknięty.

Art. 180 ust. 2 Pzp nie pozwala na wnoszenie odwołania wobec zaniechania wykluczenia lub odrzucenia oferty innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu. Brak jest zatem podstaw prawnych do rozpatrywania przez Izbę zarzutów wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Przywołany przepis daje możliwość wniesienia odwołania w postępowaniach o zamówienie publiczne, których wartość nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wyłącznie w celu ochrony najważniejszych interesów wykonawcy.

W okolicznościach sprawy zarzuty odwołującego dotyczą wyłącznie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jej zgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w kontekście wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu). Rozpatrywanie ich przez Izbę jest niedopuszczalne.

Powyższa wykładnia art. 180 ust. 2 Pzp prezentowana jest jednolicie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. wyrok z 29 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 737/14 oraz postanowienie z 17 czerwca 2014 r. sygn. akt KIO 1130/14 „Zamówienia publiczne w orzecznictwie. Zeszyty orzecznicze. Zeszyt Nr 18", str. 165-168).

Jeśli Izba stwierdzi przesłanki do odrzucenia odwołania, odwołanie nie może zostać rozpoznane co do istoty, niezależnie od tego, w jakim momencie w toku postępowania odwoławczego przesłanki te zostały ujawnione.

Na obowiązek odrzucenia odwołania nie wpływa to, że odwołujący stwierdził, że wnosi odwołanie wobec „opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez wybór najkorzystniejszej oferty". Dostrzec bowiem należy, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowi niezbędny element specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia o

zamówieniu zgodnie - odpowiednio - z art. 36 ust. 1 pkt 5 oraz art. 41 pkt 7 Pzp, co powoduje, że wykonawca, jeśli uważa że opis ten narusza ustawę, może wnieść odwołanie wyłącznie w terminie liczonym od dnia stosownej publikacji tych dokumentów wskazanym w art. 180 ust. 2 Pzp.

W ocenie Izby odwołujący nie kwestionuje jednak opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale czynność wykonaną na podstawie tego opisu, czyli badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, który złożył najkorzystniejszą ofertę, a to – jak zostało wskazane powyżej – jest niedopuszczalne w obecnym stanie prawnym.

Mając na uwadze powyższe, Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp.
O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do wyniku postępowania zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 Pzp

Przewodniczący: ……