Sygn. akt: KIO 2721/14

POSTANOWIENIE
z dnia 30 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 30 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **Ł. B.,** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Ł. B., PHU PAL GAZ Ł. B. w Kruklankach**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Powiatowych w Ogonkach**

przy udziale wykonawcy **Arriva sp. z o.o. w Toruniu,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Ł. B.,** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Ł. B., PHU PAL GAZ Ł. B. w Kruklankach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Ł. B.,** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Ł. B., PHU PAL GAZ Ł. B. w Kruklankach** 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 2013 r. poz. 907 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 **Olsztynie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2721/14

Uzasadnienie

Zamawiający, Zarząd Dróg Powiatowych w Ogonkach, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zakup i sukcesywną dostawę paliw na potrzeby Zarządu Dróg Powiatowych w Ogonkach".

Przedmiotem zamówienia są dostawy. Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 178.861,79 zł netto tj. równowartość 42.335,15 euro, a więc nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (pismo zamawiającego z 24 grudnia 2014 r., SIWZ pkt 5, w aktach sprawy).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 grudnia 2014 r., pozycja 393396 (ogłoszenie o zamówieniu, w aktach sprawy). W tej samej dacie specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej (http://bip.warmia.mazury.pl/powiat_wegorzewski/zamowienia_publiczne).

W sekcji III.3.3. ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziale V pkt 1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający, działając na podstawie art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, jakim musieli dysponować wykonawcy aby ubiegać się o zamówienie. Zamawiający zastrzegł, że uzna, iż *wykonawca spełnia warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, jeśli dysponuje on minimum jedną stacją paliw położoną w promieniu do 5 km od granic administracyjnych miasta Węgorzewo, czynną w dni robocze i* świąteczne *całodobowo. Dokumentem potwierdzającym spełnianie tego warunku jest podpisane oświadczenie wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (ogłoszenie o zamówieniu i*

SIWZ w aktach sprawy).

Do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

1) ARRIVA sp. z o.o. w Toruniu, zwana dalej przystępującym, z ceną brutto 192 595,55 zł,
2) Przedsiębiorstwo Handlowo – Transportowe Tracom spółka z o.o. w Mrągowie z ceną brutto 193 916,34 zł,
3) Ł. B., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Ł. B., PHU PAL GAZ Ł. B. w Kruklankach, zwany dalej „odwołującym, z ceną brutto 198 623,88 zł.

Przystępujący i wykonawca Tracom złożyli wraz z ofertą oświadczenia o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 1.3 SIWZ.

W dniu 15 grudnia 2014 r. zamawiający, za pośrednictwem faksu, zawiadomił wykonawcę odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez

przystępującego. Oferta wykonawcy Tracom została sklasyfikowana na drugim miejscu, zaś oferta odwołującego – na miejscu trzecim.

W dniu 19 grudnia 2014 r., odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1) czynności zamawiającego polegającej na opisie sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w zakresie spełnienia warunku, o którym mowa w rozdziale V pkt 1.3 SIWZ, tj. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym,
2) zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania przystępującego oraz wykonawcy Tracom z powodu złożenia przez nich nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania - w zakresie oświadczenia o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu z rozdziału V pkt 1.3. SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 22 ust. 1 i 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający weryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do niewykluczenia z postępowania wykonawców, niespełniających warunków udziału w postępowaniu,
2) art. 22 ust. 1 i 4 w zw. z art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy PZP przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający weryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do niewykluczenia z postępowania wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Do postępowania odwoławczego w dni 23 grudnia 2014 r. po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca ARRIVA sp. z o.o. w Toruniu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

1.

Odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w zakresie spełnienia warunku, o którym mowa w rozdziale V pkt 1.3 SIWZ, tj. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem, *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi,* że *odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.*

Przedmiotem zamówienia są dostawy. Szacunkowa wartość zamówienia wynosi 178.861,79 zł netto tj. równowartość 42.335,15 euro, a więc nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zatem, w myśl znajdującego zastosowanie dla ustalenia terminu na wnoszenie odwołania w niniejszym przypadku art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Kwestionowanej przez odwołującego czynności polegającej na dokonaniu w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w zakresie spełnienia warunku, o którym mowa w rozdziale V pkt 1.3 SIWZ, tj. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, zamawiający dokonał w dniu 1 grudnia 2014 r. zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz zamieszczając na swej stornie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia. Tym samym, pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał w dacie 6 grudnia 2014 r. W tej dacie zatem odwołujący, jeżeli uważał, że opis warunku uniemożliwia weryfikację zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, powinien kwestionować ten opis. Natomiast odwołanie zostało wniesione do Prezesa Izby dopiero w dniu 19 grudnia 2014 r.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w zakresie spełnienia warunku, o którym mowa w rozdziale V pkt 1.3 SIWZ, tj. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, które wpłynęło w dniu 19 grudnia 2014 r. jest odwołaniem wniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter terminu zawitego, nie podlegającego przywróceniu, a uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Podkreślenia wymaga również, że z upływem terminu na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, postanowienia tego ogłoszenia oraz SIWZ stały się ostateczne i wiązały zarówno wykonawców, jak i zamawiającego.

2.

Odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania przystępującego oraz wykonawcy Tracom z powodu złożenia przez nich nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym 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 iż określone w art. 180 ust. 2.

Z treści odwołania jednoznacznie wynikało, że dotyczyło ono zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności wykluczenia innych niż odwołujący wykonawców, tj. przystępującego i wykonawcy Tracom. Odwołujący zarzucał bowiem, że wykonawcy ci powinni zostać wykluczeni z powodu złożenia przez nich nieprawdziwych informacji. Nie kwestionował zatem czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego.

Nie ulegało również wątpliwości, że szacunkowa wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 178.861,79 zł netto tj. równowartość 42.335,15 euro, a więc nie przekraczała ona kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W świetle powyższego zachodziła przesłanka skutkująca koniecznością odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie jeżeli w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie dotyczy innych czynności niż wymienione w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W powołanym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp wskazano, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:
1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
4) odrzucenia oferty odwołującego.

Analiza przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ustawodawca nie przyznał środka ochrony prawnej w postaci odwołania wobec zarzucanych zamawiającemu zaniechań. Zarzuty dotyczące podstaw wykluczenia innego, niż odwołujący wykonawcy, zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w którym jest mowa o czynności wykluczenia odwołującego.

Biorąc pod uwagę wyżej poczynione spostrzeżenia, a także wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, koniecznym było odrzucenie odwołania również w części skierowanej wobec zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania przystępującego oraz wykonawcy Tracom z powodu ewentualnego złożenia przez nich nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp obliguje bowiem Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności tam wskazanych, co podlega weryfikacji przez Izbę z urzędu.

Na marginesie Izba wskazuje, że jeśli wykonawca kwestionował zasadność zaniechania lub czynności zamawiającego, wobec których nie przysługiwało odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2, to służyło mu prawo do poinformowania zamawiającego o tej okoliczności w oparciu o przepis art. 181 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 3, art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp odwołanie odrzucono na posiedzeniu niejawnym.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

Przewodniczący: ……