

Sygn. akt: KIO 20/15

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 23 stycznia 2015 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Packo**  
**Marzena Ordysińska**  
**Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu jawnym z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2015 r. przez wykonawcę

**Joannę Kałek prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „ASKA” J. K. ul. Jarzębinowa 58, 44-240 Żory**

w postępowaniu prowadzonym przez

**Międzygminny Związek Komunikacyjny ul. Przemysłowa 1, 44-335 Jastrzębie-Zdrój**

przy udziale wykonawcy **WARBUS Sp. z o.o. Al. Prymasa Tysiąclecia 102, 01-424 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża J. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „ASKA” J. K. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez J. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „ASKA” J. K. 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 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach .

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Międzygminny Związek Komunikacyjny w Jastrzębiu-Zdroju prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „świadczenie autobusowych usług przewozowych w systemie komunikacji miejskiej na liniach wchodzących w skład sieci komunikacyjnej obejmującej obszar miasta Jastrzębie-Zdrój i gmin ościennych” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 października 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 195-345103. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – J. K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „ASKA” J. K. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, tj. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 w zw. z treścią art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że 10 października 2014 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu, które nie zawierało wymagań podmiotowych udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Następnie, 28 października 2014 r., ukazało się ogłoszenie ze zmianą ogłoszenia o zamówieniu, w której zamawiający umieścił wymaganie wskazując, że o zamówienie mogą ubiegać się podmioty, które wykonały usługę lub usługi regularnego przewozu osób w ilości wynoszącej 2.500.000 wozokilometrów rocznie. Po czym 25 listopada 2014 r. zamawiający w wyniku rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej z 6 listopada 2014 r. w sprawie KIO 2177/14 dokonał modyfikacji warunków podmiotowych w zakresie wiedzy i doświadczenia zmieniając treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że dotychczasowe wymaganie wykonania usługi lub usług w ilości 2.500.000 wozokilometrów pozbawiono parametru „rocznie”. Wymaganie zostało więc obniżone i w wyniku tej modyfikacji o udział w postępowaniu mogły ubiegać się podmioty, które zrealizowały usługi w tej ilości w całym okresie 3 lat przed terminem składania ofert, a nie w każdym roku tego okresu. Zmiana w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie znalazła jednak odzwierciedlenia w zmianie ogłoszenia o zamówieniu.

Na skutek powyższej zmiany odwołujący stał się podmiotem mogącym ubiegać się o udzielenie zamówienia, podczas gdy doświadczenie w świadczeniu usług komunikacji pasażerskiej nie pozwalało na ubieganie się o udzielenie zamówienia przy utrzymującym się parametrze wymaganych 2.500.000 wzmk rocznie przez okres 3 lat.

Odwołujący, śledząc ogłoszenia o udzieleniu zamówień w branży komunikacyjnej, z przeglądu tych ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz w Dzienniku Publikacji UE nie uzyskał z tego źródła informacji o złagodzeniu wymagań zamawiającego.

22 grudnia 2014 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i poinformował o tej czynności odwołującego.

Wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 38 ust. 4a i art. 12a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający nie zamieścił stosownej modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz nie przedłużył terminu składania ofert. Wskutek tych zaniechań odwołujący i inne podmioty uzyskujące informacje o przetargach z przeglądu ogłoszeń w oficjalnych publikatorach nie uzyskały informacji o złagodzeniu warunków udziału w postępowaniu. Uzyskawszy taką informację odpowiednio wcześniej przed terminem składania ofert odwołujący czy też wskazane podmioty miałyby szansę przygotować i złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu.

**W oparciu o zaistniały w postępowaniu przetargowym stan faktyczny i prawny Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie podlega odrzuceniu.**

Izba stwierdziła, iż, pomimo wskazania w podstawach zarzutów na pierwszym miejscu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przedmiotem odwołania jest zaniechanie przez zamawiającego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 2 i art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na zaniechanie opublikowania zmiany ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w zakresie warunku udziału w postępowaniu.

Do tego rodzaju zarzutu zastosowanie ma art. 182 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazujący na termin wniesienia odwołania. Zgodnie z jego treścią odwołanie wnosi się, w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, tzn. odwołujący taką wiadomość powziął lub mógł powziąć.

Są tu więc wskazane dwie okoliczności – powzięcie wiadomości i możliwość takiego powzięcia, nawet gdy jej nie powzięto.

Po pierwsze więc, jak wskazał przystępujący, wykonawca zainteresowany postępowaniem mógł powziąć taką informację ze strony internetowej zamawiającego, na której zamawiający opublikował zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Po drugie, na tym etapie postępowania, przy przetargu nieograniczonym, informację o wniesionych odwołaniach zamawiający zamieszcza na swojej stronie internetowej – zatem zainteresowani wykonawcy mogli dowiedzieć się, że wprowadzona zmiana warunku udziału w postępowaniu została zakwestionowana przez innego wykonawcę odwołaniem z 20 października 2014 r. Tym samym można się było spodziewać, że sprawa zmiany nie została zakończona w chwili jej wprowadzenia.

Po trzecie, w informacji o wyniku postępowania (wyborze oferty najkorzystniejszej) zamawiający nie zamieścił informacji o brzmieniu warunku udziału w postępowaniu, zatem nie mogła być ona źródłem wiedzy odwołującego w tym zakresie.

Po czwarte, upływ terminu składania ofert jest chwilą, od której nie można już zmienić ogłoszenia o zamówieniu – przynajmniej w sposób prawnie skuteczny. Zatem od tej chwili można z całą pewnością stwierdzić zaniechanie zamawiającego w tym zakresie. Natomiast zdaniem Izby, fakt wyboru oferty najkorzystniejszej nie ma najmniejszego znaczenia dla czynności unieważnienia postępowania – zamawiający może unieważnić postępowanie z przyczyn wskazanych w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w każdym jego momencie. Co więcej, w przypadku, gdy jest to konieczne, prowadzenie czynności badania i oceny ofert jest zupełnie bezcelowe.

Po piąte, w piśmie procesowym odwołującego z 22 stycznia 2015 r. wskazano, że odwołujący dowiedział się o „czynności zamawiającego dokonanej z naruszeniem przepisów” 5 grudnia 2014 r., czyli w dniu upływu terminu składania ofert. Jednak odwołujący uznał tę chwilę za przedwczesną na złożenie odwołania i uznał, że termin ten zaczął biec dopiero 22 grudnia 2014 r.

Do tego sam przepis art. 182 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołuje się do chwili uzyskania przez wykonawcę informacji – lub obiektywnej możliwości takiego uzyskania, a nie jakichś innych okoliczności wskazujących na inną chwilę rozpoczęcia biegu terminu.

Tym samym nie ma podstaw, by bieg terminu na wniesienie przedmiotowego odwołania liczyć od 22 grudnia 2014 r.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że zostało ono wniesione po upływie terminu określonego w ustawie – tu

terminu wskazanego w art. 182 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odrzucając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....