

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 2 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Członkowie: Agata Mikołajczyk**

**Izabela Niedziałek-Bujak**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 2 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 21 grudnia 2016 r. przez wykonawcę: **A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. K. Usługi Transportowe EUROBUS, ul. Poznańska 47a, 62-540 Kleczew**

w postępowaniu prowadzonym przez **Biuro Obsługi Szkolnictwa - Gmina Kleczew, Plac Kościuszki 7/1, 62-540 Kleczew**

**postanawia:**

**1. odrzuca odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. K. Usługi Transportowe EUROBUS, ul. Poznańska 47a, 62-540 Kleczew, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę 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, z późn. zm.) na postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Koninie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

**Zamawiający** – Biuro Obsługi Szkolnictwa - Gmina Kleczew – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie usługi pn. „Dowóz i odwóz uczniów do szkół na terenie Gminy Kleczew w roku kalendarzowym 2017 na podstawie biletów” (numer sprawy: BOSz.272.3.2016), na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r., zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Ogłoszenia o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych: 359321 – 2016 w dniu 5 grudnia 2016 r. Wartość zamówienia, zgodnie z wyjaśnieniem zamawiającego (pismo z dnia 28.12.2016 r.), wynosi 226 384,20 zł, nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

**Wykonawca: A. K.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. K. Usługi Transportowe EUROBUS z siedzibą w Kleczewie – zwany w postępowaniu odwoławczym „odwoływającym”, wniósł odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp oraz przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964) od zaniechania czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy oraz od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy M. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EUROMATPOL z siedzibą Budziszlaw Kościelny, zwanego dalej „wykonawca” lub „wykonawca M. C.”,
2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy,
3. zaniechaniu wezwania wykonawcy do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w zakresie wykazu autobusów przewidywanych do realizacji zamówienia jakimi dysponuje wykonawca.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b oraz 45 ust. 7 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo że wadium zostało wniesione przez wykonawcę w sposób nieprawidłowy,
2. art. 91 ust. 1 przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, pomimo że oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na nieprawidłowy sposób wniesienia wadium,

3. art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w zakresie wykazu autobusów przewidywanych do realizacji zamówienia jakimi dysponuje wykonawca.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy, odrzucenia jego oferty oraz powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty w postępowaniu, ewentualnie (w przypadku nie uwzględnienia zarzutu nr 1):
2. nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy oraz powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty w postępowaniu, w tym wezwanie wykonawcy M. C. do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego w zakresie wykazu autobusów przewidywanych do realizacji zamówienia jakimi dysponuje wykonawca  
oraz
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym opłatą wpisową od odwołania oraz zgodnie z wykazem kosztów przedstawionym na rozprawie.

Uzasadnienie odwołania. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz w złożeniu odwołania, ponieważ gdyby Zamawiający nie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy M. C., do czego był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, to oferta Odwołującego musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

W postępowaniu zostały złożone 3 oferty, według załączonego do zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej rankingu ofert, oferta wybranego wykonawcy miała 100% punktów, oferta Odwołującego 80%, a trzecia oferta 39%. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. W postępowaniu Zamawiający wskazał wymagania dotyczące wadium. Zgodnie z pkt 1 i 2 rozdz. IX SIWZ wadium w wysokości 2 150 zł mogło zostać wniesione w jednej lub kilku następujących formach: 1) pieniądzu; 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym, że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym; 3) gwarancjach bankowych; 4) gwarancjach ubezpieczeniowych; 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2016 r. poz. 359, z późn. zm.). Na podstawie pkt 4 rozdz. IX SIWZ wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na wskazany rachunek bankowy Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że zarówno formy wniesienia wadium, jak i sposób wniesienia wadium w pieniądzu wskazany w SIWZ wynika bezpośrednio z art. 45 ust. 6 i 7 Pzp.

Wykonawca M. C. wniósł w dniu 13 grudnia 2016 r. wadium w wysokości 2 150 zł w sposób nieprawidłowy. Dokonał on wpłaty gotówkowej na wskazane konto Zamawiającego w

kasie Banku Spółdzielczego w Słupcy Oddział w Kleczewie, a nie w formie przelewu.

W wyniku nowelizacji ustawy, Zamawiający na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b, został zobligowany do odrzucenia oferty, w przypadku gdy wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Zdaniem Odwołującego taka okoliczność miała miejsce w tym przypadku, wadium wniesione przez wykonawcę M. C. zostało wpłacone gotówką na konto wskazane przez Zamawiającego zamiast w formie przelewu. Zdaniem Odwołującego wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy – niezgodny z przepisami ustawy oraz wymogami Zamawiającego przewidzianymi w SIWZ, a co za tym idzie, oferta wykonawcy M. C. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Odwołujący wskazał wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 26 lutego 2015 r. sygn. akt III SA/Wr 886/14 i KIO z dnia 13 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 2966/13. Podniósł, że rozstrzygnięcia te zapadły, gdy podstawę wykluczenia wykonawcy stanowiło niewniesienie wadium, jednakże skoro ustawodawca w obecnym stanie prawnym wskazał szerszą przesłankę odrzucenia oferty jako niewniesienie wadium lub wniesienie w sposób nieprawidłowy, to można tym bardziej zastosować analogicznie dotychczasowe wskazania orzecznictwa w zakresie wnoszenia wadium w pieniądzu, gdyż brzmienie uregulowania nie uległo zmianie.

Z daleko idącej ostrożności procesowej Odwołujący podniósł jeszcze drugi zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy M. C. do uzupełnienia lub poprawienia, ewentualnie udzielania wyjaśnień dotyczących wykazu autobusów przewidywanych do realizacji zamówienia jakimi dysponuje wykonawca. Wykonawca ten w wykazie stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ wskazał siedem autokarów, określając, że dysponuje nimi jako własnymi, podczas gdy z załączonych dowodów rejestracyjnych wynika, że jedynie trzy autokary stanowią własność M. C., natomiast trzy są własnością R. C. i M. C., a jeden M. P. K. . W Rozdziale IV pkt 1 ppkt 2 lit. b SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy dysponowali minimum 7 autokarami, a wybrany wykonawca samodzielnie nie spełnia tego warunku, niezgodnie z faktami wskazał, że

pojazdy są jego własnością i nie załączył zobowiązania innych podmiotów do udzielenia zasobów.

Wykonawca M. C. powinien wskazać formy władania czterema autokarami niestanowiącymi jego własności oraz przedstawić dokumenty, które potwierdzałyby prawo do dysponowania tymi pojazdami, ewentualnie uzupełnić załącznik nr 5 do SIWZ, natomiast obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie wykonawcy do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w zakresie wykazu autobusów przewidywanych do realizacji zamówienia jakimi dysponuje, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, czego Zamawiający zaniechał.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron, mając na uwadze linię orzeczniczą Izby dotyczącą pojęcia wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym stanowi przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy, odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp *(w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2).***

Analizując treść art. 180 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, Izba uznała, że zestawienie przepisów: pierwszego stanowiącego o zakresie odwołania w postępowaniach o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy *(odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy)*, z drugim stanowiącym o zakresie odwołania w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy *(jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności):* m.in. pkt 6) *wyboru najkorzystniejszej oferty*

– wskazuje zawężony zakres odwołania w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, wyłącznie do czynności zamawiającego z wyłączeniem zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Zarzuty przedstawione w odwołaniu (trzy) dotyczą zaniechania czynności zamawiającego: 1. i 3. jednoznacznie wskazują: 1. *zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy M. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EUROMATPOL*; 3. *zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania*

*wyjaśnień w zakresie wykazu autobusów przewidywanych do realizacji zamówienia jakimi dysponuje wykonawca; zarzut 2, mimo wskazania wyboru najkorzystniejszej oferty, dotyczy również zaniechania odrzucenia oferty: oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na nieprawidłowy sposób wniesienia wadium.*

Mając na uwadze wąskie rozumienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty - jako końcowego etapu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z wyłączeniem skutków badania i oceny ofert w postaci ich odrzucenia, Izba uznała, że odwołanie nie dotyczy wyboru najkorzystniejszej oferty jako czynności zamawiającego, lecz dotyczy zaniechania czynności odrzucenia oferty w toku badania i oceny ofert, a więc zachowania zamawiającego o innym charakterze niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, zatem postanowiła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....