

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 20 kwietnia 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie: Aneta Mlącka**

**Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Sylwia Jankowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę **Europa Express City Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskie 144 (02-305 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Zarząd Transportu Miejskiego** ul. Żelazna 61 (00-848 Warszawa)

**orzeka:**

**1 Odrzuca odwołanie.**

2.1 Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Europa Express City Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę Europa Express City Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania;

2.3 nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy Europa Express City Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwoty **7 500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej nadpłatę ponad należny wpis.

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 niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na *świadczenie usługi przewozu regularnego wykonywanej w ramach systemu zbiorowej komunikacji lokalnej łączącej obszar gminy Raszyn z miastem st. Warszawa* (nr ref. 93/2016), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12.12.2016 r., pod numerem 364801, wykonawca Europa Express City Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako Odwołujący), wniósł w dniu 6 kwietnia 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 678/17). Odwołanie wniesione zostało wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu z postępowania Odwołującego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp, art. 24 ust. 5 pkt 4 Ustawy Pzp poprzez ich zastosowanie w sytuacji, gdy nie zachodzą okoliczności wskazane w przepisach oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego mimo, iż nie zachodzi przesłanka jej odrzucenia. Ponadto, Odwołujący wskazał na brak uzasadnienia faktycznego i prawnego dla przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej ofert, która nie może być w świetle przepisów Ustawy i siwz wybrana, czyli naruszające art. 91 Ustawy. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert, w tym czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, powtórzenia czynności oceny oferty Odwołującego i dokonanie wyboru oferty, która w kryteriach oceny ofert uzyska najwyższą ocenę, tj. oferty Odwołującego.

Odwołujący uiszczył wpis w wysokości 15 000,00 zł.

Zamawiający w dniu 4 kwietnia 2017 r. przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i podstawach wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp uznając, iż Wykonawca przedstawił informację wprowadzające Zamawiającego w błąd mogące mieć istotny wpływ na decyzję podejmowane w postępowaniu, bez wskazania jakie informacje wprowadzające w błąd zostały podane przez Odwołującego i jaki mogły wywrzeć wpływ na decyzje Zamawiającego. Zamawiający wskazał natomiast dwa pisma PKP Intercity załączone do informacji o wyborze oferty, z czego można wnioskować, że wg Zamawiającego te pisma podają uzasadnienie faktyczne wykluczenia, czyli dowodzą wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez Odwołującego i wpływu tej czynności na decyzje Zamawiającego.

Wartość zamówienia ustalona została przez Zamawiającego na kwotę 832.568,88 zł. (wraz z zamówieniami uzupełniającymi), co stanowi równowartość 199.422,47 euro i nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy dla zamówienia sektorowego. Zgodnie z § 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2015 r., poz. 2263 ze zm.), ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień sektorowych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 418 000 euro – dla dostaw lub usług.

W ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych, jako Zamawiający wskazani zostali: Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie (działający na podstawie udzielonych pełnomocnictw w imieniu i na rzecz Miasta Stołecznego Warszawa) oraz Gmina Raszyn, w imieniu których upoważnionym do przeprowadzenia postępowania oraz wyboru najkorzystniejszej oferty jest Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie (zgodnie z porozumieniem z dnia 29.08.2014 r. zawartym pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa oraz Gminą Raszyn). Zarząd Transportu Miejskiego stanowi jednostkę organizacyjną m. st. Warszawy nie posiadającą osobowości prawnej, prowadzoną w formie jednostki budżetowej. Zgodnie z § 2 Statutu wykonuje w imieniu m.st. Warszawy zadania w zakresie organizowania oraz zarządzania publicznym transportem zbiorowym w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2011 r. Nr 5, poz. 13).

Zamawiający w piśmie z dnia 07.04.2017 r. wskazał, iż przedmiotowe zamówienie stanowi zamówienie sektorowe o wartości nie przekraczającej 418 000 euro i załączył opinię UZP z 26.01.2017 r. UZP/DP/O/026/855(3)/16/PK KW-747/17, z której wynika, iż Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie jest uprawniony do udzielania zamówień publicznych o charakterze sektorowym, o ile określone zamówienia realizowane będą w celu wykonywania działalności sektorowej, o których mowa w art. 132 ust. 1 ustawy Pzp.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), w rozdziale II Zamawiający wskazał, iż postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, do którego zastosowanie mają przepisy ustawy Pzp, o wartości udzielanego zamówienia nie przekraczającej równowartości kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, tj. 209 000,00 euro.

W odpowiedzi na odwołanie złożonej na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 20 kwietnia 2017 r. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym z udziałem stron w dniu 20.04.2017 r., Izba stwierdziła, iż zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 133 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako Ustawa). Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 1 Ustawy *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy*. Zgodnie natomiast z art. 133 ust. 1 Ustawy *Do udzielania zamówień sektorowych ustawę stosuje się, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8*, czyli dla usług kwotę 418 000 euro.

W zaistniałym stanie, potwierdzonym ustaleniami dokonany z udziałem stron na posiedzeniu Izba uznała, iż zamówienie faktycznie jest zamówieniem sektorowym, do którego zastosowanie mają zasady opisane w dziale III rozdziale 5 Ustawy. Okoliczności związane z brakiem informacji o takim charakterze zamówienia, tak w ogłoszeniu, jak i siwz, nie wpływały na ocenę stanu faktycznego, który zasadniczo nie budził sporu. Strony nie prowadziły bowiem sporu na okoliczność ustalenia, czy Zamawiający jest podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1-4 Ustawy, a także czy przedmiotowa usługa jest udzielana w celu wykonywania działalności opisanej w art. 132 ust. 1 pkt 6 Ustawy, w ramach *obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego*. Nie była również sporna pomiędzy stronami wartość zamówienia wskazana przez Zamawiającego w protokole postępowania oraz siwz, mniejsza od wartości 209 000 euro.

Rozstrzygnięcia wymagało natomiast wskazanie, czy dla uznania dopuszczalności wniesienia odwołania na czynności Zamawiającego podjęte w tak prowadzonym postępowaniu, znaczenie ma sposób zakwalifikowania przedmiotu, jako zamówienia klasycznego w momencie ogłoszenia postępowania o zamówienie publiczne w Biuletynie Zamówień Publicznych. Odnosząc się do tak postawionej kwestii Izba uznała, iż Zamawiający faktycznie ogłaszając postępowanie prowadził je jako postępowanie klasyczne (nie sektorowe) i dopiero po uzyskaniu opinii Prezesa UZP upewnił się co do skutków nowelizacji przepisu art. 132 ust. 1, w którym poszerzono grupę podmiotów, które mogą udzielać zamówień sektorowych, o wskazane w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2, czyli jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych (pkt 1) oraz inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej (pkt 2). Jako Zamawiający z sektora finansów publicznych, w przypadku udzielania zamówień w celu wykonywania działalności polegającej na obsłudze sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego, stosować może przepisy Ustawy z uwzględnieniem zasad opisanych w dziale III rozdziale 5 Ustawy. Izba uznała, iż ocena stanu faktycznego i prawnego istniejąca w momencie wszczęcia postępowania, dokonywana na potrzeby oceny dopuszczalności wniesienia odwołania, może odbiegać od

wcześniejszych założeń Zamawiającego. Fakt bowiem zamieszczenia ogłoszenia w biuletynie zamówień publicznych, jak i wskazanie jego wartości przez odniesienie do progu zamówień klasycznych nie stoi na przeszkodzie dla odmiennej oceny skutków działań Zamawiającego, czy to przez organ orzekający w sporze (KIO, Sądy Powszechne), czy też organ kontroli (Prezes UZP). Fakt, iż Zamawiający początkowo kwalifikował zamówienie do postępowania klasycznego, nie pozbawia go charakteru właściwego zamówieniom sektorowym w rozumieniu przepisów Ustawy. Wydaje się, że sam Odwołujący także dokonał odmiennej niż Zamawiający oceny stanu faktycznego, uiszczając wpis w większej wysokości, właściwej dla zamówień sektorowych o wartości przekraczającej próg 418 000 euro (publikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej). W świetle powyższego Izba uznała, iż czynności Zamawiającego, jak każde inne podjęte w postępowaniu mogą być poddane weryfikacji na etapie postępowania odwoławczego, w szczególności przy badaniu przeszkód formalnych do nadania biegu wnoszonym środkom ochrony prawnej.

W ocenie Izby, pierwszeństwo należy dać normie bezwzględnie obowiązującej, jaką zawiera przywołany przepis art. 133 ust. 1 Ustawy, stąd decyzje Zamawiającego, nie mogły wykluczać skutku, jaki Ustawa wprowadza wobec zamówień sektorowych, tj. braku zastosowania jej przepisów do zamówień o wartości niższej niż 418 000 euro. W sprawie nie budziła wątpliwości wartość zamówienia wskazana w protokole postępowania, której ustalenie nie było objęte zarzutami, a która nie wymagała zamieszczenia ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Ogłoszenie zostało zamieszczone w biuletynie zamówień publicznych, co mogło wprowadzać w błąd wykonawców ubiegających się o zamówienie przy ustaleniu rzeczywistego charakteru zamówienia i ewentualnych rygorów Ustawy, które mogą mieć zastosowanie. W niniejszej sprawie, błędne informacje co do charakteru zamówienia, nie miały jednak wpływu na prawa wykonawców, gdyż to Ustawa określa reguły obowiązujące dla zamówień określonego rodzaju. Skoro przy zamówieniach sektorowych przepisy Ustawy znajdują zastosowanie dopiero przy wartości 418 000 euro, ani czynności Zamawiającego, ani decyzje Izby, nie mogą prowadzić do przyznania większych uprawnień, niż te jakie wynikają z Ustawy.

Reasumując należy uznać, że w sprawie dotyczącej zamówienia sektorowego o wartości mniejszej od kwoty 418 000 euro, do którego nie mają zastosowania przepisy Ustawy, w tym dotyczące środków ochrony prawnej, odwołanie nie przysługuje i podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Ustawy.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 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 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 7.500 zł. Izba nakazała zwrócić Odwołującemu kwotę 7.500 zł. nadpłaconą ponad należny wpis w postępowaniu o wartości nie przekraczającej kwoty, od której uzależniony jest obowiązek publikacji ogłoszenia o zamówieniu w publikatorze unijnym.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie;** .....

.....