

POSTANOWIENIE

z dnia 12 czerwca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 12 czerwca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2018 roku przez wykonawcę **EmiTel S.A z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Polskie Radio Rzeszów SA z siedzibą w Rzeszowie**

przy udziale wykonawcy **Ł. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transmisja Ł. S. z siedzibą w Rzeszowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

postanawia:

- 1. odrzuca odwołanie;**
- kosztami postępowania obciąża wykonawcę **EmiTel S.A z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EmiTel S.A z siedzibą w Warszawie** 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 2017, poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 28 maja 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 - dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie złożył Wykonawca **EmiTel S.A z siedzibą w Warszawie** (dalej jako „Odwołujący” lub „Wykonawca”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie „usług emisji programu Polskiego Radia Rzeszów S.A.” w Rzeszowie prowadzi Zamawiający: **Polskie Radio Rzeszów SA z siedzibą w Rzeszowie**. Wartość szacunkowa postępowania kształtuje się poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 kwietnia 2018 roku pod numerem 547846-N-2018.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TRANSMISJA Ł. S., pomimo że obowiązek dokonania takiej czynności spowodowany był niezgodnością oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ, ewentualnie,
- 2) w zależności od dokonanych w trakcie postępowania odwoławczego ustaleń, naruszenie z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz.U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 ze zm.), poprzez wybór oferty wykonawcy TRANSMISJA Ł. S. jako najkorzystniejszej pomimo, że wykonawca ten nie ma prawnych możliwości uruchomienia usługi w terminie określonym w SIWZ, bowiem nie dokonał stosownego opomiarowania i zgłoszenia instalacji wytwarzającej promieniowanie PEM, co uczyniło niemożliwym wykonanie świadczenia w terminie i prowadzi do zawarcia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą umowy o świadczenie pierwotnie niemożliwe, tj. umowy nieważnej,
- 3) art. 91 ust 1 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp poprzez to, iż nie wybrał zgodnie z brzmieniem tego przepisu oferty Odwołującego, choć to ona była najkorzystniejsza, zgodna z SIWZ, a wybrał ofertę wykonawcy, która nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu tego przepisu;

- 4) art. 7 ust 1 i 3 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami;
- 5) art. 22 ust 1 pkt 2 i 4 w zw. z art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp, oraz w zw. z 24 ust. 4 ustawy Pzp, z ostrożności procesowej naruszenie art. 26 ust. 3-4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia TRANSMISJA Ł. S. oraz zaniechanie uznania oferty TRANSMISJA Ł. S. za odrzuconą, mimo, iż Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie: przedłożenia poświadczonego za zgodność z oryginałem aktualnego zaświadczenia o wypisie do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, lub przynajmniej przy zachowaniu ostrożności procesowej wezwania tego Wykonawcy do złożenia dokumentów bądź wyjaśnień potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu,

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia tych czynności,
- 2) ponowne dokonanie badania i oceny ofert;
- 3) dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego na wykonanie zamówienia, jako najkorzystniejszej.

Nadto w przypadku uwzględnienia zarzutu numer 1, 2 oraz 5 Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy TRANSMISJA Ł. S., jako niezgodnej z treścią SIWZ lub nieważnej na pod stawne odrębnych przepisów, ewentualnie wezwania wykonawcy TRANSMISJA Ł. S. do udzielenia wyjaśnień w sprawie złożonej oferty oraz przedłożenia dokumentów w przypadku uwzględnienia zarzutu numer 5. Odwołujący wskazał, że posiada interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Oferta Odwołującego, jako spełniająca wymagania SIWZ, ma szansę być wybrana, jako najkorzystniejsza w postępowaniu, pod warunkiem prawidłowej oceny ofert, a która to czynność została wykonana przez Zamawiającego wadliwie. Odwołujący zaskarżając tę czynność wykazał wprost uszczerbek w jego interesie prawnym, gdyż w przypadku prawidłowego i zgodnego z ustawą Pzp działania Zamawiającego, Odwołujący uzyskałby zamówienie.

Odwołujący otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty dnia 23 maja 2018 roku, tak, więc termin do złożenia odwołania został zachowany. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania pocztą elektroniczną zgodnie z treścią art. 180 ust 5 Pzp. Wpis od odwołania w wymaganej

wysokości 7 500,00 zł został uiszczony na rachunek UZP. Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca **Ł. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Transmisja Ł. S. z siedzibą w Rzeszowie**. Izba uznała zgłoszone przystąpienie za skuteczne.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie należy wskazać, że Izba z urzędu zobligowana jest ustalić, czy zostały spełnione przesłanki skutkujące odrzuceniem odwołania. Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp.

Jak ustaliła Izba, w protokole postępowania Druk ZP-PN w punkcie 4, Zamawiający podał, że wartość zamówienia określona została na kwotę 106 429,00 zł, co stanowi równowartość 24 683,77 euro. Wartość szacunkowa została ustalona w dniu 14/03/2018 roku na podstawie ceny dotychczas obowiązującej umowy oraz prognozowanej wartości kosztów energii, remontów i modernizacji obiektu. Z protokołu wynika, że zamówienie nie zostało podzielone na części ze względów technologicznych, ponieważ zamówienie winno być świadczone przez jednego wykonawcę. Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że w przedmiotowej sprawie ma zastosowanie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym ustawy nie stosuje się do zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza kwoty 30 000 euro. Dla tych zamówień nieprzekraczających wskazanej wartości (bez podatku VAT) ustawodawca zrezygnował z obowiązku stosowania ustawy przez zamawiających, wymagając by wydatkowanie środków publicznych, odbywało się zachowaniem zasad wynikających z przepisów o finansach publicznych. Tym samym w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp, również w zakresie środków ochrony prawnej, o których stanowi dział VI ustawy Pzp. To oznacza, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie wskazanego art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba obowiązana jest odrzucić odwołanie, jeżeli w prowadzonym postępowaniu stwierdzi brak zastosowania przepisów ustawy Pzp. Prowadzonego postępowania przez Zamawiającego, którego przedmiotem jest „usługa emisji programu radiowego z obiektu radiowego Tarnobrzeg 90,3 Mhz” nie można bowiem uznać w świetle ustawy Pzp za postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Nie uchyla to jednakże nałożonego na Izbę obowiązku odrzucenia odwołania. To zaś oznacza, że Izba nie jest właściwa do udzielania ochrony prawnej uczestnikom tej procedury, ale do wydania rozstrzygnięcia o charakterze formalnym.

Należy przy tym stwierdzić, że okoliczność, iż Zamawiający przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia stosując instytucje Prawa zamówień publicznych, nie

uprawnia wykonawców do skutecznego wniesienia odwołania do Prezesa KIO. Powyższego nie zmienia także błędne pouczenie wykonawców w tym zakresie, jakie zamieszczono zarówno w SIWZ, jak i w ogłoszeniu o zamówieniu. Nie rodzi ono po ich stronie uprawnień do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych dla postępowań, w których stosowanie przepisów ustawy Pzp jest obligatoryjne. Dostrzeżenia wymaga, że Wykonawcy mają możliwość uprzedniego sprawdzenia wartości szacunkowej zamówienia w protokole ZP, mogą uczestniczyć w sesji otwarcia ofert, gdzie zamawiający podają kwotę, którą zamierzają przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i te dwie wartości, a także cena ofert kształtująca się w okolicach 100 000 zł winna być wskazówką, czy stosowanie przepisów ustawy Pzp ma charakter obowiązkowy. O tym czy mamy do czynienia z zamówieniem powyżej wartości 30 000 euro nie decyduje fakt zamieszczenia ogłoszenia w stosownym publikatorze, czy też pouczenie o środkach ochrony prawnej zawarte w SIWZ, ale rzeczywista wartość zamówienia (oszacowana przez Zamawiającego, wynikająca z protokołu postępowania lub z wniosku o udzielenie zamówienia). W tym zakresie skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone w orzecznictwie, m.in. postanowienie KIO z dnia 17/03/2009, sygn. akt KIO/UZP 260/09; postanowienie z dnia 26/03/2012, sygn. akt KIO 527/12; postanowienie KIO z dnia 30/01/2013, sygn. akt KIO 94/13; postanowienie KIO z dnia 15/02/2013, sygn. akt KIO 280/13; postanowienie KIO z dnia 10/08/2017, sygn. akt KIO 1559/17. Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy 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 (t.j z 2018 r. Dz. U. poz. 972). 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 Ga517/11).

Przewodniczący:

.....