

Sygn. akt KIO 1674/16

POSTANOWIENIE

z dnia 15 września 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak

Marzena Ordysińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 15 września 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2016 roku przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Mińsku Mazowieckim S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Siennice**

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Mińsku Mazowieckim S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Siedlcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Siennica prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa pn. „Dowóz dzieci i młodzieży szkolnej w roku szkolnym 2016/2017”.

Wartość zamówienia została oszacowana przez zamawiającego na kwotę 211 810,18 zł, co stanowi 50 734,19 euro, a więc wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.).

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w części I i unieważnieniu postępowania w części II zostało przesłane wykonawcom oraz zamieszczone na stronie internetowej zamawiającego dnia 2 września 2016 r.

Odwołujący – Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Mińsku Mazowieckim S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim jako wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w Części I wniósł dnia 7 września 2016 r. odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w Części I zamówienia.

Zaskarżonej czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1/ art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy P. R. działającego pod firmą „Rapit Latowich P. R.” ze względu na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w postaci wymaganego doświadczenia w zakresie realizacji co najmniej dwóch usług, wykonywanych w sposób ciągły przez okres co najmniej 10 miesięcy każda, o wartości min. 60 000 zł brutto każda, polegających na przewozie dzieci pełnosprawnych do szkół (placówek oświatowych) i w konsekwencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania;

2/ art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców tj. przez zaniechanie odrzucenia oferty ww wykonawcy, podlegającej odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 tj w sytuacji gdy wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy pzp, a w konsekwencji potraktowanie oferty w

sposób preferencyjny w stosunku do ofert złożonych przez innych wykonawców (tj. odwołującego).

Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy Rapit/.../ z udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty tego wykonawcy jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał na treść przepisu art. 22 ust. 1 i 1b pkt 3 ustawy pzp dotyczącego warunków udziału w postępowaniu jako mogących dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej oraz art. 22d ust. 1 zgodnie z którym zamawiający oceniając zdolność techniczną lub zawodową może postawić minimalne warunki dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych do realizacji zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca, którego oferta została w Części I wybrana jako najkorzystniejsza nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w treści pkt 2.1.1 w Rozdziale VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisanego wyżej w pkt 1 zarzutów odwołania.

Wykonawca ten wskazał w wykazie usług (według załącznika nr 5 do siwz) dwie następujące usługi:

a/ „Dowóz uczniów do szkół z terenu Gminy Latowicz” w okresie 1.09.2015 r. do 24.06.2016 r. n kwotę 166 212,47 zł świadczoną rzekomo przez „Rapit” na rzecz Gminy Latowicz, oraz

b/ „Dowóz uczniów do szkół w Żakowie, Szkoła Podstawowa Siennica ZS Siennica w okresie 1.09.2015 r. do 24.06.2016 r. na kwotę 133 219,93 zł, świadczoną rzekomo przez Rapit na rzecz Gminy Siennica.

Na wezwanie zamawiającego wykonawca dołączył także referencje wskazanych wyżej zamawiających. Przedmiotowe referencje, jak stwierdził odwołujący, nie potwierdzają rzeczywistego stanu rzeczy, gdyż wymienione wyżej Gminy nie były uprawnione do wystawienia takich referencji, bowiem w okresie wskazanym w ich treści oraz treści wykazu, nie były stronami jakichkolwiek umów z wykonawcą Rapit, których przedmiotem miałyby być świadczenie przez wykonawcę na rzecz Gmin usług „polegających na przewozie dzieci pełnosprawnych do szkół (placówek oświatowych) w rozumieniu wskazanego postanowienia siwz.

Na potwierdzenie stanowiska odwołujący złożył pisma uzyskane z Gminy Latowicz i Siennica wskazujące, że gminy te nie miały umowy z wykonawcą Rapit, której przedmiotem byłby dowóz dzieci do szkół.

Z treści pism odwołujący wywodzi, że zgodnie z obowiązującymi przepisami Gminy jedynie refundowały rodzicom uczniów koszt biletów, które rodzice nabywali od firmy Rapt. A zatem, Gminy nie miały wiedzy na temat tego. Jak była wykonywana usługa przewozowa, ponieważ nie miały one zawartej umowy z wykonawcą Rapit.

W niniejszej sprawie stronami umów byli wyłącznie rodzice uczniów zawierający umowy przez zakup biletów, nie zaś Gminy, które wystawiły referencje.

Niezależnie od powyższego odwołujący zauważa, że referencje Gminy Latowicz dotyczą także dowozu uczniów do Zespołu Szkół specjalnych im. Janiny Porazińskiej w Ignacewie tj. dzieci niepełnosprawnych na podstawie umów zawarty pomiędzy Rapit i Gminą Latowicz, natomiast wymogiem siwz było wykazanie się wyłącznie doświadczeniem w zakresie świadczenia usług polegających na przewozie dzieci pełnosprawnych (podkr. Odwołującego) do szkół(placówek oświatowych). Potwierdza to również, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału.

Odwołujący zauważył także, że z treści obu „wadliwych” referencji nie wynikają również kwoty /wartości/ zamówienia/usług rzekomo świadczonych przez wykonawcę, które zostały ujęte w jednej z rubryk przedłożonego wraz z ofertą wykazu usług.

Odwołujący przypomniał, że wykonawca powinien udowodnić w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego spełnianie warunków udziału w tym postępowaniu.

W wyniku rozpatrzenia odwołania na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Jak ustalono na podstawie akt sprawy, postępowanie dotyczy zamówienia publicznego na usługi, a wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie w niniejszej sprawie dotyczy czynności prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z zaniechaniem wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co zdaniem Odwołującego nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy pzp wskazanych w zarzutach i uzasadnieniu odwołania.

Izba z urzędu na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron dokonała czynności formalnoprawnych i sprawdzających, w wyniku których stwierdziła, że w tak ustalonym stanie faktycznym przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w brzmieniu ustalonym nowelizacją z 22 czerwca 2016 roku (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) 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 wskazano wyraźnie, iż w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, nazywanym także podprogowym, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty

Można zauważyć, że jakkolwiek katalog sytuacji, w których, w postępowaniach podprogowych w wyniku wspomnianej nowelizacji przysługuje odwoływanie, uległ rozszerzeniu, między innymi o czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, to zdaniem składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczy czynności, wobec których ustawodawca nadal wyłączył prawo zaskarżenia decyzji Zamawiającego.

Odwołanie dotyczy zaniechania wykluczenia wykonawcy i konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp tj. złożonej przez wykonawcę z postępowania wykluczonego. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu pomieszczonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie takiego rozstrzygnięcia.

Analiza treści obowiązującego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp i użycia w nim sformułowania „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” prowadzi zdaniem Izby do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania i zaniechanie czynności odrzucenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Za takim rozumieniem przepisu przemawia wykładnia językowa art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Ustawodawca zdecydował się wprowadzić nową przesłankę, zgodnie z którą w postępowaniach podprogowych odwołanie ma przysługiwać także wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie jednak nie zostały wykreślone ani zmienione przesłanki z pkt 3 i 4, zgodnie z którymi odwołanie ma

przysługiwać wobec czynności odrzucenia wyłącznie oferty Odwołującego i czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Nie ma podstaw do domniemywania, że „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” obejmuje również zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania innych wykonawców lub zaniechanie odrzucenia ich ofert. Nie jest to konieczne dla interpretacji przesłanki z pkt 6 analizowanego przepisu, która to przesłanka ma określony zakres zastosowania, służy mianowicie zakwestionowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza, gdyż nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała albo nie jest ofertą z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt, czyli nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu definicji z art. 2 pkt 5 Pzp.

Ponadto dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter wyjątku od zasady. W przeciwieństwie do postępowań powyżej progów, w przypadku postępowań podprogowych zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje. O intencjach ustawodawcy świadczy świadomie użyte w art. 180 ust. 2 Pzp słowo „wyłącznie”, co oznacza, że przesłanki uprawniające do wniesienia odwołania są wymienione enumeratywnie (taksatywnie). Treść przepisu wskazuje, że w wyniku nowelizacji nie zniesiono różnic przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych i postępowaniach powyżej progów. Zdecydowano jedynie o poszerzeniu katalogu przesłanek umożliwiających wniesienie odwołania w postępowaniach podprogowych. Skoro zatem katalog czynności, wobec których odwołanie przysługuje nadal, ma charakter wyjątku od zasady, to wyjątków nie można interpretować rozszerzająco w myśl zasady *Exceptiones non sunt extendendae*.

Można także zauważyć, iż w postępowaniach powyżej progów, odwołanie służy wobec „niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy”, natomiast w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp jest mowa o tym, że odwołanie w postępowaniach podprogowych służy wyłącznie wobec czynności, zaś ustawodawca nie wspomina o „zaniechaniach”. Nie ma zatem podstaw, aby domniemywać, że wyłącznie w przypadku przesłanki z pkt 6 obejmuje ona nie tylko czynność, lecz również zaniechanie czynności (w dodatku innych niż czynność wprost wymieniona w przesłance). Przewidziany w przepisie art. 180 ust. 2 katalog przesłanek zawsze miał charakter pozytywny, odnosił się do czynnego zachowania Zamawiającego, nie wspominał o możliwych zaniechaniach. Sytuacja ta nie uległa zmianie w wyniku ostatniej nowelizacji ustawy. Nadal ustawodawca koncentruje się na zachowaniach zamawiającego o charakterze czynnym, które doprowadziły do danego wyniku postępowania, nie wspomina zaś o zaniechaniach.

W dalszej kolejności zauważyć należy, że z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp wynikało, że zamawiający miał jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania.

Z treści obecnie obowiązującego przepisu art. 92 ust. 1 ustawy Pzp wynika, iż zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Zatem znacznie częściej zamawiający będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą. Trudno uznać, że pod pojęciem „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się również „zaniechanie czynności odrzucenia” i „zaniechanie czynności wykluczenia” w sytuacji, gdy zamawiający nie dokona jeszcze czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Konkludując, przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” należy rozumieć szeroko – jako zaniechanie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie daje się obronić w świetle reguły racjonalności ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby w istocie jedynie unieważnienie postępowania. Zauważyć jednak należy, że w wyniku nowelizacji o wiele większe znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie będzie w znacznej większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większego znaczenia nabierze w konsekwencji zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem twierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, której znaczenie wzrośnie.

Dodatkowo przypomnieć należy, że w toku uzgodnień międzyresortowych pracy nad nowelizacją, Ministerstwo Środowiska zgłosiło uwagę, że rozszerzenie katalogu okoliczności, wobec których można zastosować środki ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych, ograniczy efektywność postępowań. Wskazywano, że jeżeli zaproponowana zmiana jest konieczna, przy tak rozszerzonym katalogu okoliczności umożliwiających skorzystanie ze środków ochrony prawnej, niecelowe jest w ogóle utrzymanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Autor nowelizacji (Ministerstwo Rozwoju) zaznaczyło w toku prac legislacyjnych, że zmiana jest korzystna dla wykonawców, a enumeratywne wyliczenie nie otwiera zakresu środków ochrony prawnej tak szeroko, jak jego brak. *„Przed wszystkim, poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego, a to znaczna różnica”*. Poza tym uznano, że do rozważenia jest rezygnacja z pkt 7 - unieważnienia postępowania, w tym przypadku bowiem

nikt nie uzyskuje zamówienia. Ostatecznie, zgodnie z takimi założeniami właśnie ukształtowała się treść art. 180 ustawy Pzp.

Zatem, zarzuty przedstawione w rozpoznawanym odwołaniu nie mieszczą się w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, gdzie mowa jest o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś zaniechaniu odrzucenia wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą. Dlatego też odwołanie podlega odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, z powodu braku tego typu zachowań zamawiającego w katalogu przesłanek wszczęcia postępowania odwoławczego ujętych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzono, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 180 ust. 2, ustawa nie przyznaje ochrony prawnej w przedstawionych okolicznościach faktycznych i prawnych. Tym samym zasadne stało się odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie i art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp czyli stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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), to jest stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....