

**Sygn. akt: KIO 959/16**

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 21 czerwca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 21 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ELEKTROTIM Spółka akcyjna we Wrocławiu, ZEUS Spółka akcyjna w Pruszczu Gdańskim, TELBUD Spółka akcyjna w Poznaniu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie,

przy udziale QUMAK S.A. Spółka akcyjna w Warszawie zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ELEKTROTIM Spółka akcyjna we Wrocławiu, ZEUS Spółka akcyjna w Pruszczu Gdańskim, TELBUD Spółka akcyjna w Poznaniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną 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) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp” – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę systemów ochrony w ramach modernizacji technicznych środków wspomagających ochronę w kompleksie wojskowym Niedźwiedź.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w BZP pod poz. 22047 z 3 marca 2016 r.

W dniu 3 czerwca 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: ELEKTROTIM Spółka akcyjna we Wrocławiu, ZEUS Spółka akcyjna w Pruszczu Gdańskim, TELBUD Spółka akcyjna w Poznaniu wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem niezaproszenia Odwołującego do składania ofert.

**Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, oświadczeń stron oraz pisma procesowe stron, Izba ustaliła, co następuje.**

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Odwołanie dotyczy i zarzuca naruszenie następujących przepisów przez następujące czynności Zamawiającego:

- art. 51 ust 1 Pzp poprzez niezakwalifikowanie Odwołującego do dalszego etapu postępowania (niezaproszenie do złożenia oferty) pomimo, że Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu i powinien zostać zaproszony do złożenia oferty,
- art. 51 ust 2 Pzp poprzez niezakwalifikowanie Odwołującego do dalszego etapu postępowania (niezaproszenie do złożenia oferty), pomimo że według kryteriów ustalonych przez Zamawiającego konsorcjum powinno być zakwalifikowane do grupy 3 wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert
- art. 51 ust 2 Pzp poprzez błędną ocenę wniosków w zakresie wykazu robót budowlanych i dokumentów potwierdzających ich wykonanie, co doprowadziło do

przyznania Odwołującemu mniejszej ilości punktów, od czego zależało zaproszenie Odwołującego do złożenia oferty,

- art. 26 ust 3 Pzp w związku z art. 14 Pzp oraz art. 58 Kodeksu cywilnego poprzez zamieszczenie w ogłoszeniu o przetargu postanowienia, które jest nieważne,
- art. 51 ust 2 Pzp poprzez dokonanie czynności niezaproszenia wykonawców do składania ofert i zaproszenia do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób nieobiektywny i dyskryminacyjny.
- art. 7 ust 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania wykonawców oraz w sposób, który zmierza do wybrania wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

### **Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie złożone w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp, dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 Pzp.

Według art. 180 ust. 2 ustawy, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 51 ustawy, dotyczącym przetargu ograniczonego:

1. Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w liczbie określonej w ogłoszeniu zapewniającej konkurencję, nie mniejszej niż 5 i nie większej niż 20.

1a. O wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

2. Jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny. Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Przesłanki wykluczenia oraz samą czynność wykluczenia określa regulacja art. 24 Pzp. Między innymi przepis art. 24 ust. 3 stanowi, iż zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, z zastrzeżeniem art. 92 ust. 1 pkt 3.

Odwołanie dotyczy w tym przypadku zaniechania kwalifikacji Wykonawcy, na tzw. „krótką listę” wykonawców najlepiej spełniających warunki udziału w postępowaniu i zaproszonych do składania ofert – czynności, o której mowa w art. 51 ust. 2 zd. 1 ustawy.

Zamawiający uznał, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie jakichkolwiek innych negatywnych przesłanek warunkujących dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W żadnym razie nie podjął i nie przeprowadził czynności wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Natomiast ocena punktowa wniosku i zaniechanie kwalifikacji Wykonawcy do zaproszenia do składania ofert, nie są czynnościami, o których mowa w art. 180 ust. 2 ustawy.

Powyższego nie zmienia regulacja art. 51 ust. 2 zd. 2 ustawy, według której Wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Fakt, że z mocy prawa, wykonawcę niezaproszonego do składania ofert traktuje się jak wykonawcę wykluczonego, tzn. nie bierze on już udziału w dalszym postępowaniu, nie oznacza, że zaniechanie zaproszenia do składania ofert jest czynnością wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 180 ust. 2 pkt 3 ustawy. Tego typu przesunięcie kategoryjne nie jest możliwe zwłaszcza w świetle okoliczności, że regulacja art. 180 ust. 2 ustanawia wyjątki od ogólnej reguły niedopuszczalności wnoszenia odwołań poniżej progów, a jak wiadomo, wyjątki nie powinny być interpretowane rozszerzająco. Zwłaszcza przy pomocy rzeczowego przesunięcia kategoryjnego ze skutku na czynność – przepis art. 180 ust. 2 dotyczy zdefiniowanych w ustawie i podejmowanych na podstawie jej przepisów konkretnych czynności, natomiast przepis art. art. 51 ust. 2 zd. 2 nie dotyczy wcale traktowania jednej czynności jako innej. Czynność wykluczenia wykonawcy ma swoje przesłanki i sposób przeprowadzania, które jako jedyne podlegają badaniu na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 3 ustawy. Przyjęcie do orzekania czynności kwalifikowania wykonawców do zaproszenia do składania ofert stanowiłoby więc przekroczenie dyspozycji tego przepisu.

Również pozostały zakres zaskarżenia zarzutami odwołania nie mieści się w dyspozycji art. 180 ust. 2 ustawy.

W związku z powyższym na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 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).

.....