

POSTANOWIENIE
z dnia 3 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 3 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2014 r. przez wykonawcę **D..... Ś..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ferro-System D..... Ś....., ul. Dobra 3, 42-300 Myszków,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bolesława Prusa 75-79, 50-316 Wrocław,**

postanawia:

1) odrzuca odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **D..... Ś..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ferro-System D..... Ś....., ul. Dobra 3, 42-300 Myszków**

i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu.**

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

I. Wykonawca – D..... Ś..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Ferro-System D..... Ś..... z siedzibą w Myszkowie - wniósł, jako odwołujący, odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawą Pzp”, czynności zamawiającego - Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi naprawy jarzma obrotnicy do autobusów komunikacji miejskiej, zwanego dalej „postępowaniem”.

Odwołujący wskazał, że powziął wiadomość o podstawie wniesienia odwołania w dniu 10 lutego 2014 r., tj. w dniu otrzymania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, za pośrednictwem faksu. Zatem, odwołanie zostało wniesione w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że ma interes *prawny* w uzyskaniu zamówienia i wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta była drugą ofertą tuż obok oferty wybranej, jako najkorzystniejszej. Zdaniem odwołującego, jego oferta spełniała warunki oferty najkorzystniejszej, bowiem wykonawca Zakład Obróbki Precyzyjnej - Łabędy Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, którego oferta zawierała cenę wyższą od ceny oferty odwołującego oraz wskazane mniejsze doświadczenie, otrzymał zamówienie, jako wykonawca oferty najkorzystniejszej. Oznacza to, że gdyby oferta odwołującego nie została niesłusznie i bez podstaw wykluczona, to odwołujący otrzymałby zamówienie. Tym samym odwołujący w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę nie uzyskując zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i niezapewniający równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 2 przez wykluczenie - odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że jej treść odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia;

- 3) art. 24 ust. 2 pkt 2 przez uznanie przedstawionych przez odwołującego, jako niezgodnych z rzeczywistością i nieprawdziwych informacji na temat dotychczasowego doświadczenia w zakresie wykonywanych usług na rzecz zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakład Obróbki Precyzyjnej - Łabędy Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy ul. Mechaników 9, 44-109 Gliwice;
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru ofert i wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej;
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze odwołującego:
- A..... T....., A..... S..... .

II. Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu - przesłał Prezesowi Izby - w dniu 21 lutego 2014 r. pocztą elektroniczną, w dniach 24 lutego i 27 lutego 2014 r. faksem oraz w dniu 28 lutego 2014 r. z zachowaniem formy pisemnej - informację, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „naprawę podzespołów do autobusów”, którego dotyczy odwołanie nie stosuje się przepisów ustawy Pzp, a więc odwołujący nie może korzystać ze środków ochrony prawnej określonych w przepisach tej ustawy.

Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie swojego stanowiska.

„(...) Spółka jako Zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp), przeprowadziła postępowanie na „naprawę podzespołów do autobusów” w celu wykonywania działalności wymienionej w art. 132 ust. 1 pkt 6, tj. w celu obsługi sieci świadczących publiczne usługi w zakresie transportu autobusowego (zamówienie sektorowe).

Zgodnie z art. 133 ust. 1, 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 Pzp, co oznacza, że przy udzielaniu zamówienia sektorowego na usługi, których wartość jest mniejsza od kwoty 400.000 euro, nie stosuje się przepisów ustawy Pzp.

Ogłoszenie postępowania, którego dotyczy odwołanie, zostało zamieszczone na stronie internetowej w dniu 20.12.2013 r.

Wartość szacunkową zamówienia ustalono na kwotę 648.900 zł, stanowiącą równowartość 161.434 euro, co oznacza, że Zamawiający nie był zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp.

Przedmiotowe postępowanie zostało przeprowadzone w procedurze zgodnej z Zarządzeniem Nr 5/12 Prezesa Zarządu MPK Sp. z o.o. w sprawie: udzielania zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez MPK Sp. z o.o. we Wrocławiu (zamieszczonym na stałe na stronie internetowej Zamawiającego - www.mpk.wroc.pl), o czym Zamawiający poinformował w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym na stronie internetowej (Załącznik nr 1), a także na stronie tytułowej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) - (Załącznik nr 2).

Ponadto w punkcie 19 SIWZ (str. 10) Zamawiający poinformował Wykonawców, iż nie przysługuje im odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, ponieważ postępowanie jest prowadzone zgodnie z Zarządzeniem Nr 5/12 Prezesa Zarządu MPK Sp. z o.o. (Załącznik nr 3).

Reasumując powyższe, w ocenie Zamawiającego, Wykonawcy – D..... Ś..... prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą FERRO-SYSTEM D..... Ś....., nie przysługuje wniesienie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.”

III. Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania na „naprawę podzespołów do autobusów” (kopia doręczona w dniu 28 lutego 2014 r.), uznała, że okoliczności przedstawione przez zamawiającego spełniają przesłankę, o której stanowi przepis art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy.

Status prawny zamawiającego, rodzaj przedmiotu zamówienia i jego wartość, potwierdzają stanowisko przedstawione w piśmie zamawiającego, w przedmiocie nie stosowania przepisów ustawy Pzp.

Informacja o prowadzeniu postępowania według odrębnej procedury oraz o odrębnym trybie podważania czynności zamawiającego, niż tryb określony w Dziale VI ustawy Pzp „Środki ochrony prawnej”, została zamieszczona w podstawowych dokumentach zamawiającego, udostępnianych wykonawcom - ogłoszeniu o przetargu nieograniczonym na naprawę podzespołów autobusowych (PN/65/2013) i specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla tego postępowania, pkt 19. „Pouczenie o środkach ochrony prawnej przysługujących wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia.”

Czynności zamawiającego wykonane w procedurze, w której nie mają zastosowania przepisy ustawy Pzp, nie podlegają ocenie Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba uznając, że dokumentacja postępowania przekazana przez zamawiającego stanowi wystarczającą podstawę do oceny stanu faktycznego i prawnego sprawy, odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron na podstawie art. 189 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła stosownie do jego wyniku zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 4 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).

Przewodniczący: