

Sygn. akt KIO 2135/15

**POSTANOWIENIE
z dnia 12 października 2015 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 12 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2015 r. przez „GAZOPOL Ltd.” sp. z o.o. w Koszalinie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Darłowo

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża „GAZOPOL Ltd.” sp. z o.o. w Koszalinie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez „GAZOPOL Ltd.” sp. z o.o. w Koszalinie 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 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Po zbadaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron odwołania wniesionego przez „GAZOPOL Ltd.” sp. z o.o. w Koszalinie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Darłowo na budowę sieci kanalizacji sanitarnej Wicie wraz z przesyłem do miejscowości Krupy - Izba stwierdziła, że zaistniała przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania na posiedzeniu, przewidziana w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., dalej jako „Pzp”).

Zgodnie z przywołanym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności, niż wymienione w art. 180 ust. 2 Pzp.

W odwołaniu wniesionym 2 października 2015 r. odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 pkt 1-3 w zw. z art. 7 Pzp przez dopuszczenie do sytuacji, w której doszło do czynu nieuczciwej konkurencji i złamania podstawowych zasad przetargu, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zasady zapewnienia uczciwej konkurencji polegającym na:

- użyciu w specyfikacji przetargu dokładnej nazwy urządzenia - EKON kolumna odpowietrzająco - napowietrzająco i EKOS kolumna płuczaco - spustowa przy jednoczesnym braku wskazania cech tych urządzeń i dokonaniu specyfikacji jedynie przez odesłanie do karty katalogowej producenta - firmy EKOWODROL Sp. z o.o. - uczestnika postępowania, powodujące brak możliwości użycia innego urządzenia niż w/w;

- dopuszczenie do sytuacji, w której jeden z wykonawców biorących udział w przetargu był jedynym producentem urządzenia spełniającego warunki zamawiającego, co doprowadziło do sytuacji, w której powstały znaczące rozbieżności pomiędzy ceną ofertową wykonawcy będącego jednocześnie producentem, a wykonawcy uzależnionego od dokonania zakupu urządzenia u producenta – wykonawcy;

- przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówień publicznych powinno być przeprowadzone w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, z zachowaniem bezstronności i obiektywizmu i zgodnie z przepisami ustawy. Natomiast przedmiot przetargu powinien być określony w sposób jednoznaczny, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, spełniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i nie może

opisywać przedmiotu zamówienia w sposób , który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, zwłaszcza przez wskazania dokładnej nazwy urządzenia i odesłanie do karty katalogowej producenta (co miało miejsce w niniejszej sprawie) .

2. art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp polegającą na złożeniu przez wykonawcę EKOWODROL Sp. z o.o. dokumentów i oświadczeń, które nie potwierdziły spełnienia warunków udziału w postępowaniu - wykonaniu własnymi siłami jednego zadania polegającego na wykonaniu rurociągów przewiertem sterowanym (sieć kanalizacyjna, wodociągowa, gazowa itp.) o średnicy co najmniej 90 mm i długości nie mniejszej niż 10.000 m a następnie zaniechaniu wezwania przez zamawiającego wykonawcy do złożenia niezbędnych wyjaśnień w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy brak potwierdzenia spełnienia warunków winien skutkować wykluczeniem oferty wskazanego wykonawcy z postępowania.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej i wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy EKOWODROL Sp. z o.o. a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert spośród pozostałych złożonych ofert.

Na podstawie akt postępowania odwoławczego Izba ustaliła, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 31 sierpnia 2015 r. pod pozycją 225082, a wartość zamówienia jest niższa, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, gdyż wynosi 6.047.059,50 zł co stanowi równowartość 1.431.290,56 euro.

W art. 180 ust. 2 Pzp ustawodawca ustanowił generalną regułę niedopuszczalności wnoszenia odwołania w postępowaniach, których wartość jest mniejsza, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (*arg. a contrario* z art. art. 180 ust. 2 Pzp).Wyjątek od zasady stanowią czynności wymienione w sposób enumeratywny w przywołanym przepisie tj. dopuszczalne jest wniesienie odwołania wobec wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykluczenia odwołującego z postępowania lub odrzucenia oferty odwołującego. Ustawodawca, dopuścił wniesienie odwołania jedynie wobec czynności, bezpośrednio godzących w najistotniejsze interesy wykonawcy. Katalog tych czynności ma charakter zamknięty.

Art. 180 ust. 2 Pzp nie pozwala na wnoszenie odwołania wobec zaniechania wykluczenia lub odrzucenia oferty innego wykonawcy, biorącego udział w postępowaniu. Brak jest zatem podstaw prawnych do podnoszenia zarzutów wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Przywołany przepis daje możliwość korzystania z efektywnych

środków ochrony prawnej i przyznaje prawo do wniesienia odwołania w postępowaniach o zamówienie publiczne, których wartość nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp wyłącznie w celu ochrony najważniejszych interesów wykonawcy.

Tymczasem zarzuty odwołującego dotyczą czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż kwestionowane jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez EKOWODROL Sp. z o.o.. Ponadto odwołujący kwestionuje opis przedmiotu zamówienia zarzucając zamawiającemu preferowanie wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Opis przedmiotu zamówienia nie mieści się w katalogu dopuszczalności odwołania ustalonym w art. 180 ust. 2 Pzp. Nawet jednak jeśli rozpoznawanie zarzutów wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia postępowaniach o wartości niższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, to i tak odwołujący podnosi je zbyt późno. Kwestionowanie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz postanowień ogłoszenia o zamówieniu jest dopuszczalne wyłącznie w prekluzyjnych terminach wskazanych w art. 182 ust. 2 Pzp, w okolicznościach sporu 5 dni od dnia zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Rozpatrywanie przez Izbę zarzutów podniesionych w odwołaniu jest zatem niedopuszczalne.

Powyższa wykładnia art. 180 ust. 2 Pzp, prezentowana jest jednolicie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak również jest potwierdzona w orzecznictwie sądów powszechnych.

Mając na uwadze powyższe, Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp. O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do wyniku postępowania zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 Pzp

Przewodniczący: