

POSTANOWIENIE
z dnia 6 września 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 6 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Międzyrzecu Podlaskim Sp. z o.o., ul. Radzyńska 8/10, 21-560 Międzyrzec Podlaski** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Biała Podlaska, ul. Prosta 31, 21-500 Biała Podlaska**

przy udziale wykonawcy **J..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GARDEN SERVICE J..... P....., ul. J. Kusocińskiego 29D, 21-040 Świdnik** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Międzyrzecu Podlaskim Sp. z o.o., ul. Radzyńska 8/10, 21-560 Międzyrzec Podlaski i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Międzyrzecu Podlaskim Sp. z o.o., ul. Radzyńska 8/10, 21-560 Międzyrzec Podlaski 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 2010 r., Nr 113, poz. 759 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 **Lublinie**.

Przewodniczący:

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

Zamawiający – Gmina Biała Podlaska, ul. Prosta 31, 21-500 Biała Podlaska, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn: „Dowożenie uczniów do szkół na podstawie biletów miesięcznych w roku szkolnym 2012/2013.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 sierpnia 2012 r. pod nr 170641-2012.

W dniu 24 sierpnia 2012 r. Zamawiający przesłał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dniu 30 sierpnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło (pocztą, list polecony priorytetowy nadany 29 sierpnia 2012 r.) odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Międzyrzecu Podlaskim Sp. z o.o., ul. Radzyńska 8/10, 21-560 Międzyrzec Podlaski (dalej „Odwołujący”) od czynności Zamawiającego polegającej na wadliwej ocenie dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie od Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiającemu zarzucał sprzeczne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zasadą uczciwej konkurencji i dobrych obyczajów) rozstrzygnięcie postępowania przetargowego poprzez uznanie za prawidłowe złożonych dokumentów przez wybranego Wykonawcę (tj. P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GARDEN SERVICE J..... P....., ul. J. Kusocińskiego 29D, 21-040 Świdnik) (dalej „GARDEN SERVICE J..... P.....”), co stanowi tym samym naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez uznanie za spełniające wymogi w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia Wykonawcy, którego ofertę wybrano za najkorzystniejszą.

W dz. VII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) Zamawiający zawarł zapis: „W celu potwierdzenie spełnienia warunku posiadania przez Wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia do oferty dołączyć należy: wykaz co najmniej dwóch zamówień polegających na regularnym dowożeniu uczniów do placówek oświatowych - nie mniej niż 200 uczniów jednego dnia w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania z podaniem nazwy zamawiającego, ilości przewożonych jednego dnia uczniów, nazwy zamówienia i okresu realizacji oraz załączeniem dokumentów potwierdzających jego należyte wykonanie - załącznik nr 5”.

W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Zamawiający dodatkowo potwierdził swoje wymagania w tym zakresie poprzez zapis: „proszę o uzupełnienie dokumentów potwierdzających prawidłową realizację zamówień poprzez potwierdzenie przez Zamawiających liczby przewożonych uczniów”.

Wybrany Wykonawca nie spełniał tego warunku, gdyż w złożonej ofercie złożył jedynie oświadczenie niezgodne z SIWZ, a następnie, uzupełniając dokumenty, przedstawił jedynie pismo Urzędu Marszałkowskiego o pobieraniu dopłat do biletów ulgowych, przysługujących młodzieży szkolnej, w tym również młodzieży szkół średnich, dla której jednostki samorządu terytorialnego nie mają obowiązku zapewnienia dowozu dzieci do szkół, co w tym przypadku nie może być wiarygodnym udokumentowaniem ilości przewożonych uczniów do szkół podstawowych i gimnazjalnych. Ponadto Urząd Marszałkowski nie jest Zamawiającym tego rodzaju usługi, a jest jedynie dysponentem środków budżetowych, przeznaczonych na refundację utraconych wpływów przewoźników świadczących usługi transportu drogowego i honorujących ulgi ustawowe. W związku z tym, iż wybrany Wykonawca nie udokumentował wykonania podobnych do zamawianych zadań, czyli dowozu uczniów do szkół podstawowych i gimnazjalnych - nie podając również zamawiającego, tym samym nie spełnił wymogu określonego w dz. VII pkt 2 SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił o:

- 1) zobowiązanie Zamawiającego do powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta - unieważnienie umowy,
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego

w tym:

- wpisu do odwołania w wysokości 7 500,00 zł,
- kosztów stawiennictwa na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie,
- kosztów zastępstwa przez pełnomocnika (w przypadku zastępstwa na rozprawie przed KIO - na podstawie § 1 ust. 1 pkt 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. 41/2010. poz. 238) i § 3 pkt 1 i 2 wskazanego rozporządzenia oraz na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy na posiedzeniu KIO.

W dniu 30 sierpnia 2012 r. Zamawiający w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp poinformował o wniesieniu odwołania, wezwał do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przekazał kopię odwołania (do wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Radzynie Podlaskim S.A. faksem, przedstawiciel wykonawcy GARDEN SERVICE J..... P..... odebrał wezwanie wraz z kopią odwołania osobiście) .

W dniu 31 sierpnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło (wpływ bezpośredni) zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy – GARDEN SERVICE J..... P..... . W treści zgłoszenia przystąpienia wskazano, że otrzymują je: Adresat (Prezes Krajowej Izby Odwoławczej), Zamawiający, Odwołujący.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy GARDEN SERVICE J..... P..... z uwagi na spełnienie przez niego warunków skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia są usługi, których wartość, zgodnie z informacją otrzymaną od Zamawiającego (pismo w aktach sprawy), została oszacowana na kwotę 214 365,85 zł, co stanowi równowartość 53 330,14 euro. Wartość zamówienia jest zatem mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Tym samym, w rozpatrywanym przypadku, zastosowanie znajdzie przepis art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, iż odwołanie dotyczy czynności innych niż określone w przywołanym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w przedmiotowym postępowaniu odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności enumeratywnie wymienionych w tym przepisie, tj. wobec:

- 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. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp odwołanie dotyczące czynności innych niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp (w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8) podlega odrzuceniu. W przedmiotowym odwołaniu zarzuty podnoszone przez Odwołującego dotyczą nieprawidłowości wyboru oferty najkorzystniejszej, przy zastrzeżeniu, iż Odwołujący nie

został z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykluczony, zaś jego oferta nie została odrzucona. Zaskarżona czynność Zamawiającego nie mieści się więc w katalogu czynności, wobec których przysługują środki ochrony prawnej w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż „progi unijne”. Wskazany przepis nie daje możliwości korzystania z odwołania w przypadku kwestionowania czynności wyboru oferty innego wykonawcy. Zgodnie z art. 181 ust. 1 ustawy Pzp uczestnik postępowania może jedynie w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności lub zaniechaniu czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący zresztą z możliwości tej skorzystał (pismo z 27 sierpnia 2012 r. w aktach postępowania).

Ponadto odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zostało bowiem wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej po upływie ustawowego terminu do wniesienia odwołania. Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 10 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Zgodnie z informacją otrzymaną od Odwołującego, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący otrzymał w dniu 24 sierpnia 2012 r. drogą faksową. Co za tym idzie, w przedmiotowym stanie faktycznym termin na wniesienie odwołania mijał w dniu 29 sierpnia 2012 r. Oznacza to zarazem, iż w tym terminie, dla zachowania skuteczności odwołania, niezbędne było doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej. Wskazać bowiem należy, że po wejściu w życie nowelizacji ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw dla zachowania terminu na wniesienie odwołania koniecznym jest faktyczne doręczenie odwołania Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowym terminie (art. 180 ust. 4 ustawy Pzp). W przepisach ustawy Pzp po jej nowelizacji z dnia 2 grudnia 2009 r. brak bowiem domniemania, iż złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Izby. Przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed ww. nowelizacji wyraźnie stanowiły, że „złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do Prezesa Urzędu” (art. 184 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji). Skoro ustawodawca zrezygnował z takiego unormowania, jego celem musiało być utożsamienie „wniesienia odwołania” z jego doręczeniem. Powyższe potwierdza ustawowe uregulowanie terminu na wniesienie skargi – zgodnie z art. art. 198b ust. 2 zdanie

drugie ustawy Pzp złożenie skargi w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jej wniesieniem. Uregulowanie to stanowi o celowym usunięciu art. 184 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp w brzmieniu sprzed nowelizacji z treści obowiązującej ustawy Pzp. Wobec wpływu odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 sierpnia 2012 r., stanowisko Odwołującego zawarte w treści odwołania, iż wnosi je 29 sierpnia 2012 r., nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy. W tej dacie odwołanie zostało jedynie nadane w placówce pocztowej operatora publicznego, co nie jest tożsame z wniesieniem odwołania. Nie sposób także ustalać początku biegu terminu na wniesienie przedmiotowego odwołania od zapoznania się z treścią oferty wykonawcy wybranego, co miało miejsce w dniu 25 sierpnia 2012 r. Odwołanie dotyczy bowiem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez Zamawiającego, a informację o dokonaniu tej czynności (tj. informację o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania) Odwołujący uzyskał już 24 sierpnia 2012 r. W świetle brzmienia art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ta data jest zatem miarodajna, a nie data, w której Odwołujący zapoznał się z treścią oferty konkurencyjnej.

Izba stwierdziła zatem, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem 5-ciodniowego terminu, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia także na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, niezależnie od wskazanej powyżej podstawy odrzucenia odwołania wynikającej z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności tam wskazanych, co podlega weryfikacji przez Izbę z urzędu. Odwołanie należało zatem odrzucić w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 i 6 ustawy Pzp. Na marginesie warto zauważyć, iż kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w ustawowym terminie (29 sierpnia 2012 r.), toteż nie zachodzi podstawa do odrzucenia odwołania opisana w art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 3 i 6 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp 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).

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy Pzp.

W oparciu o § 32 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. Nr 48 poz. 280), ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Izby, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: