

Sygn. akt: KIO 1864/16

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 12 października 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 12 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2016 r. przez wykonawcę **Firmę Usługowo - Handlową EKO-TOP sp. z o.o. w Rzeszowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Dziecięcy Szpital Kliniczny w Warszawie**

**postanawia:**

1. **odrzuca odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Firmę Usługowo - Handlową EKO-TOP sp. z o.o. w Rzeszowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Firmę Usługowo - Handlową EKO-TOP sp. z o.o. w Rzeszowie** 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 2015 r. poz. 2164 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Dziecięcy Szpital Kliniczny w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę w zakresie odbioru, transportu i unieszkodliwiania odpadów medycznych, niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne dla SPDSK w Warszawie”.

Przedmiotem zamówienia są usługi.

Jak wynika z pisma zamawiającego z 11 października 2016 r. (znak DZP.26.40.2016.07.AW) przedmiotowe zamówienie jest elementem zamówienia udzielanego w częściach. Na zamówienie to składają się:

- a) zamówienie udzielone na podstawie art. 4 pkt 8 ustawy Pzp na kwotę 108.041,96 zł netto (tj. równowartość 25.878,93 euro),
- b) przedmiotowe postępowanie, którego wartość wynosi 110.382,35 zł netto (tj. równowartość 26.439,52 euro),
- c) postępowanie o udzielenie zamówienia, które zamawiający zamierza ogłosić w najbliższym czasie, a którego wartość wyniesie 1.324.583,13 zł netto (tj. 317.273,02 euro).

Zsumowana wartość wszystkich części zamówienia wynosiła 1.543.007,44 zł (tj. równowartość 369.591,47 euro).

Zamawiający w ww. piśmie wyjaśnił, że skorzystał z dyspozycji art. 6a ustawy Pzp i prowadzi przedmiotowe postępowanie stosując przepisy właściwe dla wartości części zamówienia. Stosownie do art. 6a ustawy Pzp, *w przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy właściwe dla wartości tej części zamówienia, jeżeli jej wartość jest mniejsza niż wyrażona w złotych równowartość kwoty 80.000 euro dla dostaw lub usług oraz 1.000.000 euro dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% wartości zamówienia.*

Nie ulegało wątpliwości, że wartość części zamówienia, którego zamawiający zamierza udzielić w wyniku niniejszego postępowania wynosiła 26.439,52 euro, a zatem nie przekraczała kwoty 80.000 euro dla usług. Ponadto łączna wartość części zamówienia wynosiła 52.318,45 euro (25.878,93 euro + 26.439,52 euro), a więc nie przekraczała 20% wartości zamówienia (20% x 369.591,47 euro = 73.918,29 euro).

W świetle dyspozycji art. 6a ustawy Pzp, zamawiający miał zatem prawo, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia na rozpatrywaną część zamówienia, zastosować przepisy właściwe dla wartości tej części.

Powyższe znalazło odbicie na str. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z której jednoznacznie wynikało, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stosując przepisy dla postępowań o wartości nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 września 2016 r., pozycja 3156826 (ogłoszenie o zamówieniu, w aktach sprawy). W tej samej dacie specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego.

W pkt 13 SIWZ i załączniku nr 7 do SIWZ zamawiający dokonał opisu kryteriów oceny ofert wśród których wskazano m.in. kryterium „wartość współczynnika bliskości”.

W dniu 5 października 2016 r., wykonawca Firma Usługowo - Handlowa EKO-TOP sp. z o.o. w Rzeszowie, zwana dalej „odwołującym”, wniosła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegającej na opisie kryteriów oceny ofert. Odwołujący zarzucił zamawiającemu art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 2c Pzp oraz art. 14 ust. 1 Pzp w związku z art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2013.21 z późn. zm.) oraz art. 58 § 1 ustawy z dnia 26 kwietnia 1963 r. Kodeks cywilny (Dz.U.2014.121 z późn. zm.) poprzez:

- a) przyjęcie przez zamawiającego wadliwego sposobu wyliczenia kryterium „wartości współczynnika bliskości”, prowadzącego do naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców - zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;
- b) przyjęcie przez zamawiającego wadliwego sposobu wyliczenia kryterium „wartości współczynnika bliskości” który nie jest związany z przedmiotem zamówienia;
- c) przyjęcie przez zamawiającego wadliwego sposobu wyliczenia kryterium „wartości współczynnika bliskości” który prowadzić może do dokonania wyboru oferty niezgodnej z obowiązującymi przepisami prawa, tj. art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, w konsekwencji dokonania czynności sprzecznej z ustawą, co powodować powinno jej bezwzględną nieważność.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez odwołującego postanowień SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania.

**Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym 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 określone w art. 180 ust. 2.*

Z treści odwołania jednoznacznie wynikało, że dotyczyło ono czynności zamawiającego polegającej na opisanu kryteriów oceny ofert w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie ulegało również wątpliwości, że zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. Ponadto zamawiający, korzystając z uprawnienia o którym mowa w art. 6a ustawy Pzp, prowadzi postępowanie o udzielenie części zamówienia stosując przepisy właściwe dla wartości tej części zamówienia, a zatem – w tym przypadku - przepisy dla postępowań o wartości nie przekraczającej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zamawiający oszacował bowiem wartość części zamówienia na kwotę 110.382,35 zł netto tj. równowartość 26.439,52 euro. Kwota ta nie przekracza kwot określonych w wydanym na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy przepisem art. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 29 grudnia 2015 r. poz. 2263 ze zm.).

W świetle powyższego zachodziła przesłanka skutkująca koniecznością odrzucenia odwołania określona w art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym *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 Pzp wskazano, iż w postępowaniu o wartości mniejszej 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) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego,
- 5) opisu przedmiotu zamówienia,
- 6) wyboru oferty najkorzystniejszej.

Analiza przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż ustawodawca nie przyznał środka ochrony prawnej w postaci odwołania wobec czynności zamawiającego polegającej na opisanu kryteriów oceny ofert. Zarzuty dotyczące opisu kryteriów oceny ofert zdecydowanie nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę wyżej poczynione spostrzeżenia, a także wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia, koniecznym było odrzucenie odwołania. Przepis art. 189 ust. 2 ustawy Pzp obliguje bowiem Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności tam wskazanych, co podlega weryfikacji przez Izbę z urzędu.

Na marginesie Izba wskazuje, że jeśli wykonawca kwestionował zasadność czynności zamawiającego, wobec której nie przysługiwało odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, to służyło mu prawo do poinformowania zamawiającego o tej okoliczności w oparciu o przepis art. 181 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Z powyższego przepisu wynika zakaz wydawania orzeczeń o charakterze merytorycznym, do jakich zalicza się oddalenie czy uwzględnienia odwołania, w innej formie aniżeli wyrok. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnej części nie miało jednak charakteru merytorycznego, zatem musiało przybrać postać postanowienia.

Zgodnie z art. 189 ust. 3 zd. 1 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp (por. przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 22 listopada 2012 r., sygn. akt XII Ga 517/11).

**Przewodniczący:** .....