

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 21 kwietnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 21 kwietnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Sp. z o.o., ul. Cegielniana 4, 86-300 Grudziądz** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Biskupiec, ul. Rynek 1, 13-340 Biskupiec,**

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Sp. z o.o., ul. Cegielniana 4, 86-300 Grudziądz, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” Sp. z o.o., ul. Cegielniana 4, 86-300 Grudziądz** 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. 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 **Elblągu**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Biskupiec, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Biskupiec”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1 w dniu 22 marca 2016 r. pod poz. 64868.

Wykonawca, Przedsiębiorstwo Usług Miejskich PUM Sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu, wniósł odwołanie wskazując, że dotyczy ono czynności opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W odwołaniu podniesiono zarzuty, podając, że dotyczą one „Decyzji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty”. Odwołujący zarzucił tej decyzji rażące naruszenie:

1. art. 22 ust 4 i ust. 5 (in principio) w zw. z art. 29 ust 1 i 2 i w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp,
2. art. 91 ust 1 i 2 Pzp,
3. art. 5 w zw. z art. 9 ustawy o płatnościach w transakcjach handlowych,

poprzez nieprecyzyjne opisanie i zastosowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a przez to brak wyboru oferty Odwołującego, która spełnia kryteria dla osiągnięcia maksymalnej ilości punktów w ramach oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu określenia i uściślenia kryteriów sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ponowną ocenę ofert i wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu w terminie składania ofert, który upłynął w dniu 1 kwietnia 2016 r. Ponadto, Odwołujący podniósł, że Zamawiający w pkt IV.2.1 ogłoszenia o zamówieniu określił kryteria oceny ofert w następujący sposób:

- 1) cena- 70,
- 2) termin płatności -5,
- 3) ocena proponowanego sposobu i jakości realizowanego zamówienia - 25.

Odwołujący złożył ofertę z ceną 838.188,00 zł; terminem płatności — 30 dni, a nadto w załączniku do formularza ofertowego pt. ocena jakości usług opisał sposób wykonywania usługi, tak aby uzyskać maksymalną ilość punktów.

Drugi wykonawca - ZDU KOMUNALKA sp. z o. o. w Biskupcu złożył ofertę z ceną 840.450,00 zł, terminem płatności 35 dni oraz wskazaniem na pozostałe kryteria określone

w załączniku do formularza ofertowego.

W dniu 8 kwietnia 2016 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez ZDU KOMUNALKA Sp. z o.o. wraz ze streszczeniem oceny ofert, z którego wynika, że Odwołujący otrzymał - 95,29 pkt procentowych, a zwycięski podmiot - 99,3%. W przekonaniu Odwołującego – powyższe rozstrzygnięcie nie jest słuszne.

W kryterium terminu płatności Odwołujący wskazał bowiem maksymalny termin zapłaty, zgodnie z ustawą z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, który w transakcjach między przedsiębiorcami a podmiotami publicznymi, w których podmiot publiczny jest dłużnikiem, termin zapłaty za dostarczone towary lub wykonane usługi nie może przekroczyć 30 dni. Zaoferowany termin zapłaty winien skutkować przyznaniem maksymalnej ilości punktów, tj. 5 pkt.

Zamawiający nie ograniczył w niniejszym postępowaniu możliwości zaoferowania długości terminu płatności, skutkiem czego drugi wykonawca określił w ofercie termin płatności nieuwzględniający bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy z dnia 12 czerwca 2003 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz. U. Nr 139, poz. 1323, ze zm.) oraz ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114 ze zm.). W tym przypadku Zamawiający nie sprecyzował kryterium i nie dokonał ewentualnej gradacji, ile punktów przyzna za dany termin.

W kryterium oceny jakości usług Zamawiający w załączniku do formularza ofertowego pt. ocena jakości usług wskazał 4 sposoby dokonywania oceny (pod-kryteria), za które łącznie można uzyskać maksymalnie 25 pkt. Zdaniem Odwołującego, również w tym kryterium Odwołujący powinien otrzymać maksymalną ilość punktów i tym samym uzyskać zamówienie.

Wg streszczenia oceny ofert, za kryterium terminu płatności Odwołujący uzyskał 4,29 pkt; za kryterium jakości 21 pkt, za cenę 70 pkt; bilans oceny wynosi 95,29 pkt. Zdaniem Odwołującego jest on niewłaściwy, krzywdzący i niemieszczący się w ustalonym kryterium, dopuszczającym dowolność i uznaniowość w dokonywaniu oceny.

Odwołujący wyjaśnił, że zamawiający co do zasady posiada swobodę w zakresie podjęcia decyzji co do sposobu oceny ofert. Swoboda zamawiającego w zakresie stosowania i określania poza-cenowych kryteriów oceny ofert jest ograniczona jedynie z uwagi na konieczność zapewnienia, aby te kryteria odnosiły się do przedmiotu zamówienia oraz były zgodne z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Zdaniem Odwołującego, precyzji i przejrzystości opisu sposobu stosowania kryteriów oceny ofert zabrakło w kwestionowanym przypadku.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, na podstawie akt sprawy i dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), jako wniesione wobec innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 Pzp, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp,.

Izba stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie zostało wniesione wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, która miała miejsce w dniu 8 kwietnia 2016 r., a nie „od czynności opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” pomimo zawarcia takiego stwierdzenia w odwołaniu. Podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczą czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, co jednoznacznie potwierdza następujące sformułowanie zarzutów: „Decyzji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołująca zarzuca rażące naruszenie: 1) Art. 22 ust. 4 upzp i art. 22 ust. 5 (in principio) upzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 upzp i w zw. z art. 7 ust.1 upzp, 2) Art. 91 ust.1 i 2 upzp, 3) Art. 5 w zw. z art. 9 ustawy o płatnościach w transakcjach handlowych, poprzez opisanie i zastosowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę przeprowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania, a przez to brak wyboru oferty PUM, która w przekonaniu odwołującej spełnia kryteria dla osiągnięcia maksymalnej ilości punktów w kryterium oceny ofert.”

Z powyższego sposobu sformułowania zarzutów, zawartego w odwołaniu, wynika, że Odwołujący myli pojęcie „opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” z pojęciem „opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”. Uzasadnienie odwołania nie zawiera jakiegokolwiek wzmianki o okolicznościach związanych z „opisem sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” w przedmiotowym postępowaniu, które w ogłoszeniu o zamówieniu zostały sformułowane w pkt III.3 oraz w rozdziale 5 SIWZ.

Jak jednoznacznie wynika z treści uzasadnienia odwołania, Odwołujący podnosi okoliczności dotyczące wyłącznie dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty złożonej przez Odwołującego w ramach ustalonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert, wskazując na pkt IV.2.1 ogłoszenia o zamówieniu, zawierający „opis kryteriów i sposobu oceny ofert”. W ramach argumentacji Odwołujący wskazuje na nieprecyzyjne sformułowanie

kryteriów oceny ofert przez Zamawiającego, co skutkuje dowolnością i subiektywnością dokonanej oceny. W konsekwencji, Odwołujący kwestionuje wybór oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez wykonawcę ZDU KOMUNALKA Sp. z o.o., która w ramach oceny ofert, została sklasyfikowana na pierwszej pozycji. Oferta Odwołującego uzyskała drugą pozycję, co potwierdza treść zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 8 kwietnia 2016 r. wraz ze streszczeniem oceny ofert, jak i protokół postępowania. Podkreślić należy, że żadna z ofert złożonych w postępowaniu nie została odrzucona.

W świetle art. 180 ust. 2 Pzp, który określa przesłanki uprawniające wykonawcę do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołującemu nie przysługuje w przedmiotowym postępowaniu odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp, z uwagi na wartość przedmiotowego zamówienia, która stanowi kwotę mniejszą niż kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie przysługuje wykonawcom wyłącznie od następujących czynności:

- wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej reki lub zapytania o cenę,
- opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia,
- odrzucenia oferty.

W ustalonym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę, że oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w ramach dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny ofert, nie zachodzi żadna z przesłanek wskazanych w art. 180 ust. 2 Pzp, która uprawniałaby Odwołującego do wniesienia odwołania na tym etapie, a więc po wyborze oferty najkorzystniejszej. Na etapie oceny ofert, stosownie do art. 180 ust. 2 Pzp dopuszczalne jest jedynie wniesienie odwołania wobec czynności odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu żadna z tych czynności nie miała miejsca.

Niezależnie od powyższego, wniesienie na etapie oceny ofert odwołania wobec opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 2 Pzp, zawartego w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, należałoby stanowczo uznać za spóźnione. Pięciodniowy termin na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia (art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp) w tym zakresie należałoby liczyć od dnia publikacji ogłoszenia w przedmiotowym postępowaniu, tj. od dnia 22 marca 2016 r.

Nie budzi wątpliwości Izby jednak fakt, że odwołanie nie dotyczy w jakimkolwiek zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, gdyż żadna argumentacja w tym zakresie nie została w odwołaniu przedstawiona.

Należy także podkreślić, że stosownie do treści art. 180 ust. 2 Pzp, w przedmiotowym postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust 8 Pzp, odwołanie nie przysługuje wobec opisu kryteriów i sposobu oceny ofert.

Odwołanie wniesione w zakresie wykraczającym poza dyspozycję przepisu art. 180 ust. 2 Pzp podlega odrzuceniu, stosownie do brzmienia art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono, jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:** .....