

POSTANOWIENIE
z dnia 10 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Członkowie: Beata Pakulska-Banach
Aleksandra Patyk
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 10 listopada 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego w dniu 30 października 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

MM SERVICE MONITORING Sp. z o. o. ul. Trybunalska 21, 95-080 Kruszów, MM SERVICE SECURITY Sp. z o.o. ul. 3-go Maja 64/66, 93-480 Łódź oraz MAXUS Sp. z o.o. ul. 3-go Maja 64/66, 93-480 Łódź

w postępowaniu prowadzonym przez

Grupą Oczyszczalnię Ścieków w Łodzi Sp. z o.o. ul. Sanitariuszek 66, 93-448 Łódź

orzeka:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MM SERVICE MONITORING Sp. z o. o., MM SERVICE SECURITY Sp. z o. o. oraz MAXUS Sp. z o. o. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **MM SERVICE MONITORING Sp. z o. o., MM SERVICE SECURITY Sp. z o. o. oraz MAXUS Sp. z o. o. tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2. nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MM SERVICE MONITORING Sp. z o. o., MM SERVICE SECURITY Sp. z o. o. oraz MAXUS Sp. z o. o. kwoty 7 500,00 złotych (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej kwotę uiszczoną ponad wpis należny,**
- 2.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MM SERVICE MONITORING Sp. z o. o., MM SERVICE SECURITY Sp. z o. o. oraz MAXUS Sp. z o. o. na rzecz Grupowej Oczyszczalni Ścieków w Łodzi sp. z o.o. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Grupowa Oczyszczalnia Ścieków w Łodzi sp. z o.o. prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługi ochrony w obiektach Zamawiającego pod nazwą „ochrona obiektów i mienia GOŚ-Łódź Sp. z o.o.” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579).

30 października 2017 r. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania i zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 i ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, powtórzenia oceny ofert oraz udzielenia zamówienia Odwołującemu, a także o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że pismem z 19 października 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

W uzasadnieniu czynności Zamawiający wskazał na dwa powody swojej decyzji: pierwszy dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, który według Zamawiającego nie został sporządzony w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, ze względu na brak wyraźnego wskazania zakazu udziału osób niepełnosprawnych przy realizacji zamówienia na obiekcie wymienionym w punkcie 2. opisu przedmiotu zamówienia, co, zdaniem Zamawiającego, stworzyło przewagę konkurencyjną w aspekcie cenotwórczym, jakim jest dofinansowanie z PFRON, a w następstwie doprowadziło do zróżnicowania rozumienia przez wykonawców istotnych warunków realizacji przedmiotu zamówienia i braku porównywalności ofert, co stanowiło podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Drugi powód dotyczy błędnego wskazania w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wartości zamówienia, w konsekwencji czego doszło, zdaniem Zamawiającego, do nieuprawnionego przekazania ogłoszenia o zamówieniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej. Zamawiający wywiódł bowiem, iż zgodnie z treścią 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, taki obowiązek istnieje w przypadku usług społecznych, gdy wartość zamówienia przekracza równowartość kwoty 750.000 Euro.

Biorąc pod uwagę, iż wartość zamówienia została określona na kwotę 1.720.000 zł, ogłoszenie o zamówieniu według Zamawiającego nie powinno zostać przekazane do publikacji, co stanowi naruszenie skutkujące unieważnieniem postępowania.

Odwołujący nie zgodził się z powyższą argumentacją Zamawiającego. Jego zdaniem Zamawiający wypełnił dyspozycję art. 29 ustawy Prawo zamówień publicznych i w tym zakresie nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy. Przekazane przez Zamawiającego dane pozwalały na prawidłowe sporządzenie oferty, a opis przedmiotu zamówienia był precyzyjny w stopniu wystarczającym do porównania ofert. Nie doszło więc do naruszenia przepisów ustawy skutkującego koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosnie wskazania na wartość zamówienia poniżej 750.000 Euro i tym samym nieuprawnione przekazanie ogłoszenia o zamówieniu, to czynność ta nie może stanowić podstawy do unieważnienia postępowania. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych unieważnienie postępowania jest możliwe, gdy zachodzą kumulatywnie trzy przesłanki: musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania), po drugie – wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, po trzecie – wada musi być niemożliwa do usunięcia.

Czynność Zamawiającego polegająca na przekazaniu ogłoszenia o zamówieniu do Dziennika Urzędowego UE nie stanowi przesłanki do unieważnienia umowy określonej w wyżej wymienionych artykułach. Ponadto, biorąc pod uwagę, że zgodnie z art. 11b ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może przekazać do Urzędu Publikacji UE ogłoszenie, którego publikacja w Dzienniku Urzędowym UE ze względu na wartość zamówienia lub konkursu nie jest obowiązkowa. Ustawodawca dopuścił bowiem fakultatywnie możliwość publikacji ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym UE. Nadto postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego i Zamawiający nie zastosował szczególnego trybu udzielania zamówień dla usług społecznych. Wybrany przez Zamawiającego tryb postępowania nie stanowi również naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Treść art. 10 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje bowiem na przetarg nieograniczony jako podstawowy tryb udzielania zamówień publicznych, który ze względu na charakter procedury w sposób najpełniejszy gwarantuje poszanowanie zasad równego traktowania, jawności oraz uczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę, że procedura ta odpowiada wszelkim wymogom dla zamówień na usługi społeczne, argumenty o konieczności unieważnienia postępowania z powodu rzekomo niewłaściwego określania

wartości zamówienia w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy uznać za chybione.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wniosku Zamawiający wskazał, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także zostało wniesione z uchybieniem terminu przewidzianego przepisami ustawy, tj. art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (5 dni). Odwołanie podlega więc w tym zakresie odrzuceniu także jako wniesione po terminie określonym w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający bowiem, czynnością z 19 października 2017 r., przekazaną do wiadomości wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia 20 października 2017 r. unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący pismem z 27 października 2017 r. wniósł odwołanie.

Wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu została oszacowana na kwotę 1.720.000,00 zł, co odpowiada kwocie 411.985,916 Euro (dowód : wniosek o udzielenie zamówienia

z 12 kwietnia 2017 r. wraz z załącznikami w tym kalkulacją kosztów wykonania usługi z 10 kwietnia 2017 r. – w aktach postępowania odwoławczego).

Usługi objęte przedmiotem zamówienia, tj. usługi ochrony, należą do kategorii usług społecznych zgodnie z załącznikiem XIV do dyrektywy 2014/24/UE oraz załącznikiem XVII do dyrektywy 2014/25/UE.

W świetle § 1 ust. 5 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, ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 750.000 Euro – w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Wartość zamówienia określona przez Zamawiającego nie przekracza tej kwoty, albowiem wynosi 1.720.000,00 zł, tym samym wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czynność ustalania szacunkowej wartości zamówienia dokonywana jest w okresie poprzedzającym wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia i wartość ta jest wartością obiektywną – stałą i niezmienną. W samej treści zawiadomienia o unieważnieniu

postępowania Zamawiający wyraźnie wskazał, że wartość zamówienia wynosi 1.720.000,00 zł oraz jest mniejsza aniżeli kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z powyższym Odwołujący posiadał w tym względzie pełną wiedzę,

Z powodu braku czynności unieważnienia postępowania w katalogu czynności, o których mowa w art 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, stwierdzić należy, iż wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 180 ust. 2 ustawy, nie przyznaje ona ochrony prawnej w postaci odwołania odnośnie do takiej czynności. Tym samym konieczne jest odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 180 ust. 2 i art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych to przepisy rangi ustawowej o charakterze bezwzględnie obowiązującym i Izba nawet w przypadku błędnego pouczenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zobowiązana jest stosować przepisy ustawowe.

Po zapoznaniu się ze stanowiskami Stron oraz dokumentacją postępowania Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 2 oraz art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że Izba odrzuca odwołanie (tj. zobowiązana jest odrzucić odwołanie), jeżeli stwierdzi, że:

- 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy;
- 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony;
- 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie;
- 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się;
- 5) odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu;
- 6) w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 7) odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych określa terminy na wniesienie odwołania. Zgodnie z ust. 1 tego przepisu odwołanie wnosi się:

- 1) w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni – jeżeli zostały przesłane w inny sposób – w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- 2) w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia – jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie 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 Prawo zamówień publicznych.

Art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z kolei określa zasadę, zgodnie z którą, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 najkorzystniejszej oferty.

Jak wskazał Zamawiający – co nie było kwestionowane – w niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia Zamawiający określił kodem CPV 79714000-2, który należy do kategorii usług wymienionych w załączniku XIV do dyrektywy 2014/24/UE oraz załączniku XVII do dyrektywy 2014/25/UE.

Nie jest też sporne, że wartość zamówienia – podana do wiadomości Odwołującego w informacji o unieważnieniu postępowania przetargowego wraz z przeliczeniem na Euro – wynosi 1.720.000,00 zł (411.985,916 Euro), więc jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od którego jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej z dnia 28 grudnia 2015 r. W niniejszym postępowaniu ma bowiem zastosowanie § 1 pkt 5 ww. rozporządzenia stanowiący, że w przypadku zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi wartość ta wynosi 750.000 Euro.

Tym samym odwołanie należało wnieść w ciągu 5 dni od otrzymania informacji o czynności stanowiącej podstawę do jej wniesienia, tj. do 25 października 2017 r., a kwestionowana czynność musi się mieścić w katalogu czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który nie obejmuje czynności unieważnienia postępowania.

Wyżej wymienione przepisy dotyczące postępowania odwoławczego odwołują się bezpośrednio do art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, bez odnoszenia się do ewentualnych czynności zamawiających, jak np. decyzja o stosowaniu danej procedury prowadzenia postępowania, tj. podprogowej czy ponadprogowej.

Tym samym Izba ustala przesłanki co do możliwości przyjęcia odwołania do rozpoznania według przepisów działu VI ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącego środków ochrony prawnej. Izba nie ma też możliwości swobodnej decyzji, czy odwołanie zostanie rozpoznane – brzmienie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w tym zakresie jest kategoryczne i zakazuje Izbie rozpatrywania odwołań, co do których istnieją podstawy prawne do ich odrzucenia.

W związku z powyższym Izba stwierdziła zaistnienie ww. przesłanek odrzucenia odwołania i orzekła jak w sentencji odwołanie odrzucając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 i § 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 z późn. zm.).

Przewodniczący:

.....

.....