

Sygn. akt: KIO 323/15

POSTANOWIENIE

z dnia 3 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 3 marca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2015 r. przez **wykonawcę AVR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Dietla 93/4** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasta Tarnowa – Urząd Miasta Tarnowa w Tarnowie, ul. Mickiewicza 2**

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę AVR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Dietla 93/4** 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 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 Tarnowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na utrzymanie czystości i porządku ulic, placów oraz przystanków autobusowych na terenie miasta Tarnowa w okresie letnim i zimowym w latach 2015-2016 zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 lutego 2015r. za numerem 2015/S 027 - 045695.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienie (dalej siwz) została zamieszczona na stronie internetowej w dniu 9 lutego 2015r.

Wobec treści siwz odwołanie w dniu 19 lutego 2015r. wniósł wykonawca AVR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Józefa Dietla 93/4 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem i drogą elektroniczną w dniu 18 lutego 2015r.

Odwołanie zostało wniesione od następujących postanowień siwz :

- 1) Rozdział IV pkt 1.1 w zakresie obowiązku posiadania przez wykonawcę decyzji o:
 - a) zatwierdzeniu przedsiębiorstwa lub zakładu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1069/2009 z dnia 21 października 2009 r., określającego przepisy sanitarne dotyczące produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego, nieprzeznaczonych do spożycia przez ludzi i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1774/2002 (rozporządzenie o produktach ubocznych pochodzenia zwierzęcego) (Dz. Urz. UE L 300 z 14.11.2009, str. 1, z późn. zm.), w zakresie obejmującym co najmniej transportowanie produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego
 - lub
 - b) warunkowym zatwierdzeniu przedsiębiorstwa lub zakładu, o którym mowa w art. 44 ust. 2 cyt. wyż. rozporządzenia nr 1069/2009 w zakresie obejmującym co najmniej transportowanie produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego
- 2) Rozdział IV pkt 1.3 w zakresie obowiązku dysponowania przez wykonawcę (w przypadku wykonywania płużenia przez zespół pługów), minimum jednym pługiem z każdego zespołu, który musi posiadać bezprzewodową łączność radiową z bazą wykonawcy
- 3) Rozdział IV pkt 1.3 w zakresie obowiązku dysponowania przez wykonawcę posypywarkami mającymi posiadać bezprzewodową łączność radiową o własnej częstotliwości z bazą wykonawcy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy):

- art. 7 ust 1 ustawy w z zw. z art. 22 ust 1 pkt 1 i 3 oraz ust 4 ustawy przez dokonanie opisu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i wykluczający udział szerokiego kręgu wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, a wpływającym z obowiązku nałożonego przez zamawiającego w siwz i dokumentach integralnie z nim związanych - posiadania przez wykonawcę decyzji o zatwierdzeniu albo warunkowym zatwierdzeniu przedsiębiorstwa lub zakładu w zakresie obejmującym co najmniej transportowanie produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego, dysponowania przez wykonawcę minimum jednym pługiem z każdego zespołu wykonującego płużenie, który będzie posiadał bezprzewodową łączność radiową z bazą wykonawcy sprzętu i posypywarkami posiadającymi bezprzewodową łączność radiową o własnej częstotliwości z bazą wykonawcy,

Wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu zmiany siwz przez usunięcie wszystkich zapisów nakładających na wykonawcę obowiązek posiadania przez wykonawcę decyzji o zatwierdzeniu albo warunkowym zatwierdzeniu przedsiębiorstwa lub zakładu w zakresie obejmującym co najmniej transportowanie produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego, w szczególności tych zawartych w IV pkt 1.1 poprzez jego usunięcie, ewentualnie:

na wypadek nie uwzględnienia żądania odwołującego w powyższym zakresie o nakazanie zamawiającemu zmiany siwz przez usunięcie z warunków udziału w postępowaniu wszystkich zapisów nakładających na wykonawcę obowiązek posiadania przez wykonawcę decyzji o zatwierdzeniu albo warunkowym zatwierdzeniu przedsiębiorstwa lub zakładu w zakresie obejmującym co najmniej transportowanie produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego, a w miejsce powyższego wprowadzenie w siwz zapisu o obowiązku przedłożenia przez wykonawcę przed zawarciem umowy na realizację zamówienia decyzji o zatwierdzeniu albo warunkowym zatwierdzeniu przedsiębiorstwa lub zakładu w zakresie obejmującym co najmniej transportowanie produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego albo umowy z podwykonawcą posiadającym w/w decyzję.

2. nakazanie zamawiającemu zmiany siwz przez usunięcie zapisu siwz zawartego w Rozdziale IV pkt 1.3, w którym zamawiający wymaga dysponowania przez wykonawcę minimum jednym pługiem z każdego zespołu wykonującego płużenie, który będzie posiadał bezprzewodową łączność radiową z bazą wykonawcy sprzętu i posypywarkami posiadającymi bezprzewodową łączność radiową o własnej częstotliwości z bazą wykonawcy i załączniku nr 4 do siwz - Wykaz Sprzętu.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż zamawiający przygotował siwz w sposób niezgodny z przepisami prawa i w sposób naruszający zarazem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w

tym określił nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia warunki udziału w postępowaniu. Odwołał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1691/12.

W uzasadnieniu podniósł, że wymaganie z rozdziału IV pkt. 1.1 dotyczy zakresu, który ma marginalny charakter wobec całości przedmiotu zamówienia. Całkowicie bezpodstawnym, w ocenie odwołującego jest żądanie od wykonawców, aby legitymowali się taką decyzją podczas, gdy istnieje możliwość posłużenia się przez nich do realizacji usługi w tym zakresie podmiotem wyspecjalizowanym jako podwykonawcą. Jedynymi podmiotami spełniającymi w/w warunek na dziś dzień są wykonawcy, którzy z racji bardzo szerokiego zakresu świadczonych usług, realizują obecnie również transport produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego. Odwołujący podkreślił, że zamawiający podlega ograniczeniom związanym z obowiązkiem opisanie warunku w taki sposób, aby był on adekwatny do przedmiotu zamówienia, ale nie nadmierny; nie może on naruszać zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tak - wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1338/12. Powołał także orzeczenia Izby - uchwała KIO z dnia 11 marca 2014 r. sygn. akt KIO/KU 18/14, wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 58/14.

Z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, że dla zapewnienia prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, całkowicie wystarczające jest wprowadzenie w miejsce w/w zapisów siwz naruszających zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, postanowień, że przed zawarciem umowy na realizację przedmiotowego zamówienia wykonawca jest zobowiązany przedstawić zamawiającemu decyzję o zatwierdzeniu albo warunkowym zatwierdzeniu przedsiębiorstwa lub zakładu w zakresie obejmującym co najmniej transportowanie produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego a(bo umowę z podwykonawcą posiadającym w/w decyzję).

Odnosnie do zarzutu związanego z zobligowaniem wykonawcy do dysponowania minimum jednym pługiem z każdego zespołu wykonującego płużenie, który będzie posiadał bezprzewodową łączność radiową z baza wykonawcy sprzętu i posypywarkami posiadającymi bezprzewodową łączność radiową o własnej częstotliwości z baza wykonawcy, odwołujący wskazał, że siwz w kształcie proponowanym przez zamawiającego burzy fundamentalną zasadę ustawy wyrażoną w art. 7 ustawy naruszając zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. W ocenie odwołującego wymaganie siwz faworyzuje podmioty, które przyjęły radiową formę komunikacji pomiędzy pojazdami podczas, gdy istnieje wiele sposobów zapewnienia synchronizacji działań pojazdów oraz przekazywania aktualnych poleceń. Brak jest również podstaw do przyjęcia, że łączność radiowa daje jakąkolwiek przewagę nad innymi rodzajami łączności. Całkowicie nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz naruszający zasadę uczciwej konkurencji

jest wymóg posiadania przez wykonawcę własnej częstotliwości, na której odbywałaby się łączność radiowa z posypywarkami. Dodatkowo eliminuje on podmioty, które wprawdzie stosują pomiędzy pojazdami łączność radiową, lecz nie wystąpiły o przydział własnej częstotliwości, gdyż nie istnieje taka potrzeba. Odwołujący uznał, że aktualne w tym zakresie pozostaje przytoczone przez niego wcześniej orzecznictwo, nadto zagadnienie to było przedmiotem szerokich rozważań doktryny m. in. w Prawo zamówień publicznych. Komentarz. - Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M.

W przypadku w/w zapisów w ocenie odwołującego niewątpliwie doszło do ustalenia przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, który nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dniu 20 lutego 2015r. zamawiający zamieścił na stronie internetowej kopię odwołania i wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 23 lutego 2015r. drogą elektroniczną zgłosił swój udział w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego wykonawca Trans-Formers Karpatia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie, ul. Krakowska 46, który wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jest uczestnikiem postępowania, a szczegółowe warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego są prawidłowe i zgodne z przepisami ustawy. Wniósł o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym weryfikowanym w dacie złożenia za pomocą ważnego certyfikatu należącym do prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu na biuro podawcze w dniu 23 lutego 2015r., zaś odwołującemu przesyłką poleconą nadaną w dniu 23 lutego 2015r.

Przystępujący podniósł, że wymóg posiadania decyzji o zatwierdzeniu przedsiębiorstwa lub zakładu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1069/2009 z dnia 21 października 2009 r., określającego przepisy sanitarne dotyczące produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego, nieprzeznaczonych do spożycia przez ludzi i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1774/2002 (rozporządzenie o produktach ubocznych pochodzenia zwierzęcego) (Dz. Urz. UE L 300 z 14.11.2009, str. 1, z późn. zm.), w zakresie obejmującym co najmniej transportowanie produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego wynika z przepisów ius cogens, które nakładają obowiązek dysponowania zezwoleniem na wykonywanie reglamentowanej działalności gospodarczej. Jest to warunek udziału w postępowaniu, a zatem powinien być badany na datę składania ofert – tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 stycznia 2013r. sygn. akt KIO 2693/12. Zamawiający

musi mieć pewność, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, a nie oczekiwać, że dopiero po rozstrzygnięciu przetargu zostaną uzyskane stosowne decyzje administracyjne umożliwiające prowadzenia działalności reglamentowanej. Co do możliwości legitymowania się umową z podwykonawcami, to przystępujący podniósł, że to wykonawca ma posiadać uprawnienia i spełniać warunki udziału w postępowaniu – tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 727/13. Ponadto zdaniem przystępującego niezrozumiałe jest kwestionowanie postanowienia siwz przez odwołującego, który posiada decyzję Powiatowego Lekarza Weterynarii w Nowym Sączu z dnia 3 października 2012r., zaś jego działalność jest objęta nadzorem w zakresie zarobkowego zbierania i transportu ubocznych produktów pochodzenia zwierzęcego kat. 1 – martwych zwierząt towarzyszących i dzikich wolnożyjących, na dowód czego przystępujący załączył do zgłoszenia kopię tej decyzji.

Co do zarzutu związanego z wymogiem dysponowania sprzętem wyposażonym w bezprzewodową łączność radiową, to wprawdzie przystępujący dostrzega powszechność komunikowania się za pomocą telefonii komórkowej, jednak uważa, że takie wymagania nie są rzadkością w postępowaniach przetargowych, w tym u aktualnego zamawiającego, nadto z uwagi na przedmiot zamówienia wymóg jest uzasadnionych, gdyż zadanie dotyczy wprost bezpieczeństwa mieszkańców gminy Tarnów, zatem muszą być zastosowane rozwiązania, które będą funkcjonowały niezależnie od powszechnej sieci telefonii komórkowej. Wykonawca powinien dysponować alternatywną łącznością podobnie jak inne służby odpowiadające za porządek czy bezpieczeństwo na wypadek awarii sieci komórkowej czy blackoutu telefonicznego. Podniósł, że uzyskanie zgodny na posiadanie bezprzewodowej łączności radiowej na terenie jednego województwa nie jest skomplikowane, kosztowne, ani czasochłonne. Wystarczy wypełnić wniosek i go opłacić kwotą 82zł., a z doświadczenia przystępującego wynika, że na przyznanie częstotliwości oczekuje się kilka dni.

Podsumowując przystępujący odniósł się do treści art. 22 ustawy wskazując na uprawnienie zamawiającego dotyczące określania warunków udziału w postępowaniu i cel tej regulacji, czy wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. Zdaniem przystępującego kwestionowane postanowienia nie eliminują możliwości złożenia oferty przez więcej niż jednego wykonawcę, a siwz nie jest dedykowana jednemu podmiotowi. Odwołał się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2014r. sygn. akt KIO 1329/14. Zdaniem przystępującego rozumowanie odwołującego zmierza do absolutyzacji zasady równego traktowania wykonawców, co w jego ocenie prowadziłoby do absurdalnych konsekwencji i uniemożliwiło udzielenie jakiegokolwiek zamówienia. Odwołanie ma służyć zaspokojeniu doraźnych partykularnych interesów odwołującego przy jednoczesnym pominięciu racjonalnych potrzeb zamawiającego. Podkreślił, że uzyskanie decyzji, o której mowa w Rozdziale IV 1.1. siwz, czy też własnej częstotliwości radiowej wskazanej w Rozdziale IV 1.4

siwz nie jest uzależnione od uznania administracyjnego, zaś wystarczającym jest spełnienie obiektywnych kryteriów przewidzianych przepisami prawa bezwzględne. Z decyzji Powiatowego Lekarza Weterynarii z dnia 3 października 2012r. wynika, że odwołujący prowadzi działalność objętą nadzorem w zakresie zarobkowego zbierania i transportu ubocznych produktów pochodzenia zwierzęcego kat. 1 – martwych zwierząt towarzyszących i dzikich wolnożyjących.

W dniu 25 lutego 2014r. zamawiający zmodyfikował treść ogłoszenia o zamówieniu i siwz zgodnie z żądaniem odwołującego nie stawiając szczegółowego warunku w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, zaś w zakresie wymogu dysponowania sprzętem rozszerzył dopuszczalne rodzaje łączności o wyposażenie w telefon komórkowy i zestaw głośno mówiący.

W dniu 2 marca 2015r. zamawiający wniósł do Izby odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz, że dokonał zmiany siwz w taki sposób, że odwołanie stało się bezprzedmiotowe. Do odpowiedzi dołączono zmodyfikowaną treść siwz z dnia 25 lutego 2015r. Odpowiedź została podpisana przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 grudnia 2014r. udzielonego przez Prezydenta Miasta Tarnowa.

Odwołujący wniósł opozycję wobec przystąpienia wykonawcy Trans-Formers Karpatia sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba postanowieniem z dnia 3 marca 2015r. wydanym w sprawie sygn. akt KIO 323/15 oddaliła opozycję.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie nie spełnia wymogów formalnych określonych w art. 185 ust. 2 ustawy. Izba postanowiła nie dopuścić zgłaszającego przystąpienie z uwagi na nieprzekazanie faktu przekazania kopii przystąpienie odwołującemu w terminie określonym w art. 185 ust. 2 tj. w terminie do zgłoszenia przystąpienia. Z dowodu załączonego do zgłoszonego przystąpienia wynika, że zgłaszający przystąpienie nadał w dniu 23 lutego 2015 r. kopię przystąpienia do odwołującego brak jednak dowodu doręczenia tego pisma odwołującemu w tym dniu. Odwołujący zaś na posiedzeniu złożył oświadczenie, że kopia zgłoszenia dotarła do niego w dniu 26 lutego 2015 r., a zatem później niż w terminie na zgłoszenie przystąpienia.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym, pod warunkiem, że po stronie zamawiającego nie przystąpił skutecznie żaden wykonawca. W takim wypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak ustalono wyżej, w prowadzonym postępowaniu odwoławczym zgłoszenie przystąpienia nie spełniało wymogów formalnych związanych z jego wniesieniem.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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: