

Sygn. akt: KIO 1717/10

POSTANOWIENIE
z dnia 20 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący- członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym ~~rozprawie~~ w dniu 20 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 11 sierpnia 2010 r. wniesionego przez wykonawcę - **konsorcjum: Remondis Medison Sp.z o.o. (lider), Zakład Energetyki - Blachownia Sp. z o.o., 41-902 Bytom ul. Siemianowicka 98**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 1, ul. M. Curie - Skłodowskiej 58, 50-369 Wrocław.**

przy udziale wykonawcy XXX, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego/odwołującego.

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.

2. kosztami postępowania w kwocie **7 500,00 zł.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) obciąża odwołującego **konsorcjum: Remondis Medison Sp. z o.o. (lider), Zakład Energetyki - Blachownia Sp. z o.o. 41-902 Bytom ul. Siemianowicka 98** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych kwotę **7 500,00 zł.** z wpisu uiszczonego przez odwołującego.

3. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego **konsorcjum: Remondis Medison Sp.z o.o. (lider), Zakład Energetyki - Blachownia Sp. z o.o. 41-902 Bytom ul. Siemianowicka 98**, kwoty **7 500,00 zł.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem nadpłaty uiszczonego wpisu.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na usługę utylizacji odpadów szpitalnych, sklasyfikowanych jako niebezpieczne w grupie 18, wraz z załadunkiem i transportem do miejsca utylizacji, wszczętym ogłoszeniem, które zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1 poz. 158945 z dnia 18 czerwca 2010 r, w dniu 11 sierpnia bezpośrednio w siedzibie Izby zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę - konsorcjum: Remondis Medison Sp. z o.o., Zakład Energetyki - Blachownia Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Bytomiu.

Odwołanie zostało wniesione od czynności rozstrzygnięcia postępowania i wyboru oferty wykonawcy Stanisława Sudera prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą CENMED z siedzibą we Wrocławiu, o czym odwołujący został powiadomiony w dniu 6 sierpnia 2010 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu - Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu Nr 1, we Wrocławiu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r, Nr 113, poz. 759), które miało wpływ na wynik niniejszego postępowania, tj. : art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 4, art. 82 ust. 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 91 ust. 1- 3 ustawy Pzp, wskutek:

- 1) dokonania oceny ofert niezgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) wyboru oferty CENMED Stanisław Suder, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 3) wyboru usługi, która jest niezgodna z opisem przedmiotu zamówienia, wynikającym z części II specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 4) wyboru wykonawcy, który powinien zostać wykluczony, gdyż podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- 5) zaniechania odrzucenia oferty CENMED Stanisław Suder, która nie odpowiada treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 6) wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Wskazując na posiadanie interesu we wniesieniu odwołania, gdyż wadliwe działania zamawiającego uniemożliwiły odwołującemu uzyskanie zamówienia, odwołujący żądał:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazania zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 3) nakazania zamawiającemu powtórzenie czynności:
 - badania i oceny ofert;
 - wyboru oferty najkorzystniejszej;

4) nakazania zamawiającemu odrzucenie oferty firmy CENMED Stanisław Suder jako niespełniającej wymagań SIWZ oraz wykluczenie tego wykonawcy z postępowania z uwagi na to, iż podał nieprawdziwe dane mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania przetargowego;

5) nakazania zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego.

Ponadto wnosił o rozpatrzenie odwołania w składzie 3 osobowym ze względu na złożoność problemu i konieczność przeanalizowania dokumentacji techniczno-prawnej (obowiązujących norm technicznych).

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań, odwołujący podał, iż oferta wykonawcy CENMED Stanisław Suder z siedzibą we Wrocławiu powinna zostać odrzucona, ze względu na fakt, że nie spełnia wymogów zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Zamówienie zgodnie z pkt 2.1 SIWZ, obejmowało usługę utylizacji odpadów szpitalnych, sklasyfikowanych jako niebezpieczne w grupie 18, wraz z załadunkiem i transportem do miejsca utylizacji. Rodzaj produkowanych odpadów oznaczonych kodem 18 01 02* obejmował wszystkie kategorie tego odpadu, tj. zarówno części ciała i organy, jak pojemniki na krew i konserwanty służące do jej przechowywania. CENMED Stanisław Suder wskazał w swojej ofercie, że dokonuje unieszkodliwiania wskazanych odpadów w lokalizacji przy ul. Kamieńskiego 73A na terenie Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego. Odwołujący stwierdził, iż podmiot ten ma prawo do utylizacji jedynie pojemników na krew i konserwantów służących do jej przechowywania we wskazanej lokalizacji. Zgodnie z Decyzją Wojewody Dolnośląskiego z dnia 21 kwietnia 2005 roku (SR III 6622/1 /MS/05) zmienioną Decyzją Wojewody Dolnośląskiego z dnia 23 sierpnia 2005 roku (SR III 6622/26/MS/05) w sprawie wydania zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej we Wrocławiu w zakresie unieszkodliwiania, zbierania i transportu odpadów - odpad o kodzie 18 01 02* powinien zostać zebrany i unieszkodliwiony w innym miejscu niż wynika to z oświadczenia wybranego wykonawcy. Wywodził, iż na podstawie wskazanych decyzji administracyjnych CENMED Stanisław Suder nie ma prawa do unieszkodliwiania części ciała i organów (18 01 02*) na terenie wskazanej przez niego lokalizacji. W ocenie odwołującego, jakiegokolwiek przetworzenie tej kategorii odpadu mieszczącego się w zbiorczej kategorii 18 01 02* przez wykonawcę CENMED Stanisław Suder na terenie Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego przy ul. Kamieńskiego 73A będzie stanowiło poważne naruszenie prawa. Ponadto zarzucał, iż wykonawca ten nie wskazał miejsca unieszkodliwiania odpadów o kodach 18 01 01, 18 01 06, 18 01 08 oraz 10 01 09.

Ze względu na powyższe oferta złożona przez CENMED Stanisław Suder, zdaniem odwołującego, nie tylko nie spełnia wymagań SIWZ, ale jej wykonanie może prowadzić do naruszenia prawa. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia, a jego oferta powinna podlegać odrzuceniu.

Ponadto odwołujący podnosił, iż zamawiający w SIWZ w nieprawidłowy sposób określił rodzaj postępowania, wskazując iż wartość przedmiotowego postępowania nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Pismem z dnia 13 sierpnia 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza wystąpiła do zamawiającego o wskazanie wartości zamówienia, w szczególności o poinformowanie, czy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W odpowiedzi udzielonej na powyższe wezwanie, zamawiający, poinformował pismem z dnia 16 sierpnia 2010 r, że wartość ta nie przekracza kwot, określonych w przepisach wykonawczych do art. 11 ust. 8 ustawy prawo zamówień publicznych i wynosi 164 105,24 euro.

Jednocześnie wymienione pismo zawiera odpowiedź zamawiającego na wniesione odwołanie, z wnioskiem o:

1. odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 oraz 189 ust 2 pkt 2 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 5;
2. ewentualnie oddalenie odwołania jako oczywiście nieuzasadnionego;
3. nie ujawnianie Informacji zastrzeżonych przez wykonawcę CENMED Stanisław Suder jako tajemnica przedsiębiorstwa, tj. załączonych oświadczeń dotyczących miejsca utylizacji odpadów, poza lokalizacją przy ulicy Kamieńskiego oraz danych podwykonawcy CENMED Stanisława Sudera, z którym zamierza realizować zamówienie.

W uzasadnieniu swego stanowiska, zamawiający podał, iż odwołujący złożył odwołanie niemieszczące się w zakresie określonym art. 180 ust 2 ustawy prawo zamówień publicznych. Zgodnie z powołanym przepisem, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza 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) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego.

Zaznaczał, iż przedmiotem odwołania nie jest żadna z czynności, określonych normą prawną powołanego przepisu. Postępowanie było prowadzone, przy uwzględnieniu wartości zamówienia poniżej kwot określonych w art. 11 ust 8 ustawy Pzp. Informacja o wartości zamówienia poniżej progów określonych przepisem art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, była podana w treści specyfikacji Istotnych warunków zamówienia i wynikała z ogłoszenia. Ponadto w dniu 6.07.2010 roku, odwołujący był obecny w trakcie otwarcia ofert, kiedy to podano wartość szacunkową zamówienia, która wynosi 630 000,00 zł netto, (kwota brutto 674 100,00 zł.) oraz odczytano ceny ofert poszczególnych wykonawców. Zamawiający powołał się na treść art. 182 ust. 2 ustawy Pzp, określającego terminy zawite na złożenie odwołania wobec treści specyfikacji. Odwołujący nie złożył odwołania w określonym ustawowo terminie, w zakresie odnoszącym się do treści specyfikacji a także treści ogłoszenia, w którym jednoznacznie wskazano, że wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Mając powyższe na względzie, zamawiający wywodził, iż odwołanie mogło zostać wniesione jedynie w zakresie odnoszącym się do czynności określonych przepisem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie zamawiającego nie zachodzi żadna z przesłanek wyżej wymienionych. Postępowanie było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, odwołujący nie kwestionuje opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie został również wykluczony, ani też jego oferta nie została odrzucona.

Reasumując, zamawiający wskazał iż odwołujący w zakresie treści ogłoszenia oraz treści SIWZ uchybił terminowi złożenia odwołania, a w pozostałym zakresie jego odwołanie przekracza ramy określone w art. 180 ust. 2 ustawy. W związku z powyższym odwołanie winno być odrzucone. Wymieniona odpowiedź została podpisana przez Dyrektora Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego we Wrocławiu mgr Andrzeja Zdeb, i zawiera również oświadczenie, iż zamawiający pełni rolę dydaktyczną uczelni publicznej zatem obowiązek publikacji ogłoszenia został określony na podstawie §1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795).

Z ostrożności procesowej odnosząc się do zarzutów merytorycznych, zamawiający podnosił, iż odwołanie nie ma usprawiedliwionych podstaw, na co przedstawił uzasadnienie, żądając oddalenia odwołania, w przypadku braku podstaw do odrzucenia.

Rozpatrując sprawę na posiedzeniu, Izba ustaliła, iż szacunkowa wartość zamówienia wynosiła 630 000,00 zł, zatem zgodnie z przelicznikiem ustalonym w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro, stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 224,

poz. 1796) w wysokości 3,839 zł., równowartość zamówienia w walucie euro wynosiła 164 105,24 euro.

Wymienioną wartość zamówienia potwierdza przedstawione przez zamawiającego wyliczenie szacunkowej wartości zamówienia we wniosku o wszczęcie postępowania. Ponadto informacja, iż wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp została podana we wstępie na pierwszej stronie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (nr sprawy NZ/RI/33-2010).

Ogłoszenie o zamówieniu zamawiający przekazał do Biuletynu Zamówień Publicznych i ukazało się ono pod pozycją 158945 z dnia 18.06.2010 r.

Izba zważyła co następuje.

Przepisy ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240) w art. 9 pkt 10 zaliczają samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej do sektora finansów publicznych. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. Nr 224, poz. 1795), wydane na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, nakazuje w § 1 pkt 1 przekazywanie ogłoszeń o zamówieniach udzielanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, gdy wartość zamówienia dla dostaw lub usług jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 125 000 euro. Wymieniony przepis zawiera wyłączenie między innymi uczelni publicznych, które podlegają obowiązkowi publikowania ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym UE od progów równych lub przekraczających wyrażoną w złotych równowartość kwoty – 193 000 euro dla dostaw lub usług, w oparciu o § 1 pkt 2 wymienionego rozporządzenia.

Krajowa Izba Odwoławcza władna jest rozpatrywać sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący nie podnosił zarzutu braku publikacji właściwego ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE, skutkiem czego zawarcie umowy zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegałoby unieważnieniu, a postępowanie kwalifikowałoby się do unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 7 ustawy Pzp, jako obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucał jedynie, iż zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w nieprawidłowy sposób określił rodzaj postępowania, wskazując iż wartość

przedmiotowego postępowania nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zarzut ten - jako dotyczący specyfikacji istotnych warunków zamówienia, izba uznała za niepodlegający rozpatrzeniu.

Tego rodzaju zarzuty, odnoszące się do ogłoszenia, czy treści specyfikacji zamówienia, podnoszone przez odwołującego na etapie postępowania po wyborze oferty, należało uznać za spóźnione na podstawie art. 182 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący przez powzięcie wiadomości z ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, był świadomy, iż uczestniczy w postępowaniu o wartości zamówienia poniżej progów określonych w przepisach wydanych w oparciu o art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Dopiero po wyborze oferty innego wykonawcy, aby móc skorzystać ze środków ochrony prawnej, odwołujący podważał zakwalifikowanie postępowania do podprogowego. W interesie wykonawcy, leżało skorzystanie we właściwym terminie z przysługujących środków ochrony prawnej na postanowienia SIWZ, jeżeli zarzucane nieprawidłowe czynności zamawiającego - mogły prowadzić do zawarcia nieważnej umowy. Odwołanie wobec treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tj. w ciągu 10 dni od (publikacji ogłoszenia), zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Termin ten nie został przez odwołującego dochowany.

Odwołanie zostało złożone w postępowaniu, które zamawiający oznaczył w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako dotyczące wartości zamówienia nie przekraczającej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, z tych względów było ono dopuszczalne, jak stanowi art. 180 ust. 2 tej ustawy wyłącznie wobec czynności:

- 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.

Żadna z wymienionych wyżej podstaw nie zachodziła. Bezspornie odwołujący wniósł odwołanie na czynność wyboru oferty wykonawcy CENMED Stanisław Suder z siedzibą we Wrocławiu. Cytowany przepis natomiast 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 zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Przepis art. 198 ust. 2 ustawy Pzp, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, w przypadku stwierdzenia, że zachodzi którakolwiek z okoliczności wskazanych w tej normie.

Odwołanie w części dotyczącej zarzutów wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Natomiast w części dotyczącej zarzutów wobec oferty wykonawcy CENMED Stanisław Suder podstawę odrzucenia odwołania stanowi art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż 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 określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Przesłanki odrzucenia odwołania Izba ustala z urzędu. Zaistnienie podstawy określonej art. 189 ust. 2 ustawy Pzp obliguje Izbę do odrzucenia odwołania, bez merytorycznego rozpatrywania zgłoszonych zarzutów i żądań.

Izba odrzuciła odwołanie na posiedzeniu niejawnym stosownie do postanowień art. 189 ust. 3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Zgodnie 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) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uiszczony wpis w danej sprawie.

Wpis zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia wynosił w danej sprawie 7 500,00 zł, zatem Izba nakazała zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego nadpłaconej kwoty wpisu.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i art. 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759) na niniejsze ~~wyrok~~/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....