

Sygn. akt KIO 947/18

POSTANOWIENIE
z dnia 22 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Danuta Dziubińska
Dagmara Gałczewska-Romek

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i pełnomocników w dniu 22 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2018 r. przez wykonawcę FBSerwis S.A. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Łódź

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Sp. z o.o. we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego oraz wykonawcy REMONDIS Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża FBSerwis S.A. w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez FBSerwis S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Łodzi.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Łódź - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Łodzi - Sektor Bałuty Sektor Śródmieście, Sektor Widzew oraz odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych na terenie Miasta Łodzi - Sektor Górna, Sektor Polesie w okresie od 1 lipca 2018 r. do 30 czerwca 2021 r.” Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 listopada 2017 r. pod numerem 2017/S 229-477284.

10 maja 2018 r. wykonawca FBSerwis S.A. w Warszawie wniósł odwołanie, w zakresie Części I i III postępowania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu obrazę:

„1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania w zakresie części 3 zamówienia Remondis S.A. w Warszawie w sytuacji, gdy podmiot ten nie wykazał spełnienia opisanego w pkt 5.1.3.2. lit. c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SWIZ”) warunku udziału w postępowania dotyczącego zdolności technicznej, gdyż nie wykazał, iż dysponuje lub będzie dysponował minimum 4 (czterema) sztukami pojazdów do odbioru odpadów komunalnych z zabudową hakową lub bramową o pojemności kontenera min. 7 m³, w tym co najmniej 2 (dwoma) sztukami ze dźwigiem do systemu HDS, gdyż w poz. 3 Wykazu dla części 3 zamówienia wykazał posiadanie łącznie czterech pojazdów, w tym dwóch z HDS, przy czym jako jeden z tych pojazdów (jako zawierający dźwig do systemu HDS) został wskazany pojazd o numerze rejestracyjnym WE 84023 (pojazd marki MERCEDES spełniający wymogi normy euro 3), który to pojazd nie jest pojazdem z zabudową hakową ani bramową (przystosowanym do przewozu kontenerów), lecz pojazdem skrzyniowym - wywrotką, którego dopuszczalna ładowność jest niższa niż wymagane przez zamawiającego dla pojazdów skrzyniowych min. 5 ton, a następnie, już po wyborze ofert najkorzystniejszej, tj. 28 marca 2018 r. pojazd ten został „podmieniony” na pojazd o numerze rejestracyjnym GLE 46VK w drodze złożonego przez REMONDIS oświadczenia o zaistnieniu „omyłki pisarskiej”, przy czym Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 30 kwietnia 2018 r. w sprawie KIO 517/18 uznała ww. czynność za skuteczne uzupełnienie wykazu sprzętu i narzędzi, przy czym pojazd o numerze rejestracyjnym GLE 46VK nie spełnia wymogu zamawiającego dotyczącego pojemności kontenera, gdyż nie jest przystosowany do obsługi kontenerów o wymaganej przez

zamawiającego pojemności co najmniej 7m³, a jednocześnie pojazd ten nie może być wykorzystany do realizacji przedmiotu umowy, bowiem jest trwale zaangażowany w realizację innych zamówień publicznych, co uprawnia tezę, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności technicznych z uwagi na zaangażowanie wykazanego pojazdu w inne przedsięwzięcia gospodarcze mogące negatywnie wpłynąć na realizację zamówienia (art. 22d ust. 2 ustawy);

2. art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania REMONDIS do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 3, pomimo iż cena jego oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz jest niższa o więcej niż 30% od wartości, którą zamawiający ustaliliby, gdyby oszacował wartość zamówienia w sposób należyty tj. zgodnie z art. 32 ust. 1 i 2 ustawy, zaś przyjęta przez zamawiającego dla potrzeb niniejszego zamówienia wartość zamówienia została znacznie zaniżona wskutek przyjęcia dla jej obliczenia zaniżonych danych kosztotwórczych oraz nieuwzględnienia wszystkich kosztów i ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w SIWZ.”

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie decyzji o wyborze oferty REMONDIS jako oferty najkorzystniejszej;
2. wykluczenie REMONDIS z postępowania;
3. odrzucenie oferty REMONDIS;

względnie

4. nakazanie zamawiającemu wezwanie REMONDIS do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

Uzasadniając zachowanie terminu na wniesienie odwołania w odniesieniu do pierwszego z zarzutów odwołujący podniósł, że dopiero 30 kwietnia br. Krajowa Izba Odwoławcza przekazała stronom postępowania odwoławczego informację, że doszło do uzupełnienia dokumentów podmiotowych. Informacja ta miała charakter wyłącznie ustny - została podana w ramach ustnych motywów rozstrzygnięcia. Co do drugiego zarzutu stwierdził, że informację o podstawie do wniesienia odwołania, tj. o wadliwości sposobu oszacowania przedmiotu zamówienia przez zamawiającego uzyskał dopiero 8 maja 2018 r., stąd też dopiero od tego momentu możliwe było wniesienie odwołania w zakresie tego zarzutu, zaś wcześniej, pomimo zgłoszenia przez odwołującego wniosku o udostępnienie informacji o sposobie obliczenia ceny ofertowej niezwłocznie po otwarciu ofert, zamawiający odmówił udzielenia takich informacji.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Komunalnik Sp. z o.o. we Wrocławiu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, natomiast wykonawca REMONDIS Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wykonawcy zachowali przesłanki zgłoszenia przystąpienia wskazane w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

W piśmie procesowym z 17 maja 2018 r. zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp z powodu uchybienia terminu na jego wniesienie, przystępujący Remondis Sp. z o.o. pismem z 14 maja 2018 r. wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3-5 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Wyrok w sprawie KIO 517/18 (rozpoznawana łącznie ze sprawą o sygn. akt KIO 504/18), został ogłoszony 30 kwietnia 2018 r. po rozprawie w dniach 29 marca, 10 i 25 kwietnia 2018 r. W uzasadnieniu wyroku na str. 52 Izba wskazała, że odwołanie FBSerwis S.A. zostało wniesione 19 marca 2018 r. wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Remondis Sp. z o.o., o której zamawiający przesłał informację 7 marca 2018 r. Z akt sprawy sygn. akt KIO 504/18, 517/18 wynika, że 29 kwietnia 2018 r. zamawiający uwzględnił podniesiony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w odniesieniu do 3 części zamówienia, co do pojazdu o numerze rejestracyjnym WE 84023. Przystępujący po stronie zamawiającego Remondis Sp. z o.o. zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia tego zarzutu, który w konsekwencji został rozpoznany na rozprawie. Na rozprawie 29 marca 2018 r. Remondis Sp. z o.o. złożył pismo procesowe z 27 marca 2018 r., w którym na stronach 3 i 8 wskazał, że omyłkowo podał pojazd o numerze rejestracyjnym WE 84023, gdyż prawidłowym numerem rejestracyjnym jest GLE 46VK. Złożenie tego pisma oraz przekazanie jego odpisów stronom zostało stwierdzone na str. 4 protokołu rozprawy.

Odwołanie na str. 19 zawierało zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp.

Pismo z 27 marca 2018 r., protokół posiedzenia i rozprawy, wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 504/18 i KIO 517/18 oraz odwołanie w sprawie KIO 517/18 zostały dopuszczone w charakterze dowodów i rozważone przez Izbę z urzędu.

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie w postępowaniu, którego wartość przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji - faksem lub drogą elektroniczną - o

czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp stanowi z kolei, że w przypadku zamówień, których wartość przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było się powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Przepis ten *in initio* stanowi, że stosuje się go w odniesieniu do czynności innych niż wskazane w art. 182 ust. 1 Pzp. Powołane normy wyznaczają zatem regułę podstawową dotyczącą liczenia biegu terminu w stosunku do czynności, o dokonaniu której zamawiający jest zobowiązany poinformować wykonawców – jest to termin 10 dni, od dnia przesłania przez zamawiającego informacji o tej czynności. Niewątpliwie jest, że kwestionowana odwołaniem czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, należy do katalogu czynności, o których zamawiający informuje wykonawców, stanowi o tym jasno art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący kwestionuje czynność wyboru oferty Remondis Sp. z o.o. w części I i III postępowania. Katalog żądań odwołania rozpoczynający się od nakazania przez Izbę unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nie pozostawia żadnych wątpliwości w tym zakresie. W tym stanie rzeczy Izba zważyła, że skoro po wydaniu przez Izbę orzeczenia z 30 kwietnia 2018 r. zamawiający nie dokonał nowej czynności w postępowaniu, nie ponowił wyboru najkorzystniejszej oferty, to - co do zasady - dla obliczenia prawidłowego terminu na wniesienie odwołania stosuje się w okolicznościach sporu przepis art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp.

Informację o wyborze najkorzystniejszej odwołujący otrzymał 7 marca 2018 r., stąd termin na wniesienie odwołania kończył swój bieg 19 marca 2018 r. Tymczasem badane odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby 10 maja 2018 r., zatem zostało wniesione z uchybieniem ustawowego terminu, co skutkuje obowiązkiem jego odrzucenia przez Izbę na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Termin na wniesienie odwołania ma bowiem charakter prekluzyjny i nie podlega przywróceniu w żadnym przypadku. Uchybienie temu terminowi powoduje wygaśnięcie prawa do wniesienia odwołania.

W sprawie zaistniały również inne podstawy odrzucenia odwołania. Odwołujący w odwołaniu wniesionym 19 marca 2018 r. podniósł zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Remondis Sp. z o.o., pomimo braku spełnienia wymagania zamawiającego dotyczącego pojazdów oraz naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołanie to zostało oddalone powołanym wyrokiem Izby z 30 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 517/18. Zestawienie wywodów uzasadnienia tego wyroku oraz treści zarzutu odwołania co do wymagania dotyczącego pojazdów w badanym odwołaniu prowadzi do przekonania, że Izba wydając orzeczenie z 30 kwietnia 2018 r. uwzględniła stanowisko przystępującego o

omyłkowym podaniu numeru rejestracyjnego pojazdu, a odwołujący domaga się ponownego zbadania okoliczności, które zostały już rozstrzygnięte przez Izbę.

Zgodnie z art. 198a ust. 1 Pzp właściwym środkiem wzruszenia oceny faktycznej i prawnej wyrażonej przez Izbę w wyroku jest skarga do sądu okręgowego, nie zaś kolejne odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Pogląd ten wynika z art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp nakazującym Izbie odrzucenie odwołania, jeżeli 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.

W ocenie Izby wszystkie przesłanki tego przepisu zostały spełnione w zakresie zarzutu spełnienia przez Remondis Sp. z o.o. wymagania dotyczącego pojazdów. Zachodzi bowiem zarówno tożsamość podmiotowa – ten sam zamawiający i odwołujący – jak i przedmiotowa – odwołujący wskazuje na brak możliwości wskazania pojazdu o innym numerze rejestracyjnym oraz na niespełnienie wymagań zamawiającego przez pojazd podany jako prawidłowy przez Remondis. Kwestie te zostały już zbadane i ocenione przez Izbę, co tworzy stan zbliżony do *res iudicata*. Oznacza to, że ponowne badanie tych okoliczności faktycznych i prawnych przez Izbę jest niedopuszczalne. Ocena wyrażona przez skład orzekający w sprawie KIO 517/18 może być jedynie wzruszona przez sąd okręgowy. Dane okoliczności faktyczne i prawne związane z czynnością zamawiającego w postępowaniu nie mogą być dwukrotnie badane przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Do zbadania zarzutu dotyczącego pojazdów na rozprawie nie doszłoby nawet w razie przyjęcia poglądu odwołującego, który zdaje się wynikać z odwołania, choć nie został wyrażony wprost, że termin na wniesienie odwołania w okolicznościach faktycznych sporu powinien być liczony, nie od dnia przesłania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, lecz od dnia powzięcia informacji o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania. Zdaniem odwołującego tym dniem była data ogłoszenia orzeczenia, gdyż źródłem wiedzy odwołującego miałyby być okoliczności wskazane w ramach ustnych motywów rozstrzygnięcia podanych przez przewodniczącego po ogłoszeniu wyroku w sprawie KIO 517/18. Nie można zgodzić się z tym twierdzeniem, gdyż z powołanych ustaleń wynikających z akt sprawy wynika, że odwołujący wiedzę o stanowisku przystępującego, że wskazanie pojazdu o numerze rejestracyjnym WE 84023 nastąpiło skutkiem omyłki powzięł, nie w dniu ogłoszenia orzeczenia, lecz na rozprawie 29 marca 2018 r. W związku z tym odwołujący mógł w toku rozprawy prowadzić wywód zarówno co do braku możliwości uznania podania numeru rejestracyjnego pojazdu jako omyłki, jak i kwestionować spełnienie wymagań zamawiającego przez wskazany w piśmie z 27 marca 2018 r. pojazd o numerze

rejestracyjnym GLE 46VK. Podnosząc obecnie zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp odwołujący polemizuje w istocie z uwzględnieniem przez Izbę twierdzeń przystępującego zawartych w piśmie z 27 marca 2018 r. Miejscem na kwestionowanie rozstrzygnięć Izby nie jest jednak odwołanie, lecz skarga do sądu okręgowego.

Nie zasługuje na skierowanie na rozprawę również drugi zarzut odwołania dotyczący zaniechania zwrócenia się do Remondis Sp. z o.o. o wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę. W tym zakresie należy ponowić w części argumentację zaprezentowaną wcześniej, gdyż zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp wskazujący na wadliwość wyboru oferty Remondis został już podniesiony przez odwołującego i rozstrzygnięty przez Izbę wyrokiem z 30 kwietnia 2018 r. w sprawie KIO 517/18.

Jeśli natomiast dopuścić możliwość liczenia terminu na wniesienie odwołania od dnia uzyskania przez odwołującego informacji o szacunkowej wartości zamówienia, to należałoby dojść do wniosku, że odwołujący kwestionuje w istocie ustalenie przez zamawiającego wartości zamówienia. Wskazują na to również wywody uzasadnienia odwołania, gdzie podano liczne grupy kosztów związanych z wykonaniem zamówienia, które zamawiający pominął. Z tej konstatacji należy wyprowadzić z kolei wniosek, że badanie tak sformułowanego zarzutu jest niedopuszczalne.

Art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp nakazuje odrzucenie odwołania, jeśli w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. Oszacowanie wartości zamówienia nie jest czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdyż - jak stanowi art. 35 ust. 1 i 2 Pzp i powtarza art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp - dokonywane jest przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Tymczasem zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Badanie podstaw odrzucenia odwołania jest obligatoryjną czynnością dokonywaną przez Izbę na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego. Jeśli stwierdzone zostaną przesłanki wskazane w art. 189 ust. 2 Pzp Izba odrzuca odwołanie. W sprawie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp w odniesieniu do obu zarzutów odwołania oraz dodatkowo art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp w odniesieniu do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp.

Wobec powyższego Izba na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1, 3 i 4 Pzp odrzuciła odwołanie, orzekając w formie postanowienia na podstawie art. 191 ust. 1 zdanie drugie Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp.

Przewodniczący:

.....

.....