

Sygn. akt: KIO 1102/16

WYROK

z dnia 7 lipca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2016 r. przez **wykonawcę: Zakład Usług Komunalnych w Strzegomiu Sp. z o.o. z siedzibą w Strzegomiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Gminę Bolków z siedzibą w Bolkowie**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Zakład Usług Komunalnych w Strzegomiu Sp. z o.o. z siedzibą w Strzegomiu i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Zakład Usług Komunalnych w Strzegomiu Sp. z o.o. z siedzibą w Strzegomiu** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Jeleniej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Bolków z siedzibą w Bolkowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu gminy Bolków*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 5 kwietnia 2016 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 kwietnia 2016 r. pod numerem 2015/S 068-118761.

Wykonawca: Zakład Usług Komunalnych w Strzegomiu Sp. z o.o. z siedzibą w Strzegomiu (zwany dalej „*Odwołującym*”) w dniu 22 czerwca 2016 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, jak również zaniechania wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze, z uwagi na niespełnienie warunku dysponowania odpowiednim sprzętem, posiadania stosownego doświadczenia oraz z uwagi na rażąco niską cenę. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, art. 42 ust. 1 ustawy Pzp, art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego, oraz odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Czynność wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty z postępowania m. in. stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Zakład Usług Komunalnych w Strzegomiu Sp. z o.o. z siedzibą w Strzegomiu.

Izba ustaliła również że Zamawiający pismem z dnia 30 czerwca 2016 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Zakład Usług Komunalnych w Strzegomiu Sp. z o.o. z siedzibą w Strzegomiu jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 22 czerwca 2016 r.

Izba nie potwierdziła skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 oraz 27 czerwca 2016 r.) wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze, z uwagi iż zostało wniesione z uchybieniem terminu przewidzianego w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: *„Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu gminy Bolków”.*

/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu m. in. oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Zakład Usług Komunalnych w Strzegomiu Sp. z o.o. z siedzibą w Strzegomiu: cena oferty za tonę netto: 195,00 zł, brutto: 210,60 zł, całkowita maksymalna wartość umowy netto: 1.209.000,00 zł, brutto: 1.305.720,00 zł, emisja spalin – 2 samochody z EURO 6,

2. Przedsiębiorstwo Usługowo-produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze: cena oferty za tonę netto: 170,28 zł, brutto: 183,90 zł, całkowita maksymalna wartość umowy netto: 1.055.736,00 zł, brutto: 1.140.180,00 zł, emisja spalin – 2 samochody z EURO 6,

/dokumentacja postępowania: Protokół postępowania, pkt 9 „Zestawienie ofert”, str. 4./

Zamawiający w dniu 3 czerwca 2016 r. zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 w zw. z art. 85 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 ustawy Pzp, gdyż złożona wraz z ofertą gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nie zabezpieczała interesu Zamawiającego na pełny okres związania ofertą, t.j. na 60 dni, a jedynie na okres od 18 maja 2016 r. do 16 czerwca 2016 r.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z dnia 3 czerwca 2016 r./

Zamawiający w dniu 13 czerwca 2016 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy: Przedsiębiorstwa Usługowo-Produkcyjnego i Handlowego „COM-D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze. Ponownie – powtarzając treść zawiadomienia z dnia 3 czerwca 2016 r. – poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 w zw. z art. 85 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 ustawy Pzp.

/dokumentacja postępowania: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13 czerwca 2016 r./

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawca Zakład Usług Komunalnych w Strzegomiu Sp. z o.o. z siedzibą w Strzegomiu wniósł odwołanie w dniu 22 czerwca 2016 r.

/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawcy Zakładu Usług Komunalnych w Strzegomiu Sp. z o.o. z siedzibą w Strzegomiu z dnia 22 czerwca 2016 r. /

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, zauważenia wymaga, iż Odwołujący – w treści swojego odwołania – kwestionuje zasadność wykluczenia go z postępowania na podstawie art. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 w zw. z art. 85 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że – co nie jest kwestionowane – informacja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania

została wysłana listem poleconym w dniu 3 czerwca 2016 r. Zatem od dnia 3 czerwca 2016 r. należało liczyć piętnastodniowy termin na wniesienie odwołania, wskazany w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który upływał w dniu 18 czerwca 2016 r. Odwołujący zapoznając się z treścią zawiadomienia o wykluczeniu go z postępowania z dnia 3 czerwca 2016 r. powinien skarżyć niniejszą czynność Zamawiającego, gdyż od tego dnia rozpoczynał się bieg terminu na wniesienie odwołania - na czynność wykluczenia z postępowania, z którą to Odwołujący mógł się już zapoznać. W konsekwencji powyższego zarzuty odwołania wniesionego w dniu 22 czerwca 2016 r. - dotyczące zasadności wykluczenia wykonawcy Zakładu Usług Komunalnych w Strzegomiu Sp. z o.o. z siedzibą w Strzegomiu - należało uznać za wniesione z uchybieniem ustawowego terminu. Termin na wniesienie odwołania (w świetle dyspozycji art. 182 ustawy Pzp) ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ spowodował wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Zatem w świetle przedstawionej argumentacji powyższy zarzut podnoszony na niniejszym etapie postępowania należało uznać za spóźniony. Analogicznie Izba uznała – niniejsze twierdzenia – do zarzutu postawionego przez Odwołującego, a dotyczącego naruszenia art. 42 ustawy Pzp. Mając powyższe na uwadze, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie w zakresie niniejszych zarzutów zostało wniesione z uchybieniem terminu, co obligowało Izbę do uznania powyższych zarzutów za spóźnione. Należy również pamiętać, że wykonawca jako profesjonalista ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek, (wnosząc środki ochrony prawnej) działania z należytą starannością, tak aby w postępowaniu realizowana była zasada szybkości i efektywności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i tak aby zapobiegać ewentualnemu zbędnemu, a w niektórych wypadkach celowemu przedłużaniu procedur przetargowych, gdyż działania wykonawców zmierzające do przedłużania procedury nie leżą również w interesie publicznym.

W konsekwencji decyzja Zamawiającego – dotycząca wykluczenia Odwołującego z postępowania, wobec niezaskarżenia jej w terminie do tego przewidzianym, do dnia 18 czerwca 2016 r. – stała się ostateczna, a Odwołujący utracił status aktywnego wykonawcy – przestał on z tą chwilą czynnie uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tym samym nie może już uzyskać zamówienia w danym postępowaniu ani też skutecznie kwestionować innych czynności podejmowanych przez Zamawiającego, t.j. jak wybór oferty najkorzystniejszej. Zatem z chwilą realizacji przez Zamawiającego takiej czynności (wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia złożonej przez niego oferty), podmiot, do którego czynność ta bezpośrednio się odnosi, traci status aktywnego wykonawcy – przestaje on z tą chwilą czynnie uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tym samym nie może już uzyskać zamówienia w danym postępowaniu ani też skutecznie kwestionować innych czynności podejmowanych przez Zamawiającego. Wobec powyższego niemożliwym byłoby

przyjęcie, że Odwołujący posiadał interes we wniesieniu tego odwołania – co do zarzutów podnoszonych wobec oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Usługowo-Produkcyjnego i Handlowego „COM-D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze. Wobec wykluczenia Odwołującego i w konsekwencji odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty, nie jest on władny uzyskać zamówienia (tego konkretnego – „danego” w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp). Co za tym idzie nie może on ponieść szkody w wyniku ewentualnego dopuszczenia się naruszenia przez Zmawiającego przepisów ustawy Pzp. Niezbędnym do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia na etapie składania odwołania jest chociażby potencjalna możliwość uzyskania przez Odwołującego tego konkretnego zamówienia. Interes Odwołującego musi być utożsamiany z doznany przez wykonawcę uszczerbkiem w uzyskaniu zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia w wyniku naruszenia przepisów ustawy.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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:

.....