

POSTANOWIENIE
z dnia 9 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 9 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2015 r. przez wykonawcę: **FBSerwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Olsztyn, Pl. Jana Pawła II 1, 10-101 Olsztyn**

przy udziale wykonawcy: **Remondis Olsztyn Sp. z o.o. Sp. k., ul. Partyzantów 3, 10-522 Olsztyn**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze,**
2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy: **FBSerwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Olsztyn z siedzibą w Olsztynie (dalej: „zamawiający”) w przetargu nieograniczonym na *”Odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy Olsztyn”* wykonawca FBService S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), zarzucając zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1. art. 29 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”], poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, tj. bez przekazania lub udostępnienia zainteresowanym wykonawcom danych pochodzących z deklaracji dotyczących ilości pojemników, pojemności oraz częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, przy jednoczesnym wskazaniu w pkt 2 ppkt 7 Załącznika nr 1 do wzoru umowy – Opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”), że takie informacje zamawiający przekaze wykonawcom po podpisaniu umowy, nie później niż do dnia 31 grudnia 2015 r., które to informacje są potrzebne do prawidłowego przygotowania i oszacowania ofert, a znajdują się w dyspozycji zamawiającego, a także wykonawców aktualnie świadczących na rzecz zamawiającego usługę odbioru odpadów, co w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego faworyzowania wykonawców aktualnie współpracujących z zamawiającym przy jednoczesnym dyskryminowaniu innych potencjalnych wykonawców,

2. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121) [dalej: „k.c.”) w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez ustanowienie w pkt 2 ppkt 16 OPZ niemożliwego do spełnienia zobowiązania w zakresie usunięcia przez wykonawcę pojemników z terenów nieruchomości, które były wyposażone w pojemniki wykonawcy w ostatnim dniu trwania umowy, podczas gdy operacja usuwania pojemników z nieruchomości w skali wynikającej z zakresu zamówienia stanowi szereg skomplikowanych logistycznie działań i jej przeprowadzenie w ciągu jednego dnia nie jest możliwe,

3. art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, tj. przez:
- ustanowienie w pkt 2 ppkt 1 i 2 OPZ wymagania dotyczącego przedstawienia przez wykonawcę pierwszej inwentaryzacji pojemników, z których będą odbierane odpady komunalne objęte usługą odbioru w ramach gminnego systemu gospodarowania odpadami nie później niż do 30 czerwca 2015 r., który to termin jest praktycznie niemożliwy do dotrzymania przez wykonawców innych niż ci, którzy aktualnie świadczą na rzecz zamawiającego usługę odbioru odpadów i którzy w ramach prowadzonej działalności sporządzili już stosowną inwentaryzację pojemników, co w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego faworyzowania wykonawców aktualnie współpracujących z zamawiającym przy jednoczesnym dyskryminowaniu innych potencjalnych wykonawców,
 - ustanowienie w pkt 2 ppkt 5 OPZ wymogu dotyczącego obowiązku wyposażenia nieruchomości, na których powstają odpady komunalne, położonych na terenie Gminy Olsztyn w pojemniki oraz w worki do gromadzenia odpadów w terminie nie dłuższym, niż do dnia 1 lipca 2015 r., który to wymóg jest praktycznie niemożliwy do zrealizowania przez wykonawców innych niż ci, którzy aktualnie świadczą na rzecz zamawiającego usługę odbioru odpadów i którzy posiadają własne pojemniki na odpady na nieruchomościach objętych przedmiotem zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego faworyzowania wykonawców aktualnie współpracujących z zamawiającym przy jednoczesnym dyskryminowaniu innych potencjalnych wykonawców,
 - ustanowienie w pkt 5 ppkt 1 OPZ oraz w rozdziale III pkt 12 SIWZ obowiązku sporządzenia przez wykonawcę najpóźniej na trzy tygodnie przed przystąpieniem do realizacji zamówienia harmonogramu odbioru odpadów, który to termin jest praktycznie niemożliwy do dotrzymania przez wykonawców innych niż ci, którzy aktualnie świadczą na rzecz zamawiającego usługę odbioru odpadów i którzy w ramach prowadzonej działalności dysponują informacjami umożliwiającymi sprawne opracowanie ww. harmonogramu, co w konsekwencji prowadzi do nieuzasadnionego faworyzowania wykonawców aktualnie współpracujących z zamawiającym przy jednoczesnym dyskryminowaniu innych potencjalnych wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. udostępnienia wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia posiadanych przez zamawiającego danych z deklaracji dotyczących ilości pojemników, pojemności oraz częstotliwości odbioru odpadów z terenów niezamieszkałych,
2. dokonania zmiany pkt 2 ppkt 2 OPZ, poprzez wskazanie, że wykonawca pierwszą inwentaryzację pojemników, z których są odbierane odpady komunalne, sporządzi w terminie nie krótszym niż 2 miesiące od daty podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego,
3. dokonania zmiany pkt 2 ppkt 2 OPZ, poprzez wskazanie, że wykonawca będzie obowiązany do wyposażenia nieruchomości w pojemniki w terminie przypadającym nie wcześniej, niż 4 miesiące od dnia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego,
4. dokonania zmiany pkt 5 ppkt 1 OPZ w rozdziale III pkt 12 SIWZ, poprzez wskazanie, że wykonawca będzie obowiązany sporządzić harmonogram odbioru odpadów w terminie, który nie przypadnie wcześniej, niż po upływie 3,5 miesiąca od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł nadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą według spisu, który zostanie przedstawiony na rozprawie przez pełnomocnika odwołującego.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W dniu 27 lutego 2015 r. (na wezwanie zamawiającego z dnia 25 lutego 2015 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy: Remondis Olsztyn Sp. z o.o. Sp. k. (dalej „przystępujący”).

W dniu 4 marca 2015 r. (faksem) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której zamawiający oświadczył, że uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Dodatkowo zamawiającego podał, że dokonał w trybie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp zmian treści SIWZ.

Załączył także pismo z dnia 3 marca 2015 r. zmiany te wprowadzające.

Oryginał odpowiedzi na odwołanie zamawiający złożył na posiedzeniu.

Pismem z dnia 4 marca 2015 r. przystępujący został wezwany przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania pod rygorem umorzenia postępowania.

W dniu 6 marca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo przystępującego, w którym stwierdził, że brak jest podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego, ponieważ zakres działań przedstawionych w piśmie zamawiającego z dnia 3 marca 2015 r. nie uzasadnia stwierdzenia, iż odwołanie zostało uwzględnione w całości – zdaniem przystępującego brak jest podstaw do stwierdzenia, że zamawiający uznał i spełnił żądania odwołującego wskazane w punkcie 2b-d odwołania.

Oświadczył, że pismo nie ma charakteru sprzeciwu w rozumieniu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp.

Stwierdził, że zastrzega sobie prawo wniesienia ewentualnego sprzeciwu, o ile zamawiający w przedmiotowym postępowaniu rzeczywiście uznałby w całości odwołanie.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Jak wielokrotnie wskazywała w swoich orzeczeniach Krajowa Izba Odwoławcza skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

W przedmiotowej sprawie zamawiający w piśmie z dnia 4 marca 2015 r. w sposób, który nie budzi wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu.

Dalsze czynności, które zamawiający podjął lub podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Podkreślenia wymaga, w szczególności wobec podniesienia przez przystępującego, że zamawiający nie spełnił żądań odwołującego wskazanych w punkcie 2b-d odwołania, że Izba umarza postępowanie po ustaleniu, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, nie zaś po dokonaniu oceny zgodności podjętych przez zamawiającego czynności z żądaniami odwołującego.

Jednocześnie skład orzekający Izby przypomina, że ustawa Pzp nakazuje zamawiającemu w przypadku uwzględnienia w całości zarzutów odwołania wykonać czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp).

Dostrzeżenia nadto wymaga, że przepisy prawa nie dały zgłaszającemu przystąpienie wykonawcy możliwości oceny charakteru wezwania kierowanego przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wezwania do wniesienia sprzeciwu) oraz uzależniania działań wykonawcy od tej oceny, a jedynie złożenia (albo nie) oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu w określonym, 3-dniowym terminie i pod wskazanym rygorem, tj. umorzenia postępowania odwoławczego.

Uwzględniając powyższe oraz treść pisma z dnia 6 marca 2015 r. skład orzekający Izby uznał, że w przedmiotowej sprawie wykonawca Remondis Olsztyn Sp. z o.o. Sp. k. nie złożył sprzeciwu.

Wobec stwierdzenia, że zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a wykonawca, który po jego stronie przystąpił, w określonym przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej terminie nie wniósł sprzeciwu, skład orzekający Izby umorzył postępowanie odwoławcze na podstawie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do wskazanego przepisu ustawy Pzp Izba umarza postępowanie odwoławcze w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp i art. 186 ust. 3 w zw. z art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp, orzekając jednocześnie o konieczności zwrotu odwołującemu kwoty wpisu uiszczanego przez odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: