

Sygn. akt: KIO 2507/12

POSTANOWIENIE
z dnia 23 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 23 listopada 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2012 r. przez wykonawcę **BIO-EKOS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Leśna 63, 42-622 Nowe Chechło** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Gminę Tychy – Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Budowlanych 59, 43-100 Tychy**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze,**
- 2. nakazać Urzędowi Zamówień Publicznych zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **BIO-EKOS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Leśna 63, 42-622 Nowe Chechło** kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczzonego wpisu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Miasto Tychy – Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Budowlanych 59, 43-100 Tychy (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn: „Zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczenie dróg i obiektów drogowych oraz letnie utrzymanie czystości na terenie miasta Tychy w sezonach 2012/2013, 2013/2014, 2014/2015.” Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę większą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 września 2012 r. pod numerem 2012/S 170-281645.

W dniu 13 listopada 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy BIO-EKOS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, ul. Leśna 63, 42-622 Nowe Chechło (dalej „Odwołujący”) od zaniechania przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. zaniechania czynności opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 oraz zaniechania wskazania wszystkich formalności, jakie powinny być dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, zarzucając Zamawiającemu naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) przez:

- 1) uzupełnienie ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ przez dodanie w opisie przedmiotu zamówienia wymogu, że w celu usuwania potraconych zwierząt obowiązkowe jest posiadanie przez wykonawcę aktualnej decyzji powiatowego lekarza weterynarii stwierdzającej spełnienie wymagań weterynaryjnych określonych dla prowadzenia działalności w zakresie zbierania potraconych zwierząt,

- 2) uzupełnienie SIWZ przez wskazanie, że po wyborze najkorzystniejszej oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego wybrany wykonawca będzie obowiązany przedłożyć zamawiającemu decyzję, o której mowa w pkt 1.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia w dniu 5 września 2012 r. W tym dniu ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz na stronie internetowej została udostępniona SIWZ. W sekcji III.2.1 ogłoszenia o zamówieniu w pkt 2c, a także w pkt 3c SIWZ Zamawiający zawarł warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z którym w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy posiadają decyzję powiatowego lekarza weterynarii stwierdzającą spełnienie wymagań weterynaryjnych określonych dla prowadzenia działalności w zakresie zbierania potraconych zwierząt. W celu potwierdzenia spełniania tego warunku Zamawiający wymagał złożenia aktualnej decyzji powiatowego lekarza weterynarii stwierdzającej spełnienie wymagań weterynaryjnych określonych dla prowadzenia działalności w zakresie zbierania potraconych zwierząt, o której mowa w myśl art. 5 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt. Zmieniając ogłoszenie o zamówieniu (Nr 2012/S 170-281645 z dnia 3.11.2012 r. – *w odwołaniu błędnie 3.10.2012 r.*) Zamawiający uchylił w całości ww. warunek udziału w postępowaniu oraz wymóg złożenia dokumentu potwierdzającego jego spełnianie.

W tej sytuacji zdaniem Odwołującego należy zważyć, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest zimowe utrzymanie oraz pozimowe oczyszczenie dróg i obiektów drogowych oraz letnie utrzymanie czystości na terenie miasta Tychy w sezonach 2012/2013, 2013/2014, 2014/2015. W zakres przedmiotu zamówienia, co wynika z treści sekcji 11.2.1 ogłoszenia o zamówieniu („Wielkość lub zakres zamówienia” - „Całkowita wielkość lub zakres”) oraz z pkt 1 SIWZ („Opis przedmiotu zamówienia”), wchodzi usuwanie potraconych zwierząt we wszystkie dni miesiąca o każdej porze dnia wraz z transportem i utylizacją. Zgodnie z przepisem art. 5 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczania chorób zakaźnych zwierząt (Dz. U. z 2008 r. Nr 213, poz. 1342 z późn. zm.) dla podjęcia, a w konsekwencji prowadzenia działalności w zakresie zbierania potraconych zwierząt, konieczne jest posiadanie decyzji powiatowego lekarza weterynarii właściwego ze względu na przewidywane miejsce prowadzenia działalności. Uchylając wskazany wyżej warunek udziału w postępowaniu Zamawiający nie zmienił opisu przedmiotu zamówienia, co oznacza, że w dalszym ciągu w jego zakres wchodzi usuwanie potraconych zwierząt, a tym samym działalność w tym zakresie może być wykonywana wyłącznie przez wykonawcę posiadającego decyzję powiatowego lekarza weterynarii.

Uchylając warunek udziału w postępowaniu Zamawiający być może kierował się przepisem § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), który przewiduje żądanie tylko koncesji, zezwoleń lub licencji w celu potwierdzenia, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności. Skoro tak, to Zamawiający słusznie uchylił wskazany wyżej warunek udziału w postępowaniu. Lecz tym samym, nie zmieniając opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający dopuścił do wykonywania zamówienia wykonawcę, które nie posiadają decyzji powiatowego lekarza weterynarii, co jest niedopuszczalne. W sytuacji, gdy posiadanie tej decyzji nie jest warunkiem udziału w postępowaniu, Zamawiający - aby nie dopuścić do wykonywania zamówienia przez wykonawcę, który takiej decyzji nie posiada - obowiązany był w opisie przedmiotu zamówienia postawić wymóg, iż w celu usuwania potraconych zwierząt obowiązkowe jest posiadanie przez wykonawcę aktualnej decyzji powiatowego lekarza weterynarii stwierdzającej spełnienie wymagań weterynaryjnych określonych dla prowadzenia działalności w zakresie zbierania potraconych zwierząt. Nie dopełniając tego wymogu Zamawiający naruszył przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, aby nie doprowadzić do zawarcia umowy z wykonawcą, który takiej decyzji nie posiada, konieczne jest, aby wykonawca przed zawarciem umowy przedłożył Zamawiającemu decyzję. Aby z kolei wykonawcy mieli świadomość formalnego obowiązku, jaki muszą dopełnić przed zawarciem umowy, konieczne jest wprowadzenie do treści SIWZ stosownego postanowienia zgodnie z przepisem art. 36 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest przedsiębiorcą realizującym usługi będące przedmiotem zamówienia, posiadającym decyzję powiatowego lekarza weterynarii stwierdzającą spełnienie wymagań weterynaryjnych określonych dla prowadzenia działalności w zakresie zbierania potraconych zwierząt i zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Dopuszczenie do wykonywania zamówienia wykonawców, którzy nie posiadają decyzji powiatowego lekarza weterynarii stwierdzającej spełnienie wymagań weterynaryjnych określonych dla prowadzenia działalności w zakresie zbierania potraconych zwierząt oznacza, że w szczególności ofertę może złożyć wykonawca, który takiej decyzji nie posiada. Złożenie ofert przez wykonawców, którzy nie posiadają decyzji powiatowego lekarza weterynarii, może spowodować, że Odwołujący, mimo złożenia oferty najkorzystniejszej spośród wykonawców, którzy posiadają decyzję powiatowego lekarza weterynarii, nie uzyska zamówienia z powodu niemożności złożenia oferty konkurencyjnej w postępowaniu, gdyż uzyska je wykonawca, który takiej decyzji nie posiada. W konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę z powodu braku możliwości uzyskania zysku z tytułu

realizacji przedmiotowego zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil jak na wstepie.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 12 listopada 2012 r.

W dniu 12 listopada 2012 r. Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej Zamawiającego i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Kopię odwołania przekazał także faksem wykonawcom, którzy w niniejszym postępowaniu zwrócili się o wyjaśnienie treści SIWZ oraz wykonawcom, którzy w niniejszym postępowaniu wnieśli odwołania.

Izba ustaliła, że w ustawowym terminie 3 dni nie wpłynęło żadne przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Dnia 14 listopada 2012 r. Prezes Krajowej Izby Odwoławczej wezwał Odwołującego do usunięcia braków formalnych odwołania w postaci odpisu z KRS komplementariusza – BIO-EKOS Sp. z o.o. w terminie 3 dni pod rygorem zwrotu odwołania.

W dniu 14 listopada 2012 r. braki odwołania zostały uzupełnione (drogą elektroniczną, oryginał uzupełnienia wpłynął 19 listopada 2012 r.).

W dniu 22 listopada 2012 r. Zamawiający przekazał oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów odwołania. Uwzględnienie odwołania podpisane zostało przez dyrektora Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów mgr inż. W..... Ł.....

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Skoro zatem Zamawiający poinformował, że uwzględnił w całości zarzuty odwołania, przyjąć należy, że Zamawiający uznał w pełni zasadność zarzutów Odwołującego. Powyższe oświadczenie Zamawiającego nie podlega ocenie przez Izbę co do jego zasadności, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza jest nim związana. W konsekwencji powyższe oświadczenie Zamawiającego obliguje Krajową Izbę Odwoławczą do umorzenia postępowania odwoławczego.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 186 ust. 2 ustawy Pzp).

W związku z tym, wobec ustalenia, że:

1. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu (przed otwarciem posiedzenia z udziałem stron w sprawie przedmiotowego odwołania);
2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca,

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty uiszczonej przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych tytułem wpisu od odwołania stosownie do treści § 5 ust. 1 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).

Przewodniczący: