

Sygn. akt: KIO 1221/11

WYROK
z dnia 24 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum: POLSUPER Sp. z o.o., Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie sp. z o.o., Gabinet Weterynaryjny A. Sołowiński, 00 – 333 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 4/6** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Miasta Stołecznego Warszawy Dzielnicy Praga Południe, 03 – 841 Warszawa, ul. Grochowska 274**

;

przy udziale wykonawcy **"BYŚ" Wojciech Byśkiniewicz, 01 – 934 Warszawa, ul. Arkuszowa 43** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum: POLSUPER Sp. z o.o., Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie sp. z o.o., Gabinet Weterynaryjny A. Sołowiński, 00 – 333 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 4/6** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **Konsorcjum: POLSUPER Sp. z o.o., Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie sp. z o.o., Gabinet Weterynaryjny A. Sołowiński, 00 – 333 Warszawa, ul. Krakowskie Przedmieście 4/6** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa Praga**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Urząd m.st. Warszawy Urząd Dzielnicy Praga Południe prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są prace porządkowe - oczyszczanie gminnych ulic, placów oraz terenów otwartych na terenie Dzielnicy Praga Południe m.st. Warszawy w okresie od 01.07.2011 r. do 30.06.2013 r.

Odwołujący - Konsorcjum POLSUPER Sp. z o.o., Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o.o., Gabinet Weterynaryjny Antoni Sołowiński z siedzibą w Ostrowi Mazowieckiej złożył odwołanie od czynności Zamawiającego, polegających na niezgodnym z dyspozycją art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zatrzymaniu wnieionego przez Odwołującego wadium, a także na przeprowadzeniu postępowania oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo, iż jest ono obarczone wadą niemożliwą do usunięcia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 poprzez opisanie dokumentów, jakie wykonawca winien przedłożyć w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w sposób ograniczający uczciwą konkurencję; art. 36 ust. 1 pkt. 5 poprzez nieopisanie warunków udziału w postępowaniu; art. 46 ust. 4a poprzez jego błędne zastosowanie, tj. zatrzymanie wadium wnieionego przez Odwołującego, pomimo, iż Odwołujący złożył dokumenty.

Odwołujący wniósł o unieważnienie decyzji Zamawiającego o zatrzymaniu wadium, a także o zwrot wadium w wysokości 65.000 zł wraz z należnymi odsetkami zgodnie z art. 46 ust. 4 ustawy Pzp. Ponadto wniósł o unieważnienie postępowania, gdyż w jego ocenie postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia.

Zamawiający opisał w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunki udziału w postępowaniu, poprzez zacytowanie art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto opisał dokumenty, jakie Wykonawca winien złożyć na potwierdzenie spełniania tychże warunków. Odwołujący zwrócił uwagę, iż nie jest to wystarczające do stwierdzenia, iż Zamawiający skonkretyzował warunki udziału w postępowaniu.

W opisie dokumentów, Zamawiający na potwierdzenie warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania zażądał m. in. aktualnego zezwolenia na zbieranie i transport odpadów ważnego, co najmniej do 30 czerwca 2013 r. wydanego zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2010 roku Nr 185, poz. 1243) oraz aktualnego zezwolenia na odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości na terenie m. st. Warszawy ważnego do 30 czerwca 2013 r. wydanego zgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu

czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2005 roku Nr 236, poz. 2008 z późn. zm.).

W ocenie Odwołującego formułowanie w powyżej wskazany sposób warunków udziału w postępowaniu i opisu dokonania spełniania tych warunków jest niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych oraz z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Powyższe rozporządzenie w sposób jednoznaczny określa, jakich dokumentów może żądać zamawiający od wykonawcy. Katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest zamknięty. Wykazaniu spełniania warunku posiadania uprawnień służy odpowiedni dokument koncesji, zezwolenia lub licencji (§ 1 ust. 1 pkt 1 rozp.). W ocenie Odwołującego w niniejszym postępowaniu, Zamawiający nie powinien żądać, aby wykonawca okazał zezwolenie, które będzie ważne na cały okres realizacji zamówienia. Istotne jest samo posiadanie takiego zezwolenia. Odwołujący podniósł, iż nieuczciwe jest opisanie przez Zamawiającego dokumentów, jakie wykonawca winien złożyć, w sposób, jaki to opisał w warunkach udziału w postępowaniu, gdyż ograniczył tym samym dostępność ubiegania się o zamówienie publiczne. Oczywistym jest, zdaniem Odwołującego, iż Wykonawca posiadający wymienione aktualne zezwolenia, w przyszłości może wystąpić o przedłużenie jego ważności. Odwołujący uznał więc, iż złożył ofertę wraz z wymaganymi dokumentami.

Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu tj. decyzji nr 490/OŚ/2010, zmieniającą decyzje wydane w latach ubiegłych zezwalające Odwołującemu na prowadzenie działalności w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie m.st. Warszawy. Odwołujący złożył dokument - decyzję nr 490/OŚ/2010 z dnia 15 czerwca 2010r. wydaną przez Prezydenta m.st. Warszawy zezwalającą na prowadzenie działalności w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie m.st. Warszawy wraz z oświadczeniem Odwołującego, że przed upływem ważności niniejszego pozwolenia zobowiązuje się do dostarczenia nowego pozwolenia w celu zachowania jego ciągłości. W ocenie Odwołującego, wypełnił obowiązek uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uznał jednak, iż Odwołujący na podstawie złożonych dokumentów nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i wykluczył Odwołującego z postępowania oraz odrzucił jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Ponadto Zamawiający poinformował Odwołującego, iż na podstawie art. 46 ust. 4 a ustawy Prawo zamówień publicznych zobowiązany jest do zatrzymania wniesionego przez Odwołującego wadium w wysokości 65 000,00 zł (sześćdziesiąt pięć tysięcy złotych zero groszy).

Zdaniem Odwołującego doszło do rażącego naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie stanowi, iż

Zamawiający ma prawo do zatrzymania wadium, kiedy Wykonawca w odpowiedzi na jego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie złożył wymaganych dokumentów. Sankcja zatrzymania wadium nie dotyczy zaś sytuacji, w której wykonawca przedłożył w wyniku uzupełnienia dokumenty, które zawierają błąd.

W dniu 13 czerwca 2011 r. Wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” Wojciech Byśkiniewicz zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z artykułem 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

W niniejszym postępowaniu ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 lutego 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 40-065568. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 26 lutego 2011 r.

Stosownie do brzmienia przytoczonego powyżej artykułu należy uznać, iż termin na wniesienie skutecznego odwołania w zakresie treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia upłynął w dniu 8 marca 2011 r.

Zamawiający w dniu 29 marca 2011 r. dokonał korekty postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia m.in. dotyczącego rozbieżności pomiędzy postawionym warunkiem posiadania przez Wykonawcę zezwoleń w zakresie zbierania i transportu odpadów, a żądaniem przedstawienia w ofercie jedynie zezwolenia na transport odpadów (bez zbierania).

Odwołujący nie zgłosił w terminie przewidzianym w ustawie zastrzeżeń dotyczących ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zaniechanie działań przez Odwołującego w ściśle określonym terminie pozwala na przyjęcie, iż Odwołujący godzi się z treścią ogłoszenia i postanowieniami SIWZ, a w konsekwencji jest zobowiązany do wypełnienia wymogów tam wyrażonych.

W świetle powyższego należy uznać, iż zarzut w zakresie art. 36 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. dotyczący nieopisania warunków udziału w postępowaniu czy raczej opisania warunków w sposób uznawany przez odwołującego za wadliwy, zgłoszony na obecnym etapie postępowania, a więc już po dokonaniu przez zamawiającego oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, jest spóźniony. Podnoszone naruszenie artykułu 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w kontekście opisania warunków udziału w postępowaniu w sposób i dokumentów uznawany przez odwołującego za wadliwy, również należy uznać za zarzut spóźniony.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający poinformował wykonawcę o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty (wobec braku wykazania spełnienia udziału w postępowaniu) w dniu 25 maja 2011 roku. Odwołujący nie wniósł odwołania na tę czynność Zamawiającego w terminie przewidzianym w ustawie. Termin na wniesienie odwołania w zakresie wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty upłynął w dniu 04.06.2011 r. Należy więc uznać, iż wykonawca, nie kwestionując czynności zamawiającego w drodze odwołania w terminie przewidzianym w ustawie, zgodził się z Zamawiającym, iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w danym postępowaniu. W świetle powyższego bezzasadne jest żądanie odwołującego unieważnienia postępowania. Przede wszystkim należy podnieść, iż odwołujący, jako wykonawca wykluczony (bez zaskarżenia tej czynności) z postępowania, nie jest już uczestnikiem niniejszego postępowania. W konsekwencji należy uznać, iż utracił także możliwość (interes) uzyskania przedmiotowego zamówienia. Co więcej, nie można mówić o interesie w uzyskaniu zamówienia, jeżeli żądaniem Odwołującego jest unieważnienie postępowania. W konsekwencji Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Na marginesie jedynie Izba nadmienia, iż podziela stanowisko odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający ma prawo do zatrzymania wadium w sytuacji, kiedy Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie złożył wymaganych dokumentów. Sankcja zatrzymania wadium nie dotyczy zaś sytuacji, w której wykonawca przedłożył w wyniku uzupełnienia dokumenty, które zawierają błąd. W świetle literalnego brzmienia artykułu 46 ust. 4a jedynie niezłożenie dokumentów lub oświadczeń uprawnia Zamawiającego do zatrzymania wadium. Zdaniem Izby, Zamawiający nie powinien zatrzymać wadium, jeżeli wykonawca uzupełnił dokumenty tudzież oświadczenia, a w ocenie Zamawiającego nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Utratą wadium sankcjonowana jest bierność wykonawców w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, co w przedmiotowej sprawie nie ma miejsca, skoro Odwołujący uzupełnił dokumenty na żądanie Zamawiającego.

Równocześnie Izba zwraca uwagę na treść artykułu 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, iż Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W związku więc z faktem, iż czynność Zamawiającego będąca m.in. przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego dotycząca zatrzymania wadium, przy jednoczesnym skutecznym wykluczeniu Odwołującego z postępowania, nie ma wpływu na wynik postępowania, odwołanie należało oddalić.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Izba w niniejszej sprawie nie orzekała w przedmiocie zasądzenia na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego. Z treści art. 3 ust. 2 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 wynika, iż do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Zgodnie z art. 28 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, wniosek dotyczący kosztów postępowania odwoławczego strona może złożyć do czasu zamknięcia rozprawy. Powyższe przepisy zatem jednoznacznie wskazują, zarówno formę, jak i termin dotyczący składanych wniosków o zasądzenie kosztów. Z powyższego wynika wprost, iż strona postępowania składa wniosek dotyczący kosztów w formie rachunków, które powinny zostać przedłożone do akt sprawy najpóźniej do czasu zamknięcia rozprawy, wysokość kosztów (oraz rodzaj) powinna zostać dokładnie określona, wskazana w rachunku i przedstawiona do czasu zamknięcia rozprawy. W niniejszym postępowaniu Zamawiający do chwili zamknięcia rozprawy nie przedstawił rachunków, na podstawie których żądał zwrotu kosztów.

Przewodniczący:

.....