

Sygn. akt: KIO 1769/12

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 29 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 29 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PEX-POOL K..... W..... – K....., J..... K..... Spółka Jawna, RADPOL S.A., Zakłady Porcelany Elektrotechnicznej ZAPEL S.A., LAPP Insulators Sp. z o.o., 39-200 Dębica, ul. Fredry 3** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74,**

przy udziale wykonawcy **FP-U-H ELPROD s.c. K. M....., T. R....., 64-000 Kościan, ul. Gostyńska 57-59** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PEX-POOL K..... W..... – K....., J..... K..... Spółka Jawna, RADPOL S.A., Zakłady Porcelany Elektrotechnicznej ZAPEL S.A., LAPP Insulators Sp. z o.o., 39-200 Dębica, ul. Fredry 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 **Przedsiębiorstwo Handlowo-**

**Usługowe PEX-POOL K..... W..... – K....., J..... K.....  
Spółka Jawna, RADPOL S.A., Zakłady Porcelany Elektrotechnicznej ZAPEL  
S.A., LAPP Insulators Sp. z o.o., 39-200 Dębica, ul. Fredry 3** tytułem wpisu od  
odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia  
**Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PEX-POOL K..... W..... – K.....,  
J..... K..... Spółka Jawna, RADPOL S.A., Zakłady Porcelany  
Elektrotechnicznej ZAPEL S.A., LAPP Insulators Sp. z o.o., 39-200 Dębica, ul.  
Fredry 3** na rzecz **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul.  
Targowa 74** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero  
groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z  
tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień  
publicznych (Dz. U. z 2010 r. 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 Warszawa-Praga.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Odwołanie zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), [dalej: ustawa Pzp] przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z Warszawy. Przedmiotem tego postępowania jest „Dostawa w 2012 roku nowych izolatorów sieci trakcyjnej ceramicznych lub kompozytowych”. Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - (konsorcjum w składzie) - Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe PEX-POOL K..... W..... – K....., J..... K..... Spółka Jawna z Dębicy (lider konsorcjum), oraz partnerzy konsorcjum - RADPOL S.A. z Człuchowa, Zakłady Porcelany Elektrotechnicznej ZAPEL S.A. z Boguchwały i LAPP Insulators sp. z o.o. z Jedliny Zdrój zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt. 7 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, z uwagi na zaniechanie unieważnienia postępowania, pomimo, że postępowanie to obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu uchylenie wyboru oferty ELPROD oraz unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 2 i nr 3 i zasądzenie od na rzecz odwołującego kosztów postępowania. W uzasadnieniu Interesu i szkody w rozumieniu przepisu art. 179 ustawy stwierdził, że interes Odwołującego we wniesieniu niniejszego odwołania wynika z faktu, iż z chwilą unieważnienia postępowania, z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty (art. 93 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych). Oferta składających odwołanie nie podlegała odrzuceniu, zatem z chwilą unieważnienia postępowania będą mogli zgłosić stosowne roszczenia wobec Zamawiającego. Ponadto, unieważnienie postępowania pozwoli składającym odwołanie wziąć udział w nowym postępowaniu oraz złożyć ofertę, która może zostać uznana za najkorzystniejszą. Zaniechanie unieważnienia postępowania pozbawia składających odwołanie tej możliwości, a co za tym idzie - uzyskania zysków z kontraktu zrealizowanego w wykonaniu zamówienia. Wykonawca wniósł o przeprowadzenie dowodu z akt sprawy prowadzonej przed KIO pod sygn. akt KIO 1556/12, w tym w szczególności, z treści uzasadnienia wyroku zapadłego w tej sprawie - na okoliczność tego, że Zamawiający wadliwie sformułował Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), poprzez to, że nie określił, jako warunku podmiotowego udziału w postępowaniu obowiązku posiadanie

przez Wykonawców zezwolenia na odbiór, transport oraz utylizację odpadów, tj. zezwolenia, które stanowi „uprawnienie”, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy. **W uzasadnieniu podał, że niniejsze odwołanie jest drugim odwołaniem złożonym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę w 2012 roku nowych izolatorów' sieci trakcyjnej ceramicznych lub kompozytowych.** Poprzednie zakończyło się wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) wydanym w dniu 7 sierpnia 2012 r. w sprawie sygn. akt KIO 1556/12. W nadmienionym wyroku odwołanie zostało oddalone, niemniej płynące z uzasadnienia tego wyroku wnioski nakazują przyjąć, iż postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę w 2012 roku nowych izolatorów sieci trakcyjnej prowadzone przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. dotknięte jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podniósł także, że w poprzednim postępowaniu odwoławczym domagali się unieważnienia wyboru oferty ELPROD dla Zadania nr 2 i nr 3 podnosząc, iż żaden ze współników spółki nie spełnia podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy, a mianowicie nie posiada zezwolenia na odbiór, transport oraz utylizację odpadów. Zdaniem odwołujących wymóg posiadania tego zezwolenia - jako warunku podmiotowego udziału w postępowaniu - miał wynikać wprost z Rozdziału VIII pkt. 1 ppkt. 1.1. w zw. z Rozdziałem IX pkt. 8 SIWZ. W uzasadnieniu do tego wyroku KIO uznała za bezsporny fakt, iż stosownie do rozdziału V pkt. 5.1. ppkt. 3 SIWZ, w ramach Zadania nr 2 i Zadania nr 3 do obowiązków Wykonawcy należy: odbiór starych izolatorów w terminie 14 dni kalendarzowych od daty zgłoszenia gotowości ich odbioru oraz, że izolatory te stanowią odpady w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach. Taki charakter starych izolatorów potwierdził ponadto w SIWZ Zamawiający (Rozdział IX pkt. 9). Ponadto Izba – jego zdaniem - stwierdziła, że zgodnie z istotnymi postanowieniami wzoru umowy, będącego załącznikiem do SIWZ, do obowiązków wykonawcy należy odbiór i utylizacja starych izolatorów (str. 10 wyroku). W świetle poczynionych ustaleń KIO uznała, że wymóg posiadania zezwolenia na odbiór, transport i utylizację odpadów nie był - wg SIWZ i wzoru umowy - warunkiem podmiotowym dopuszczenia do udziału w postępowaniu, lecz określeniem sposobu realizacji umowy (*„Zamawiający biorąc pod uwagę powyższe okoliczności wymagał od wykonawców przedstawienia stosownego zezwolenia lub informacji o zawartych umowach z firmami posiadającymi zezwolenie. W ocenie składu orzekającego wymóg powyższy w powiązaniu z postanowieniami umowy nie oznacza podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, lecz odnosi się w istocie do określenia sposobu realizacji umowy poprzez wskazanie konieczności uwzględnienia prawnych warunków zagospodarowania odpadów”* - str. 10 uzasadnienia). W konkluzji wykonawca stwierdził, że Kio we wskazanym wyroku stwierdziła, że Zamawiający wadliwie określił w SIWZ przedmiot zamówienia uznając, iż do zakresu

zamówienia nie należy odbiór, transport oraz utylizacja starych izolatorów, a wyłącznie dostawa nowych izolatorów, pomimo, że odbiór, transport oraz utylizacja należy do istotnych obowiązków wykonawcy. Wbrew, bowiem założeniom Zamawiającego, przedmiot zamówienia nie obejmował tylko dostaw, lecz również usługi. To, że dostawy miały charakter przeważający, nie zwalniał Zamawiającego przy szacowaniu wartości zamówienia z uwzględnia wynagrodzenia należnego w zakresie odbioru, transportu i utylizacji starych izolatorów. Tak, więc, na przedmiot zamówienia składały się dostawy i usługi. Na skutek tych uchybień specyfikacja została wadliwie ukształtowana, w następstwie, czego, zezwolenie na odbiór, transport oraz utylizację starych izolatorów nie stało się podmiotowym warunkiem udziału w postępowaniu, a ponadto do postępowania zostali dopuszczeni wykonawcy, z których żaden - wbrew art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy - nie posiada stosownego zezwolenia oraz wykonawcy, którzy w zakresie uprawnień do odbioru, transportu i utylizacji odpadów, oparli się - wbrew art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy - na zezwoleniu podmiotu trzeciego (podwykonawcy).

Reasumując, wadliwe określenie przedmiotu zamówienia oraz odstąpienie przez Zamawiającego od ukształtowania SIWZ w taki sposób, aby posiadanie zezwolenia stanowiło warunek podmiotowy udziału w postępowaniu spowodowało, iż do postępowania tego zostali dopuszczeni wykonawcy, którzy nie mają wymaganych uprawnień, i którzy - stosownie do art. 22 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy - powinni zostać bezwzględnie z tego postępowania wykluczeni. Należy bowiem w tym miejscu podkreślić, iż obowiązek posiadania przez wykonawców uprawnień, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy ma charakter bezwzględnie wiążący. Od obowiązku tego ustawodawca nie przewidział żadnego wyjątku, co zostało potwierdzone orzecznictwem KIO. W konkluzji podkreślił, że wadliwość ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a na tym etapie postępowania, powyższej wadliwości postępowania nie można usunąć, zatem postępowanie powinno zostać unieważnione.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, względnie o jego oddalenie z uwagi na brak legitymacji wykonawcy w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania. Wskazał także na bezpodstawność zarzutu naruszenia art. 93 ust.1 pkt 7 w zw. z art. 22 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca FP-U-H ELPROD s.c. K. M....., T. R..... z Kościana wnosząc o oddalenie odwołania.

**Rozpoznając niniejsze odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła,  
co następuje:**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Tak jak ustaliła Izba, odwołanie wniesione zostało wobec zaniechania unieważnienia przez Zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, z uwagi na to, że zdaniem wykonawcy postępowanie wszczęte w dniu 25 maja 2012 r. [ data publikacji ogłoszenia w Dz. Urz. UE] obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wskazał w odwołaniu wykonawca - taką wadą jest przede wszystkim brak określenia wymagania, co do posiadania zezwolenia, które to zezwolenie powinno stanowić warunek podmiotowy udziału w tym postępowaniu. Skutkiem tego naruszenia, do postępowania, którego przedmiotem jest „Dostawa izolatorów sieci trakcyjnej” zostali dopuszczeni wykonawcy, którzy nie mają wymaganych uprawnień i którzy - stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp – jak podniesiono - podlegają wykluczeniu z tego postępowania. Zdaniem Izby, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie [pismo z dnia 28.08.2012 r.] oraz w toku posiedzenia słusznie podniósł, że zarzut wskazany w odwołaniu w istocie sprowadza się do kwestionowania treści ogłoszenia oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co na obecnym etapie nie jest już możliwe, z uwagi na upływ ustawowego terminu do wniesienia odwołania. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przypadku, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Ogłoszenie o postępowaniu - jak wyżej wskazano - opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 maja 2012 r. i w tym samym dniu zamieszczona została na stronie internetowej Zamawiającego specyfikacja, zatem termin do skutecznego wniesienia odwołania wobec treści warunków podmiotowych udziału w postępowaniu upłynął ostatecznie w dniu 4 czerwca 2012 r. Izba stwierdza także, że bezzasadne jest w tym przypadku powoływanie się przez Odwołującego na wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO 1559/12, albowiem żadna z podanych przez Odwołującego okoliczności – co także wskazywał Zamawiający - nie może być

kwalfikowana jako nowa okoliczność, która mogłaby uzasadniać powzięcie nowej, nieznanej wcześniej Odwołującemu wiadomości w zakresie warunków podmiotowych ustalonych w tym postępowaniu o zamówienie publiczne, czy też względem treści opisu przedmiotu zamówienia. Wszystkie te okoliczności znane były wykonawcy wnoszącemu odwołanie od dnia publikacji ogłoszenia oraz zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej Zamawiającego i tym samym spóźnione jest powoływanie się na te postanowienie w podstawie unieważnienia postępowania jako niezgodne z ustawą Pzp. Prowadziłoby to bowiem de facto do nieuprawnionego przywrócenia terminu do wniesienia odwołania. Na marginesie Izba zauważa, że ze wskazanego wyroku KIO [z jego uzasadnienia] nie można wywodzić, że przedmiotowe postępowanie winno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp z powodu naruszenia naruszenie przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 1 tej ustawy. W uzasadnieniu tego wyroku – tak jak podnosił Zamawiający – Izba wskazała, że (...) *W ocenie składu orzekającego wymóg powyższy w powiązaniu z postanowieniami umowy nie oznacza podmiotowego warunku udziału w postępowaniu, lecz odnosi się w istocie do określenia sposobu realizacji umowy poprzez wskazanie konieczności uwzględnienia prawnych warunków zagospodarowania odpadów. Nie jest to zatem warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust 1 pkt 1 ustawy i odpowiednio w R. VIII 1.1 siwz, lecz wskazanie dodatkowej okoliczności istotnej dla zamawiającego przy wykonywaniu umowy.*"

Także dodatkowo Izba zwraca uwagę, że wnoszący odwołanie – wbrew twierdzeniom w odwołaniu – nie ma legitymacji, o której stanowi art. 179 ust.1 ustawy Pzp - do jego wniesienia. Stosownie do treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy wyłącznie, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz jeżeli poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Z powyższego przepisu wynika zatem, że materialno-prawną przesłanką wniesienia odwołania jest łączne spełnienie wskazanych w nim okoliczności, a mianowicie: naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, posiadanie przez wykonawcę interesu w uzyskaniu zamówienia, a także poniesienie lub możliwość poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Podkreślenia także wymaga – co wynika również z doktryny i orzecznictwa - legitymacja do wniesienia odwołania istnieje jedynie wówczas, gdy naruszenie interesu wykonawcy w uzyskaniu zamówienia polegało na utracie przez niego możliwości uzyskania danego zamówienia. Zatem skuteczne wniesienie odwołania wymaga wykazania przez wykonawcę, że na skutek niezgodnej z ustawą lub zaniechanej czynności zamawiającego uniemożliwiony został wybór oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej. Także w orzecznictwie wskazuje się na konieczność odnoszenia interesu

prawnego odwołującego do danego postępowania, w którym wnoszony jest środek odwoławczy i tym samym interesu Odwołującego we wniesieniu tego odwołania nie uzasadnia fakt, że w przypadku unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, wykonawcy przysługiwałoby na podstawie art. 93 ust. 4 ustawy Pzp roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty.

W konkluzji Izba stwierdza, że konsekwencją uchybienia terminowi określone w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp jest odrzucenie przez Krajową Izbą Odwoławczą odwołania, zgodnie z dyspozycją art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższych ustaleń orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:**

.....