

Sygn. akt KIO/569/11

**WYROK**  
**z dnia 1 kwietnia 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek – Bujak**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania z dnia 14 marca 2011 r. wniesionego przez **Arkadiusza Fiuk, Tomasza Fiuk, Jadwigę Fiuk, Annę Fiuk, współników Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego „EKO-FIUK” s.c., 78-320 Połczyn-Zdrój, ul. Świerczewskiego 2B** na czynność zamawiającego **Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Połczynie – Zdroju, ul. 22 lipca 16**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Arkadiusza Fiuk, Tomasza Fiuk, Jadwigę Fiuk, Annę Fiuk, współników Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego „EKO-FIUK” s.c., 78-320 Połczyn-Zdrój, ul. Świerczewskiego 2B i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 7 500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez Arkadiusza Fiuk, Tomasza Fiuk, Jadwigę Fiuk, Annę Fiuk, współników Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego „EKO-FIUK” s.c., 78-320 Połczyn-Zdrój, ul. Świerczewskiego 2B.**

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

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. w Połczynie - Zdroju na świadczenie usług wywozu odpadów komunalnych z nieruchomości komunalnego zasobu lokalowego Gminy Połczyn Zdrój, ogłoszonym na stronie internetowej Biuletynu Informacji Publicznej Urzędu Miejskiego w Połczynie-Zdroju w dniu 8 marca 2011 r., wobec czynności zamawiającego wykonawca PHU „EKO-Fiuk” s.c. w Połczynie-Zdrój w dniu 17 marca 2011 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO/569/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 14 marca 2011 r. Informację o podstawie do wniesienia odwołania, odwołujący powziął z treści ogłoszenia o wszczęciu postępowania oraz informacji telefonicznej od zamawiającego o wszczęciu postępowania przekazanej w dniu 8 marca 2011 r.

W odwołaniu wykonawca zarzucił zamawiającemu:

1. Brak prawidłowego wszczęcia postępowania poprzez niezamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, prowadzące do naruszenia art. 40 ust. 1 i 2 ustawy;
2. Brak prawidłowego wszczęcia postępowania poprzez zamieszczenie ogłoszenia na stronie internetowej zamawiającego nie zawierającego wszystkich niezbędnych informacji, które muszą być zamieszczone w ogłoszeniu o przetargu nieograniczonego, prowadzące do naruszenia art. 41 ustawy;
3. Brak udostępnienia na stronie internetowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, naruszające art. 42 ust. 1 ustawy;
4. Zawarcie w ogłoszeniu o udzielenie zamówienia oraz w projekcie umowy zapisu zobowiązującego wykonawcę do wywozu odpadów komunalnych na wysypisko Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami w Wardyniu Górnym, prowadzące do naruszenia zasad udzielania zamówień wyrażonych w art. 7 ustawy;
5. Ograniczenia dostępu do uzyskania zamówienia dla podmiotów nie posiadających podpisanej umowy z MPGO w Wardyniu-Górnym;
6. Brak podania w ogłoszeniu kodów odpadów, będących przedmiotem zamówienia, naruszające art. 29 ust. 1 ustawy;
7. Niejednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia, prowadzące do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy;

8. Braku precyzyjnego i konsekwentnego ustalenia w ogłoszeniu w stosunku do treści siwz o zamówieniu wykazu oświadczeń i dokumentów jakie mają być dostarczone przez wykonawcę;
9. Wyłączenie możliwości zlecenia całości lub części zamówienia podwykonawcom z naruszeniem art. 36 ust. 5 ustawy;
10. Ograniczenie możliwości utylizacji odpadów tylko do jednej instalacji, prowadzące do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonych art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wskazując na powyższe uchybienia wniósł o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Na podstawie wyjaśnień zamawiającego złożonych do akt sprawy na etapie czynności formalno sprawdzających prowadzonych przez Prezesa Izby, ustalono wartość przedmiotowego zamówienia oszacowaną przez zamawiającego na kwotę 14.686,32 euro. Zamawiający w piśmie z dnia 21.03.2011 r. potwierdził również okoliczność, iż ogłoszenie o wszczęciu postępowania przetargowego nie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, a jedynie na stronie internetowej Urzędu Miejskiego w Pólcynie-Zdroju.

#### Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej.

Na posiedzeniu niejawnym, na którym dopuszczono udział stron, Izba stwierdziła, iż w zakresie części zarzutów odwołanie nie przysługiwało na podstawie art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z wartością zamówienia nie przekraczającą kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, która dla usług wynosi, w przypadku zamawiających z sektora finansów publicznych, 125000 euro, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; odrzucenia oferty odwołującego. Mając na uwadze powyższe ograniczenie, nie mogło odnieść skutku odwołanie w zakresie większości zarzutów zgłoszonych wobec sposobu wszczęcia postępowania (braku ogłoszenia w BZP, udostępnienia siwz), oraz opisu przedmiotu zamówienia w tym wymagania dotyczącego utylizacji odpadów jedynie we wskazanej przez zamawiającego instalacji, a także wyłączenia możliwości zlecenia całości lub części zamówienia podwykonawcom. Rozpoznaniu merytorycznemu mogły podlegać wyłącznie zarzuty zgłoszone wobec opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wobec czynności zamawiającego, na które odwołanie nie przysługiwało, ustawodawca przewidział odrębną od odwoławczej procedurę zgłaszania zamawiającemu informacji o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej

przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy (art. 181 ust. 1 ustawy). Procedura ta umożliwia wykonawcy bezkosztowe zgłoszenie zamawiającemu uwag, na podstawie których zamawiający ma możliwość wzruszenia swoich czynności dokonanych z naruszeniem ustawy, czy też dokonania czynności zaniechanej, informując o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności (art. 181 ust.2 ustawy). Wprowadzenie odrębnej od odwoławczej drogi zgłaszania zastrzeżeń wobec czynności zamawiającego rodzi konsekwencje prawne w postaci konieczności odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy. Ponieważ ustawodawca nie przewidział możliwości częściowego odrzucenia odwołania, odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących braku opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu podlegało merytorycznemu rozpoznaniu na rozprawie. Izba wskazuje, iż w związku z nowelizacją ustawy, jaka nastąpiła w wyniku wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591), zmianie redakcyjnej uległ przepis art. 22 ustawy w którym ustawodawca odniósł się do opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wprowadzając wymóg jego zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji (ustęp 3), a także zachowania związku z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalności z przedmiotem zamówienia (ustęp 4). Obowiązek zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o sposobie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu został powtórzony w dalszych przepisach, między innymi w art. 41 ustawy, zgodnie z którym, ogłoszenie o zamówieniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zawierać winno między innymi: *warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków (pkt 7)*. Analogiczny zapis został powtórzony w art. 36 ustawy, dotyczącym wymaganych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 5). Wydaje się, iż ustawodawca w sposób celowy i konsekwentny rozróżnia warunki od opisu sposobu oceny ich spełniania (co również jest widoczne w zapisach rozporządzenia 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, §1.1). Żądane przez zamawiającego dokumenty mają na celu potwierdzenie spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy, a także §1.1 rozporządzenia). Należy zauważyć, iż obecnie ustawodawca nie wymaga, aby zamawiający zamieszczał opis warunków udziału w postępowaniu, co wynikało z poprzedniego brzmienia ustępu 2 art. 22 ustawy oraz dalszych postanowień zawartych w art. 36 ust. pkt 5, art. 41 pkt 7, art. 48 pkt 6, art. 63 ust. 1 pkt 5, art. 75 ust. 2 pkt 9 ustawy. Wykładnia językowa oraz celowościowa przepisów w brzmieniu obowiązującym wskazuje zatem, iż opis sposobu oceny spełniania

warunków udziału w postępowaniu stanowi pochodną warunku konstrukcję, wymagającą jej powiązania z przedmiotem zamówienia. Prowadzi to do konstatacji, iż przy obecnym kształcie przepisów ustawy, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowi dopełnienie warunku udziału w postępowaniu w ten sposób, iż dookreśla treść warunku z uwzględnieniem specyfiki konkretnego przedmiotu zamówienia. Przy takiej konstrukcji, stosowane dotychczas w ramach opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanie na metodę oceny „spełnia – nie spełnia”, czy też odwoływanie się do oceny opartej na dokumentach i oświadczeniach, nie wyczerpuje dyspozycji przepisu art. 22 ust. 4 ustawy, gdyż nie odnosi się do przedmiotu zamówienia. Jak wyżej zostało to zasygnalizowane, dokumenty i oświadczenia służą potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego, uprawnione byłoby przyjęcie, iż zarówno opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak i wskazywane przez zamawiającego dokumenty, stanowią wypełnienie treści warunków udziału w postępowaniu pozwalające na ocenę zdolności wykonania przedmiotowego zamówienia. Prowadzi to do wniosku, iż opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu może być zawarty przy opisie dokumentu żądanego na potwierdzenie warunku, np. poprzez wskazanie na konieczność wykazania się usługą o określonym zakresie i wartości. Innymi słowy, opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, to merytoryczny wyznacznik potencjału, a dokument to źródło tej oceny.

Powyższe rozważania były konieczne dla ustalenia zakresu zarzutu dotyczącego braku opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odwołaniu odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 41 ustawy wskazał na brak w ogłoszeniu o zamówieniu wszystkich niezbędnych informacji potrzebnych wykonawcy dla podjęcia decyzji o uczestnictwie w postępowaniu, odnosząc się do treści dotyczącej opisu warunków oraz sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Z jednej strony odwołujący zarzucał zamawiającemu brak określenia warunków udziału w postępowaniu (sekcja V) oraz brak zapisów określających sposób ich weryfikacji (pkt 1.1.3 i 1.1.4), a z drugiej strony wskazywał na niejednoznaczność ogłoszenia względem postanowień siwz w zakresie dotyczącym dokumentów żądanych od wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego na stronie internetowej Urzędu Miejskiego w Połczynie-Zdroju Izba ustaliła, iż zamawiający w sekcji V w zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazał, iż ocena ta będzie przeprowadzona na podstawie przedstawionych przez wykonawców dokumentów i oświadczeń według formuły „spełnia – nie spełnia” (2.1).

Zamawiający zamieścił w ogłoszeniu także informację o dokumentach, jakie były wymagane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ze wskazaniem na: ze

1.2 aktualne zezwolenie na wykonywanie działalności i czynności w zakresie objętym zamówieniem wydane przez właściwy podmiot;

1.3 aktualne zezwolenie na zbieranie i transport odpadów wydane w oparciu o przepisy prawne ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. nr 39 poz. 251, z 2008 r. Nr 138 poz. 865, Nr 199 poz. 1227);

1.4 kserokopia ważnej umowy na odbiór lub zapewnienie odbioru odpadów komunalnych niesegregowanych oraz zgodę na przyjęcie odpadów segregowanych przez podmioty zajmujące się wykorzystaniem bądź przetwarzaniem surowców wtórnych zgodnie z przepisami prawnymi ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. nr 39 poz. 251, z 2008 r. Nr 138 poz. 865, Nr 199 poz. 1227);

1.5 polisa lub inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej przynajmniej na proponowaną wartość wyceny oferty łącznie z kopiami dowodów wpłaty składek ubezpieczeniowych;

1.6 kserokopię NIP i REGON;

Zamawiający żądał dołączenia oświadczeń:

2.1 oświadczenie o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust. 1 i nie podleganiu wykluczeniu z art. 24 ust. 1 i 2 ustawy (w przypadku oferty składanej wspólnie przez kilku Wykonawców, oświadczenie składa każdy wykonawca) – załącznik nr 2 do SIWZ.

2.2 oświadczenie o akceptacji wzoru umowy stanowiący załącznik nr 3 do SIWZ (w przypadku oferty składanej wspólnie przez kilku Wykonawców, oświadczenie składa każdy wykonawca).

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Samo stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy nie oznacza, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż konieczne jest również ustalenie wpływu tego naruszenia na wynik postępowania. Ocena wpływu naruszenia ustawy na wynik postępowania dokonywana jest przez Izbę z uwzględnieniem istniejącego w dniu rozprawy stanu faktycznego. Na podstawie informacji przekazanej przez zamawiającego w drodze korespondencyjnej ustalono, iż w dniu 16 marca 2011 r. zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Informację o tej czynności zamawiający zamieścił na stronie internetowej Biuletynu Informacji Publicznej Urzędu Miejskiego w Połczynie – Zdroju (miejsce publikacji ogłoszenia o wszczęciu postępowania). W toku rozprawy skład orzekający Izby dokonał sprawdzenia

zawartości strony internetowej i ustalił, iż zawiadomienie, którego treść została przekazana do Izby przez zamawiającego zostało zamieszczone w dniu 17 marca 2011 r. W tych okolicznościach rozstrzygnięcie w przedmiocie naruszenia przepisów ustawy było bezcelowe i nie mogło odnieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania. Unieważnienie postępowania w swoich skutkach prowadzi do uchylecia wszystkich czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu. Rozstrzygnięcie o prawidłowości czynności zamawiającego w sytuacji dokonanego unieważnienia postępowania staje się bezprzedmiotowe, chyba że przedmiotem badania miałyby być sama czynność unieważnienia postępowania, która w wyniku stanowiska Izby mogłaby być wzruszona. Taka sytuacja w niniejszym postępowaniu nie zachodziła. Odwołujący pomimo czynności unieważnienia postępowania, co było zgodne z jego żądaniem zawartym w odwołaniu, podtrzymywał odwołanie (nie wycofał tego odwołania). Ponieważ postępowanie zostało unieważnione, to żadna z czynności wcześniejszych nie mogła mieć w chwili rozpoznania odwołania znaczenia dla wyniku tego postępowania.

W związku z powyższymi ustaleniami, odwołanie podlegało oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień Publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis, na podstawie § 5 ust. 3 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. 3544), mającego zastosowanie do przedmiotowego odwołania, jako wniesionego po wejściu w życie rozporządzenia i dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. (zgodnie z § 7 rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....