

POSTANOWIENIE

z dnia 15 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 15 października 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2015 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Lipnie Sp. z o.o., ul. Kard. Wyszyńskiego 47, 87-600 Lipno** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Bartniczka, ul. Brodnicka 8, 87-321 Bartniczka,**

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Lipnie Sp. z o.o. ul. Kard. Wyszyńskiego 47, 87-600 Lipno, i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Lipnie Sp. z o.o. ul. Kard. Wyszyńskiego 47, 87-600 Lipno** 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 2013 r. poz. 907 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 Toruniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Bartniczka prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Bartniczka w latach 2016 i 2017” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1 pod poz. 254914 w dniu 29 września 2015 r.

Wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 768616,33 zł, stanowiącą równowartość 181 925,33 euro i jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, tj. w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz.U. z dnia 31 grudnia 2013 r. poz. 1735) (§ 1 pkt 2 lit. a ww. rozporządzenia).

W dniu 5 października 2015 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ramach powyższych wyjaśnień Zamawiający wprowadził zmiany do treści SIWZ oraz odpowiednio do treści ogłoszenia, przesuając termin składania ofert z dnia 7 października 2015 r. na dzień 12 października 2015 r. W dniu 9 października 2015 r. Zamawiający przesunął termin składania ofert na dzień 26 października 2015 r.

W dniu 7 października 2015 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Lipnie Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności Zamawiającego, polegającej na zmianie treści SIWZ w dniu 5.10.2015r. przez usunięcie dotychczasowej treści w pkt. 3.3. SIWZ: „Worki do selektywnej zbiórki surowców powinny mieć wymiary ok.70x110 cm, grubość folii 50 mikronów i biały kolor” i wpisanie w miejsce tego: „Worki do selektywnej zbiórki surowców powinny mieć wymiary ok.70x10 cm, grubość 50 mikronów i kolor żółty”.
- 2) Zaniechania czynności zamieszczenia w SIWZ wymogu okazania się przez wykonawców umową z jednym ze wskazanych RIPOK-ów na etapie składania ofert.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, że postępowanie Zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp, „poprzez opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję”.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, jak poniżej:

Ad.1 W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wraz z ogłoszeniem o przetargu zamieścił na stronie internetowej w dniu 29.09.2015 r. SIWZ, w której w pkt. 3. ppkt 3.3. zawarł wymagania dotyczące worków przeznaczonych m.in. do selektywnej zbiórki surowców, wskazując, iż worki mają mieć biały kolor.

W dniu 5.10.2015 r. w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców, Zamawiający poinformował, że zmienia wymagania dotyczące koloru worków i w miejsce koloru białego wpisał kolor żółty. Wprowadzone zmiany i wyjaśnienia w dniu 5 października 2015 r. zdaniem Odwołującego naruszają zasady uczciwej konkurencji i eliminują Odwołującego jako potencjalnego wykonawcę zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że informację o zmianie SIWZ w zakresie opisanym powyżej, otrzymał w dniu 5.10.2015 r. Informacja o tej zmianie została w tym samym dniu opublikowana także na stronie internetowej Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że realizując dotychczas umowę z Zamawiającym oraz innymi zamawiającymi, funkcjonującymi na terenie działalności odwołującego, dostarczał worki w kolorze białym i takimi workami dysponuje. Będąc podmiotem finansów publicznych zobowiązany jest do dokonywania zakupów w postępowaniach przetargowych. W momencie składania oferty Odwołujący nie będzie dysponował odpowiednim potencjałem w postaci żółtych worków, a tym samym nie może złożyć oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że w pierwotnej wersji SIWZ Zamawiający nie widział przeszkód w wymaganiu worków w kolorze białym, a pytanie wykonawcy, w wyniku którego zmienił wymaganie odnośnie koloru worków, nie zawierało żądania radykalnej zmiany SIWZ, a dotyczyło tylko możliwości cyt. „dopuszczenia stosowania worków w kolorze żółtym”. Wobec tego uzasadnione jest żądanie odwołującego zmiany SIWZ w tym zakresie.

Ad. 2 Zdaniem Odwołującego, postanowienia SIWZ naruszają zasadę uczciwej konkurencji wobec braku żądania przez Zamawiającego w SIWZ umowy wykonawcy z jednym ze wskazanych RIPOK-ów na etapie składania ofert.

Odwołujący wyjaśnił, że zasugerował Zamawiającemu zmianę zapisów punktu 3.14 SIWZ, polegających na dodaniu konieczności przedstawienia przez wykonawców umowy z właściwym RIPOK-iem.

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie Odwołującego oświadczył, że na etapie składania ofert przedstawianie umowy z RIPOK nie jest wymagane. Dopiero w trakcie realizacji umowy wykonawca musi dysponować aktualną umową z ROPOK.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie ma gwarancji czy wybrany wykonawca zawrze umowę z właściwym RIPOK-iem. Nadto SIWZ nie zawiera postanowienia, w jaki sposób Zamawiający będzie weryfikował ten warunek. (SIWZ cz.VIII pkt. 7).

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o zmianę przez Zamawiającego treści SIWZ, przez:

- 1) wpisanie w części 3. pkt. 3.3 w miejsce: „Worki do selektywnej zbiórki surowców powinny mieć wymiary ok.70x110 cm, grubość folii 50 mikronów i kolor żółty”, następującej treści: „Worki do selektywnej zbiórki surowców powinny mieć wymiary ok.10x110 cm, grubość folii 50 mikronów i kolor żółty lub biały”.
- 2) zamieszczenie w części VIII pkt. 1 SIWZ obowiązku przedłożenia przez wykonawcę umowy z właściwym RIPOK, zawartej na okres nie krótszy niż przewiduje to umowa w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 13 października 2015 r., które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2015 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 oraz art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie akt sprawy i dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu.

Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), jako wniesione po upływie ustawowego terminu oraz wniesione wobec innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Z treści odwołania jednoznacznie wynika, że rozpoznawane odwołanie zostało wniesione wobec czynności Zamawiającego z dnia 5 października 2015 r. polegającej na zmianie treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w wyniku odpowiedzi na pytanie nr 7, a także wobec zaniechania wprowadzenia zmiany do treści SIWZ w zakresie opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w wyniku odpowiedzi Zamawiającego z dnia 5 października 2015 r. na pytanie nr 6.

Odwołujący podniósł w odwołaniu zarzuty naruszenia, w wyniku powyższej czynności i zaniechania, przepisów art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 2 Pzp, podważając prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia - w odniesieniu do wymaganego koloru worków na odpady oraz

prawidłowość opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu - w zakresie wymaganego od wykonawcy potencjału technicznego.

Podkreślić należy, że zmiana treści SIWZ z dnia 5 października 2015 r. w zakresie wymaganego koloru worków, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie dotyczy opisu warunku udziału w postępowaniu lecz opisu przedmiotu zamówienia. Worki nie są bowiem wymagane na etapie oceny ofert lecz dopiero na etapie realizacji zamówienia, a zatem wykonawca składając ofertę nie musi wykazywać, że dysponuje workami w wymaganym kolorze żółtym.

W zakresie powyższego zarzutu tj. naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp, poprzez zmianę dotychczasowej treści w pkt. 3.3. SIWZ: „Worki do selektywnej zbiórki surowców powinny mieć wymiary ok.70x110 cm, grubość folii 50 mikronów i biały kolor” i wpisanie w miejsce tego: „Worki do selektywnej zbiórki surowców powinny mieć wymiary ok.70x110 cm, grubość 50 mikronów i kolor żółty”, odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, jako wniesione wobec innej czynności niż określone w art. 180 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od 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.

W świetle powyższej regulacji, która określa przesłanki uprawniające wykonawcę do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości mniejszej niż kwoty, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, należy uznać, że w przedmiotowym postępowaniu, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, wykonawcom nie przysługuje odwołanie wobec czynności innych niż wymienione w art. 180 ust. 2 Pzp. Czynność opisaną w SIWZ przedmiotu zamówienia, wobec której zostało wniesione przedmiotowe odwołanie, nie jest wymieniona w art. 180 ust. 2 Pzp, jako czynność, wobec której przysługuje odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej tzw. progów unijnych. Wobec powyższego, nie budzi wątpliwości fakt, że w zakresie omawianego zarzutu odwołanie zostało wniesione wobec innej czynności niż czynności określone w art. 180 ust. 2 Pzp. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu, nie wystąpiła zatem przesłanka, która uprawniałaby Odwołującego do wniesienia odwołania. Stosownie do dyspozycji art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp, odwołanie wniesione w zakresie wykraczającym poza dyspozycję przepisu art.

180 ust. 2 Pzp podlega odrzuceniu. Izba zobowiązana jest zatem niniejsze odwołanie odrzucić w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp.

W pozostałym zakresie odwołanie dotyczy zaniechania przez Zamawiającego wprowadzenia do SIWZ, w ramach odpowiedzi na pytanie wykonawcy nr 6 z dnia 5 października 2015 r., wymagania dotyczącego przedłożenia w ofercie umowy zawartej przez wykonawcę z RIPOK, jako dokumentu potwierdzającego spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego potencjału technicznego. Odwołanie także w zakresie tego zarzutu podlega odrzuceniu jako wniesione po terminie.

Izba zważyła, że zarzut powyższy dotyczy de facto brzmienia postanowień SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, które zostało ogłoszone wraz z publikacją ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w dniu 29 września 2015 r. Od chwili przekazania ogłoszenia do publikacji w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, treść warunków udziału w postępowaniu nie uległa zmianie. Termin 5-cio dniowy do wniesienia odwołania w powyższym zakresie, stosownie do art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, należy zatem liczyć od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej zamawiającego, a zatem od dnia 29 września 2015 r. Termin ten upłynął w dniu 5 października 2015 r. (uwzględniając fakt, że ostatni dzień ww. terminu przypadał w dniu wolnym od pracy, tj. w niedzielę 4 października 2015 r.). Odwołanie zostało wniesione w dniu 7 października 2015 r., a wobec tego po upływie ustawowego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, co zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi przesłankę do odrzucenia odwołania.

Co do kwestii możliwości wniesienia odwołania wobec zaniechania przez Zamawiającego zmiany SIWZ w trybie odpowiedzi na pytania wykonawców należy zauważyć, że zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp, odwołanie przysługuje od czynności lub zaniechania przez zamawiającego czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. Zgodnie natomiast z art. 38 ust. 4 Pzp, w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z przepisu tego wynika, że zamawiający może zmienić treść SIWZ w wyniku odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące treści SIWZ, ale nie ma takiego obowiązku. Skoro wykonawca nie zgadzał się z brzmieniem SIWZ w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu, to powinien wnieść odwołanie wobec treści postanowień ogłoszenia lub specyfikacji z zachowaniem wskazanego w przepisach ustawy terminu dla tego rodzaju czynności (art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono, jak w sentencji, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 i 6 oraz ust. 3 zdanie pierwsze Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz § 3 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: