

Sygn. akt: KIO 1706/11

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 sierpnia 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **Konsorcjum: BM Recykling Sp. z o.o., Kompostach Sp. z o.o., Sarpi Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o., ul. Tkacka 30, 34-120 Andrychów** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zakład Wodociągów i Kanalizacji, ul. Długa 21, 34-400 Nowy Targ,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: BM Recykling Sp. z o.o., Kompostach Sp. z o.o., Sarpi Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o., ul. Tkacka 30, 34-120 Andrychów** i 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 - **Konsorcjum: BM Recykling Sp. z o.o., Kompostach Sp. z o.o., Sarpi Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o., ul. Tkacka 30, 34-120 Andrychów,** 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 w **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

Sygn. KIO/1706/11

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu 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], którego przedmiotem jest zadanie pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie osadu nadmiernego z biologicznej oczyszczalni ścieków w Nowym Targu” przez - Konsorcjum firm: Lider: BM RECYKLING Sp. z o.o., z Andrychowa oraz członek: KOMPOSTECH Sp. z o.o., z Nowego Sącza i członek SARPI Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. z Dąbrowy Górniczej [dalej także Odwołujący]. Odwołanie dotyczy czynności zaniechania przez Zamawiającego: (1) wykluczenia Wykonawcy SITA -MIĄSO wskutek nie wykazania przez SITA - MIĄSO spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie wypełnienia wymogów określonych w SIWZ oraz (2) zaniechania uznania oferty SITA- MIĄSO za odrzuconą i tym samym naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 i art. 7 ust 1 ustawy Pzp. Wskazując na powyższe wykonawca wniósł o unieważnienie decyzji o wyborze oferty firmy SITA -MIĄSO jako najkorzystniejszej, dokonanie ponownej czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w jej wyniku uznanie, iż oferta firmy SITA-MIĄSO nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, uznanie złożonej oferty za odrzuconą, a także dokonanie ponownej oceny ofert i w jej wyniku uznanie, iż ofertę najkorzystniejszą złożył Odwołujący. W uzasadnieniu wykonawca podał, że Zamawiający w pkt. 10.1.1 SIWZ wymagał, aby oferenci posiadali decyzje na prowadzenie działalności w zakresie transportu, odzysku lub unieszkodliwiania odpadów wymagane przez ustawę z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 ze zm.) obejmujące swoim zakresem rodzaj odpadu będącego przedmiotem zamówienia, zaoferowaną metodę jego zagospodarowania oraz dopuszczalne ilości odpadu do odbioru, potwierdzające możliwość docelowego termicznego unieszkodliwiania metodą D10 osadu z oczyszczalni ścieków w ilości co

najmniej 10 000 ton (lub odpadu powstałego m.in. z przetworzenia osadu z oczyszczalni ścieków). Ponadto w Ogłoszeniu o niekompletnej procedurze lub sprostowaniu z dnia 22.06.2011r. doprecyzował wymogi, jakie wykonawca powinien spełnić. Zdaniem Odwołującego z tych dokumentów wprost wynika, że wykonawca powinien przedstawić decyzje, zezwolenia pozwalające na termiczną utylizację w procesie D10 osadu nadmiernego bądź odpadu powstałego m.in. z przetworzenia osadu z oczyszczalni ścieków i wykreślił możliwość przedstawienia pisemnych zobowiązań (umowy lub oświadczenia) z podmiotem, który zrealizuje część zamówienia dotyczącą termicznej utylizacji osadu nadmiernego bądź odpadu powstałego m.in. z przetworzenia osadu z oczyszczalni ścieków, (załącznik nr.1 - treść ogłoszenia o niekompletnej procedurze lub sprostowaniu). Wykonawca stwierdził, że oferta Konsorcjum SITA - MIAŚO nie zawiera w sobie zezwolenia na termiczne unieszkodliwianie osadu ściekowego metodą D10 lub odpadu powstałego z przetworzenia osadu z oczyszczalni ścieków. Do oferty załączono jedynie umowę z podmiotem Lafarge Cement Polska Spółka Akcyjna, Cementownia Małogoszcz posiadającym stosowane zezwolenia. Takiej konstrukcji oferty - zdaniem Odwołującego - nie można uznać za potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem Konsorcjum SITA -MIAŚO przedłożyło do oferty dokumenty podmiotu niebędącego stroną postępowania (ani w formie członka Konsorcjum, ani w formie oferenta, czy wykonawcy), co nie było możliwe po zmianach w SIWZ z dnia 22.06.2011 r. Nie jest również możliwe, aby Wykonawca mógł polegać na uprawnieniach podmiotu trzeciego do prowadzenia działalności w przypadku usług, do realizacji których wymagane jest posiadanie specjalnych uprawnień. Powołując się na orzecznictwo KIO wykonawca stwierdził, że posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności nie jest przewidziane w przepisie art. 26 ust. 2b PZP jako zasób podlegający udostępnieniu. Tym samym nie ma podstaw prawnych do posłużenia się - dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez SITA- MIAŚO - uprawnieniami spółki Lafarge Cement Polska i tym samym Wykonawca SITA- MIAŚO nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp, a to oznacza, że Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp powinien wykluczyć Konsorcjum SITA- MIAŚO a jej ofertę uznać za odrzuconą i wybrać ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą lub unieważnić postępowanie. W konkluzji wykonawca stwierdził, że Zamawiający poprzez niewykluczenie Konsorcjum SITA- MIAŚO naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust 1 ustawy PZP. z uwagi na nieprawidłowe stosowanie przepisów ustawy Pzp.

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

Odwołanie podlega oddaleniu.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący się wykonawca - Konsorcjum firm: Lider: BM RECYKLING Sp. z o.o., oraz KOMPOSTECH Sp. z o.o., i SARPI Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. nie legitymuje się interesem w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Tym samym odwołanie podlega oddaleniu bez merytorycznego rozpatrywania żądań i zarzutów w nim podniesionych.

Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w orzecznictwie i doktrynie podstawą skutecznego wniesienia odwołania jest wypełnienie przez wnoszącego odwołanie materialno-prawnej przesłanki, o której stanowi przepis art. 179 ust.1 ustawy Pzp. W myśl wskazanego przepisu, legitymację do wniesienia środka ochrony prawnej (w tym wypadku odwołania) ma tylko ten podmiot, który wykaże przede wszystkim interes w uzyskaniu zamówienia, a ponadto możliwość poniesienia szkody. Nie wykazanie takiego związku przyczynowego skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpoznawania podniesionych w nim zarzutów. Izba zwraca jednocześnie uwagę, że analogiczne uregulowanie – tak jak w art.179 ust.1 ustawy Pzp - wynika także z art. 1 ust. 3 dyrektywy Rady 92/13/EWG [zwanej także odwoławczą]. Wymaga także podkreślenia, że posiadanie takiej legitymacji czynnej przez wnoszącego odwołanie podlega badaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania, bowiem brak takiej legitymacji prowadzi do oddalenia odwołania.

Brak interesu we wniesieniu odwołania w postępowaniu, którego przedmiotem jest „Odbiór, transport i zagospodarowanie osadu nadmiernego z biologicznej oczyszczalni ścieków w Nowym Targu” Izba oparła na ustaleniu, że nie jest możliwe poniesienie przez wnoszącego odwołanie wykonawcę – Konsorcjum firm – szkody, o której stanowi powołany art. 179 ust 1 ustawy Pzp, gdyż ewentualne uwzględnienie zarzutów z odwołania nie prowadziłyby w konsekwencji do udzielenia zamówienia na rzecz Odwołującego, tylko do unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne.

W tym przypadku Zamawiający kwestionując interes wykonawcy we wnoszeniu odwołania oparł się na art. 86 ust.3 ustawy Pzp stwierdzając, że bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę w wysokości 2 400 000 złotych netto + należny VAT jaką (...) zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia i w przypadku (...) uwzględnienia żądań Odwołującego i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, koszt realizacji zamówienia wynosiłby 4.600 000 złotych netto + należny VAT, a (...) wówczas, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp konieczne byłoby unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem nie byłoby możliwe zwiększenie kwoty przeznaczonej na realizację przedmiotu zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty i tym samym (...) Odwołujący nie miałby możliwości uzyskania zamówienia - o czym był poinformowany po otwarciu ofert”. W tym przypadku oświadczenie o możliwym unieważnieniu postępowania złożył w odpowiedzi na odwołanie, kierownik zamawiającego – dyrektor MZWiK, działający na podstawie pełnomocnictwa Burmistrza Miasta Nowy Targ, ustanawiającego dyrektora MPW i K w Nowym Targu pełnomocnikiem Gminy Miasta Nowy Targ m.in. do jednoosobowego prowadzenia całokształtu

spraw związanych z bieżącą działalnością jednostki, co wskazuje także na uprawnienie do samodzielnego składania oświadczeń finansowych w imieniu kierowanej jednostki działającej w formie samorządowej jednostki budżetowej. W tym przypadku Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp postępowanie podlega unieważnieniu, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty. Wnoszący odwołanie wykonawca nie tylko nie wykazał, tak jak wymaga tego przepis art. 190 ust.1 ustawy Pzp, że Zamawiający ma możliwość zwiększenia tej kwoty, ale pośrednio, żądając alternatywnie unieważnienia postępowania potwierdzał taką konieczność, a także w toku rozprawy - znając przedstawione w odpowiedzi na odwołanie stanowisko Zamawiającego - okoliczności tej nie kwestionował. Zamawiającym w tym przypadku jest jednostka budżetowa - jednostka sektora finansów publicznych - działająca na podstawie ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którą podstawą działalności finansowej takiej jednostki jest jej plan finansowy zatwierdzony przez organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego i wydatki mogą być ponoszone tylko do wysokości kwot ustalonych w tym planie.

W konkluzji Izba stwierdza, że ustalenia w niniejszej sprawie wskazują na brak – w rozumieniu art. 179 ust.1 ustawy Pzp legitymacji do wniesienia odwołania w tym postępowaniu o zamówienie publiczne przez Konsorcjum firm BM RECYKLING Sp. z o.o., oraz KOMPOSTECH Sp. z o.o., i SARPI Dąbrowa Górnicza Sp. z o.o. Na marginesie Izba zwraca uwagę że wykonawca nie spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 10.1.1. siwz przez Konsorcjum SITA – MIĄSO oparł m.in. na wyroku KIO z dnia 6 czerwca 2011 r. sygn. akt: KIO 1184/11, stwierdzając, że KIO w tym wyroku wskazała na jedyny możliwy dopuszczalny sposób potwierdzenia spełnienia warunku unieszkodliwianie osadu ściekowego metodą D10 - poprzez utworzenie - w związku z tym spornym wymaganiem - Konsorcjum wykonawców. Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie zauważa, że KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 6.06.2011 r. przede wszystkim nie wypowiedziała się, co do konieczności tworzenia Konsorcjum, celem ubiegania się o to zamówienie. KIO stwierdziła tylko, że (...) *żądanie przez Odwołującego zaniechania przez Zamawiającego egzekwowania od wykonawców obowiązku przedstawienia i udokumentowania możliwości i technologii przetworzenia oraz docelowego zagospodarowania – metodą D10 – termiczne przekształcenie odpadów w instalacjach lub urządzeniach zlokalizowanych na lądzie, osadu z oczyszczalni ścieków nie znajduje uzasadnienia*” oraz, że (...) *Odwołujący nie zaprzeczył również, że istnieje rynek powyższych usług realizowanych przy zastosowaniu metody D10, co oznacza zdaniem Izby, iż w jego obszarze może odbywać się działalność konkurencyjna*”. W konkluzji KIO stwierdziła, że to wykonawca przyznał (...), że *w ramach konsorcjum mógłby potencjalnie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie*”.

Mając powyższe ustalenia na uwadze Izba, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący: