

Sygn. akt KIO 2302/19

POSTANOWIENIE
z dnia 26 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Liskiewicz

po rozpoznaniu w Warszawie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 26 listopada 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2019 r. przez odwołującego: **FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie** (ul. Siedmiogrodzka 9 01-204 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Terenów Publicznych** ul. Podwale 23 00-261 Warszawa,

- przy udziale wykonawcy: **REKLAMEX Spółka z o. o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Marszałkowska 27/35 m. 93, 00-639 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Umorzyć postępowanie odwoławcze;
2. Nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołującego:
– **FBSerwis S.A.** ul. Siedmiogrodzka 9 01-204 Warszawa kwoty **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało 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 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego: Zarząd Terenów Publicznych z siedzibą w Warszawie, którego przedmiotem jest: „Konservacja iluminacji pomników i innych obiektów w tym architektonicznych oraz konserwacja oświetlenia terenów będących w administrowaniu Zarządu Terenów Publicznych w Dzielnicy Śródmieście m.st Warszawy. Nr referencyjny: ZTP-IV.26.26.2019 ECH Zp-25/2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 4 listopada 2019 r. nr 617944-N-2019.

Wnoszący odwołanie wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie (Odwołujący) zarzucił naruszenie przepisów:

1. art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 233 ust. 1 - 3 i art. 250 ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach () dalej: „Uchylona ustawa o odpadach”) - ustanowienie w sekcji III pkt 1.1) Ogłoszenia oraz w części III pkt 9.2.1. SIWZ warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania zezwolenia na transport odpadów, pomimo iż obowiązek posiadania takiego zezwolenia nie wynika z żadnych przepisów obowiązującego prawa, gdyż aktualnie podmioty prowadzące działalność w zakresie transportu odpadów podlegają jedynie wpisowi do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach (baza danych o odpadach, dalej: „BDO”), przy czym przepisy dotyczące obowiązku posiadania zezwolenia na transport odpadów straciły moc z chwilą utworzenia BDO, tj. z dniem 24 stycznia 2018 r., a wszystkie wydane na ich podstawie zezwolenia na transport odpadów wygasły najpóźniej z chwilą upływu terminu do złożenia wniosku o wpis do BDO, tj. zgodnie z art. 234 ust. 2 ustawy o odpadach z dniem 24 lipca 2018 r. (w którym to dniu upływa 6 miesięcy od dnia utworzenia BDO),
2. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - określenie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz pozostający bez wpływu na możliwość oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a przy tym w nieuzasadniony sposób ograniczającego dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia, tj. przez ustalenie warunku dotyczącego posiadania zezwolenia na transport odpadów, o którym mowa w ustawie o odpadach, pomimo iż obowiązek posiadania takiego zezwolenia nie wynika z żadnych przepisów obowiązującego prawa i obecnie nie istnieje żaden podmiot, który taki warunek by spełniał, bowiem wszystkie wydane decyzje w sprawie zezwolenia na transport odpadów

- wygasły z dniem 24 lipca 2018, co w istocie uniemożliwia udział w Postępowaniu wszystkim przedsiębiorcom prowadzącym działalność w zakresie transportu odpadów komunalnych;
3. art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (dalej: „ustawa o odpadach”) - ustanowienie w Sekcji III pkt 1.1) Ogłoszenia oraz w części III pkt 9.2.1. SIWZ warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej, tj. posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów niebezpiecznych (zużytych źródeł światła), w sytuacji, gdy żadne odrębne przepisy (w tym przypadku przepisy ustawy o odpadach) nie przewidują obowiązku posiadania uprawnień do wykonywania działalności stanowiącej przedmiot zamówienia udzielanego w Postępowaniu;
 4. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - określenie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz pozostający bez wpływu na możliwość oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a przy tym w nieuzasadniony sposób ograniczającego dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia, tj. przez ustalenie Sekcji III pkt 1.1) Ogłoszenia oraz w części III pkt 9.2.1. SIWZ, że o udzielenie zamówienia może się ubiegać wykonawca posiadający zezwolenie na zbieranie odpadów niebezpiecznych (zużytych źródeł światła), podczas gdy zbieranie odpadów niebezpiecznych nie jest przedmiotem niniejszego Postępowania i nie będzie konieczne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, a tym samym wymaganie uprawnień do takiego zbierania jest zupełnie nieuzasadnione,
 5. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - określenie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz pozostający bez wpływu na możliwość oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a przy tym w nieuzasadniony sposób ograniczającego dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do wykonania zamówienia, tj. przez ustalenie w sekcji III pkt 1 ppkt 3 lit. a) Ogłoszenia oraz w Części III pkt 9.2.2.a) SIWZ wymogu wykazania się przez wykonawcę wykonaniem co najmniej dwóch usług dotyczących konserwacji iluminacji pomników i innych obiektów w tym architektonicznych obejmujących minimum 700 szt. reflektorów iluminacyjnych przez okres min. 12 miesięcy każda, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, że każda z ww. usług miałaaby obejmować:
 - (1) co najmniej 200 szt. reflektorów iluminacji pomników, obiektów i innych będących pod ochroną Konserwatora Zabytków oraz
 - (2) co najmniej 2 pomniki/obiekty oświetlone reflektorami iluminacyjnymi opartymi na automatyce sterowania światłem za pomocą technologii DMX 512,

które to dodatkowe zastrzeżenia (wymagania) dotyczące usług należy uznać za nieuzasadnione i nadmierne, bowiem:

Ad. (1) konserwacja iluminacji obiektów będących pod ochroną Konserwatora Zabytków nie wymaga od wykonawcy jakichkolwiek dodatkowych kwalifikacji, umiejętności ani wykonywania dodatkowych obowiązków w porównaniu do konserwacji iluminacji na innych obiektach, zaś

Ad. (2) technologia sterowania światłem DMX 512 nie ma charakteru unikalnego, lecz jest jedną z wielu standardowych technologii sterowania oświetleniem, zaś jego obsługa nie wymaga szczególnych kwalifikacji ani posiadania specyficznego doświadczenia,

6. art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - określenie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz pozostający bez wpływu na możliwość oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a przy tym w nieuzasadniony sposób ograniczającego dostęp do zamówienia wykonawcom będącym w stanie należycie wykonać zamówienie, tj. przez ustalenie w sekcji III pkt 1 ppkt 3 lit. c) Ogłoszenia oraz w Części III pkt 9.2.2.c) SIWZ wymogu dysponowania osobami, spośród których jedna miałaby posiadać doświadczenie w programowaniu systemu DMX 512, w sytuacji, gdy system sterowania światłem DMX nie ma charakteru unikalnego, lecz jest jedną z wielu standardowych technologii sterowania oświetleniem, zaś jego obsługa nie wymaga szczególnych kwalifikacji ani posiadania specyficznego doświadczenia, w szczególności doświadczenia w jego programowaniu.

Podnosząc ww. zarzuty wniósł o: (1) uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

(2) zmiany Sekcji III pkt 1.1) Ogłoszenia oraz w części III pkt 9.2.1. SIWZ poprzez zastąpienie jego dotychczasowej treści następującym brzmieniem:

„Posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania: wykonawca zobowiązany jest wykazać, że jest wpisany do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust 1 ustawy o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701, ze zm.) jako podmiot prowadzący działalność w zakresie transportu odpadów.”

(3) zmiany Sekcji III pkt 1 ppkt 3 lit. a) Ogłoszenia oraz w Części III pkt 9.2.2.a) SIWZ poprzez zastąpienie po wyrażeniu „przez okres minimum 12 miesięcy każde” przecinka kropką i wykreślenie pozostałej treści w tym punkcie, tj. przez wykreślenie zapisu:

„w tym spełniając dodatkowo 2 warunki łącznie w ramach każdego z powyższych zamówień:

- co najmniej 200 szt. reflektorów iluminacji pomników, obiektów i innych będących pod ochroną Konserwatora Zabytków,

- co najmniej 2 (dwa) pomniki/obiekty oświetlone reflektorami iluminacyjnymi opartymi na automatyce sterowania światłem za pomocą technologii DMX 512.”

(4) zmiany Sekcji III pkt 1 ppkt 3 lit. c) Ogłoszenia oraz w Części III pkt 9.2.2.C) SIWZ poprzez wykreślenie ostatniego w tym punkcie zdania, tj. zdania o treści:

*Jedna z powyżej wymienionych osób powinna posiadać doświadczenie w programowaniu systemu DMX 512, wg. wzoru, który stanowi zał. Nr 9 do SIWZ.

Ewentualnie, wyłącznie na wypadek nieuwzględnienia żądania z pkt 3 powyżej,

(5) zmiany Sekcji III pkt 1 ppkt 3 lit. a) Ogłoszenia oraz w Części III pkt 9.2.2.a) SIWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„wykazał wykonanie lub wykonywanie w okresie ostatnich trzech (3) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie,:

1) co najmniej 2 (dwóch) odrębnych usług dotyczących konserwacji iluminacji pomników i innych obiektów w tym architektonicznych obejmujących minimum 700 szt reflektorów iluminacyjnych przez 12 miesięcy każda, zamówień:

2) co najmniej jednej usługi konserwacji, budowy lub modernizacji iluminacji lub oświetlenia, obejmującej co najmniej 200 szt reflektorów iluminacji pomników, obiektów i innych będących pod ochroną Konserwatora Zabytków,

3) co najmniej jednej usługi konserwacji, budowy lub modernizacji iluminacji obejmującej co najmniej 2 (dwa) pomniki/obiekty oświetlone reflektorami iluminacyjnymi (min. 200 szt.) opartymi na automatyce sterowania światłem za pomocą technologii DMX 512;

przy czym usługi wymienione w pkt 1) - 3) mogły być wykonane na podstawie tych samych (pokrywających się) bądź innych (odrębnych) umów/zamówień"

(6) Względnie, na wypadek uznania przez Izbę niemożności nakazania Zamawiającemu wprowadzenia zmian wskazanych w pkt 2 - 5 powyżej, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w terminie wynikającym z art. 185 ust.2 ustawy Pzp, przystąpienie zgłosił wykonawca REKLAMEX Spółka z o. o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w piśmie z dnia 21 listopada 2019 r. **oświadczył**, że działając na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp uwzględniła w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym, bez obecności stron oraz uczestników.

Krajowa Izba Odwoławcza w związku z oświadczeniem Zamawiającego o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i zgłoszonym przystąpieniem po stronie zamawiającego wezwała wykonawcę REKLAMEX Spółka z o. o. z siedzibą w Warszawie w dniu 22 listopada 2019 r. do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia otrzymania wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego.

Przystępujący REKLAMEX Spółka z o. o. z siedzibą w Warszawie w piśmie z dnia 22.11.2019 r. oświadczył, że nie będzie wnosił sprzeciwu w niniejszej sprawie oraz wniósł o umorzenie postępowania bez konieczności przeprowadzenia rozprawy.

Stosownie do postanowień art. 186 ust. 3 ustawy Pzp: *„3. Jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu”.*

W tych okolicznościach Izba działając na podstawie wskazanego art. 186 ust. 3 ustawy Pzp postanowiła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie umorzyć.

Orzekając o kosztach postępowania, Izba miała na uwadze treść art. 186 ust. 6 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

Uwzględniając powyższe postanowiono, jak w sentencji.

.....