Sygn. akt: KIO 229/19

POSTANOWIENIE
z dnia 18 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Paweł Trojan

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron w dniu 18 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2019 r. przez wykonawcę**Tritex Spółka z o.o., ul. Bytomska 64, 41-940 Piekary Śląskie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Polska Grupa Górnicza S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Odbiór transportem samochodowym i zagospodarowanie odpadów wydobywczych z Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Piast-Ziemowit Ruch Ziemowit"* – (postępowanie znak 431801819),
przy udziale wykonawcy **Chem Trans Logistic Hadlex S.A.**z siedzibą w Sosnowcu zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego

postanawia:

1. **umorzyć postępowanie odwoławcze**,

2. nakazać zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy**Tritex Spółka z o.o., ul. Bytomska 64, 41-940 Piekary Śląskie** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i art. 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 20 lipca 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach.**

Przewodniczący: ……..……..

Sygn. akt: KIO 229/19

UZASADNIENIE
do postanowienia z dnia 18 lutego 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 229/19

Zamawiający – Polska Grupa Górnicza S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór transportem samochodowym i zagospodarowanie odpadów wydobywczych z Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Piast-Ziemowit Ruch Ziemowit z podziałem na dwa zadania" (numer referencyjny 431801819)
Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.
W dniu 29.01.2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2019/S 020 – 044589
Izba ustaliła ponadto, że w dniu 29.01.2019 r. r. doszło do zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej wraz z treścią SIWZ.
Odwołanie na powyższą czynność zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08.02.2019 r. przez wykonawcę Tritex Spółka z o.o., ul. Bytomska 64, 41-940 Piekary Śląskie wobec czynności Zamawiającego polegającej na:
1) niezgodnym z prawem określeniu przez Zamawiającego w części VIII ust. 3 SIWZ oraz Sekcji III ust. 1 pkt 3) cz. 1.3. li a-b Ogłoszenia o zamówieniu warunku udziału w postępowaniu poprzez ustalenie, iż warunkiem tym jest dysponowanie przez Wykonawcę urządzeniami technicznymi w celu wykonania zamówienia publicznego tj.:
a) dla zadania nr 1: minimum 5 pojazdów samochodowych o napędzie minimum na 2 osie ze skrzynią samowyładowczą typu WANNA o ładowności co najmniej 25 Mg,
b) dla zadania nr 2: minimum 10 pojazdów samochodowych o napędzie minimum na 2 osie ze skrzynią samowyładowczą typu WANNA o ładowności co najmniej 25 Mg.
a w przypadku gdy Wykonawca składa ofertę na. więcej niż jedno zadanie, wówczas powinien wykazać się łączną ilością określoną dla zadań, na które składa ofertę.
2) niezgodnym z prawem podziałem zamówienia na części i takim ukształtowaniem zobowiązań umownych, iż Wykonawca nie może żądać od zamawiającego zlecenia określonej ilości usług zgodnie z załącznikiem nr. 1 cz. II ust. 3 do SIWZ.
Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1) art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. la Pzp poprzez opis warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, który prowadzi do ograniczenia uczciwej konkurencji tj. poprzez określenie w części VIII pkt 3 SIWZ (oraz odpowiadającej jej Sekcji III.
1.3) cz. 1.3. lit a-b Ogłoszenia) jako. warunku udziału w postępowaniu posiadania przez Wykonawcę pojazdów samochodowych w ilości 5 sztuk dla zadania nr 1 i 10 sztuk dla zadania nr 2 o napędzie na 2 osie i ładowności 25Mg (przy czym w przypadku gdy Wykonawca składa ofertę na więcej niż jedno zadanie, wówczas powinien wykazać się łączną ilością określoną dla zadań, na które składa ofertę), w sytuacji gdy:
- posiadanie takiej ilości pojazdów o podanych parametrach nie stanowi warunku należytego wykonania usługi na rzecz Zamawiającego i nie ma korelacji pomiędzy tym warunkiem, a celem zamówienia>
- postawiony warunek utrudnia konkurencyjny dostęp do postępowania, gdyż umożliwia udział w postępowaniu jednemu Wykonawcy, ograniczając możliwość podjęcia się realizacji zamówienia przez innych Wykonawców, faktycznie zdolnych do zrealizowania usługi na rzecz Zamawiającego,
- łączne posiadanie takiej ilości pojazdów dla obu zadań nie jest niezbędne dla wykazania możliwości realizacji tego zadania,

a tym samym prowadzi do naruszenia przez Zamawiającego zasady proporcjonalności oraz zasady przydatności i niezbędności zastosowanych warunków (ograniczeń udziału wykonawców w postępowania) do osiągnięcia celów postawionych przez Zamawiającego, a w efekcie ogranicza konkurencję.
2) art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w sposób umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i wypełnienie obowiązków Inwestora związanych z przygotowaniem postępowania, w szczególności przez przerzucenie na wykonawcę wszelkich ryzyk związanych z wykonaniem zamówienia, umożliwienie Zamawiającego zlecenia dowolnej ilości prac w ramach zamówienia na zadanie 1 lub 2, a tym samym pozbawienie wykonawcy jakiegokolwiek wpływu na ilość zleconych usług, przy jednoczesnym zobowiązaniu Wykonawcy do pozostawania w gotowości do jej świadczenia.
W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1) uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
a) wykreślenia w części VIII ust. 3 SIWZ oraz Sekcji III ust. 1 pkt 3) cz. 1.3. lit a-b Ogłoszenia wskazanego tam warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w brzmieniu:
„3.dysponuje urządzeniami technicznymi w celu wykonania zamówienia publicznego tj.: a) dla zadania nr 1: minimum 5 pojazdów samochodowych o napędzie minimum na 2 osie ze skrzynią samowyładowczą typu Wanna o ładowności co najmniej 25 Mg, b) dla zadania nr 2: minimum 10 pojazdów samochodowych o napędzie minimum na 2 osie ze skrzynią samowyładowczą typu Wanna o ładowności co najmniej 25 Mg. W przypadku gdy Wykonawca składa ofertę na więcej niż jedno zadanie, wówczas powinien wykazać się łączną ilością określoną dla zadań, na które składa ofertę",
b) Wykreślenia zapisu zamieszczonego w załączniku nr 1 cz. II ust. 3 do SIWZ oraz wpisanie minimalnej ilości odpadów, która będzie przekazywana Wykonawcy.
2) względnie zmianę tego warunku poprzez wskazanie, iż Zamawiający wymaga od wykonawców potwierdzenia, iż dysponują pojazdami dostosowanymi do transportu odpadów wydobywczych,
3) w przypadku gdyby umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta przed rozpoznaniem niniejszego odwołania - unieważnienie zawartej umowy,
4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów niniejszego postępowania.
Ponadto Odwołujący wniósł o:
1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów powołanych w treści niniejszego pisma,
2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu transportu samochodowego,
3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków M. H. zam. 43-438 Brenna, J. ….
4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron, wszystko no okoliczność ustalenia, iż dysponowanie 5 sztukami pojazdów samochodowych dla zadania nr 1 i 10 sztukami pojazdów samochodowych dla zadania nr 2 - o napędzie na 2 osie i ładowności 25Mg - nie jest niezbędne dla realizacji zamówienia „Odbiór transportem samochodowym i zagospodarowanie odpadów wydobywczych z Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Piast-Ziemowit Ruch Ziemowit", i istotnie ogranicza możliwość udziału w postępowaniu przez większość podmiotów na rynku, faktycznie zdolnych do realizacji zamówienia, a w szczególności iż napęd na 2 osie jest potrzebny jedynie dla poruszania się w bardzo trudnych warunkach terenowych, a ładowność pojazdów nie ma wpływu na finalny efekt w postaci odbioru odpadów, a co więcej użycie takich pojazdów może być utrudnione ze względu na ograniczenia ładowności pojazdów, poruszających się po drogach gminnych.
Biorąc pod uwagę treść art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba ustaliła, iż termin na wniesienie odwołania został dotrzymany i zostało ono podpisane przez osobę umocowaną do reprezentowania Odwołującego. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia przedmiotowego odwołania.
Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 11.02.2019 r. przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom i wezwał ich do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.
Izba ustaliła, że w ustawowym terminie przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Chem Trans Logistic Hadlex S.A. z siedzibą w Sosnowcu (przystąpienie z dnia 13.02.2019 r. DzK-KIO-2364/19).

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 12.02.2019 r. (wpływ pocztą elektroniczną w dniu 13.02.2019 r. DzK-KIO-2369/19) podpisanym przez p. W. D. – pełnomocnika Zarządu Dyrektora ds. Ekonomicznych oraz p. K. K. – Za-cę Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego działających na podstawie dwóch pełnomocnictw Nr 360/2018 z dnia 22.03.2018 r. oraz Nr 1174/2018 z dnia 23.11.2018 r. złożył oświadczenie woli wskazując, iż uwzględnia zarzuty odwołania w całości i informuje, że zmodyfikuje treść SIWZ uwzględniając żądania wykonawcy.
Mając na uwadze powyższe okoliczności faktyczne, Izba stwierdziła, że postępowanie podlega umorzeniu na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z treścią art. 186 ust. 6 pkt 1) ustawy Pzp w okolicznościach, o których mowa w art. 186 ust. 2 ustawy Pzp koszty postępowania odwoławczego znosi się wzajemnie.

Tym samym Izba orzekła o dokonaniu zwrotu Odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy Pzp zamawiający, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego na skutek uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu i nie wniesienia sprzeciwu przez Przystępującego, wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Przewodniczący:

……