Sygn. akt: KIO 861/19

POSTANOWIENIE
z dnia 20 maja 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu 20 maja 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 maja 2019 roku przez - wykonawcę FB Serwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Strzelin z siedzibą w Strzelinie

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000

zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczonego wpisu na rzecz wykonawcy FB Serwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego we Wrocławiu

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 861/19

UZASADNIENIE

W dniu 10 maja 2018 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp”, odwołanie złożył wykonawca FB Serwis Wrocław Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, dalej: „Odwołujący”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, na „Świadczenie usług odbioru i transportu odpadów komunalnych, pochodzących z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne na terenie Miasta i Gminy Strzelin", prowadzi Zamawiający Gmina Strzelin z siedzibą w Strzelinie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 30 kwietnia 2019 roku w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2019/S 084-200397.

Odwołanie wniesiono wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, mianowicie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej w postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 22 ust. 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1) ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nieumożliwiający oceny wykonawcy do należytego wykonania zamówienia oraz niezapewniający przejrzystości i uczciwej konkurencji w postępowaniu, tj. przez wskazanie w pkt 5.1. lit. a) dalsza litera b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ"), że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy posiadający „wpis do Rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, o którym mowa w Ustawie o odpadach z 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. z 2018 poz. 21) (dalej: „Rejestr") w zakresie: - 15 01 01 Opakowania z papieru i tektury, - 15 01 02 Opakowania z tworzyw sztucznych, -15 01 04 Opakowania z metali, - 15 01 05 Opakowania wielomateriałowe, - 15 01 06 Zmieszane odpady opakowaniowe, - 15 01 07 Opakowania ze szkła, - 19 12 12 Pozostałości z sortowania, - 20 0101 Makulatura, 20 01 02 Szkło, 20 01 39 Tworzywa sztuczne, 20 01 40 Metale, 20 02 0 1 - odpady ulegające biodegradacji, 20 03 01 Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, 20 03 07 Odpady wielkogabarytowe, 20 03 99 Odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach, bez jednoczesnego dookreślenia działu i tabeli tegoż Rejestru, w jakim dziale wykonawca ma być wpisany, przy czym zaniechanie dookreślenia Działu Rejestru uniemożliwia jednoznaczne i precyzyjne odczytanie wymogu, jaki musi zostać przez wykonawcę spełniony w celu dopuszczenia do udziału w postępowaniu, zaś w przypadku, gdyby uznać, że wpis w którymkolwiek z działów Rejestru i w jakimkolwiek charakterze jest wystarczający do spełnienia warunku udziału w postępowaniu, takie określenie warunku pozostawałoby nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, bowiem uzależniałoby możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia od posiadania takich uprawnień, które nie są konieczne ani przydatne do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia,

2. art. 91 ust. 2 oraz ust. 2c ustawy PZP - poprzez ustanowienie w pkt 13.1 oraz 13.1. ppkt 3) SIWZ, dotyczącej „Opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert" kryterium „Wiedza i doświadczenie (W)", w ramach którego oceniane miałoby być doświadczenie własne wykonawcy składającego ofertę zdobyte w okresie ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie zrealizował, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje należycie co najmniej usługi o charakterze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia tj. usługi polegające na odbiorze odpadów i transportu odpadów komunalnych na rzecz właścicieli nieruchomości lub gmin, w sposób ciągły przez minimum 12 miesięcy o masie łącznej minimum - 5000 Mg każda, która to okoliczność odnosi się w istocie do doświadczenia wykonawcy (jego zdolności zawodowej), a nie do przedmiotu zamówienia i nie jest z przedmiotem zamówienia związana, bowiem nie dotyczy usług, które mają być zrealizowane w ramach tego zamówienia;

przy czym ustanowienie kryterium oceny ofert nie odnoszącego się do przedmiotu zamówienia narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy PZP), gdyż uzależnia szanse na uzyskanie zamówienia od okoliczności, która nie ma żadnego wpływu na merytoryczną treść oferty, tj. na ostateczny kształt świadczenia wykonawcy, a tym samym nie realizuje podstawowego celu procedury wyboru oferty, którym jest identyfikacja oferty najkorzystniejszej (art. 91 ust. 1 ustawy PŻP);

3. art. 91 ust. 3 ustawy PZP - poprzez ustanowienie w pkt 13.1 oraz 13.1. ppkt 3) SIWZ kryterium „Wiedza i doświadczenie (W)", które dotyczy właściwości wykonawcy (jego zdolności zawodowych do realizacji zamówienia), co jest na mocy art. 91 ust. 3 ustawy PZP zakazane.

Odwołujący wnosił o:

uwzględnienie odwołania w całości,

2. nakazanie Zamawiającemu dodanie na końcu pkt 5.1. lit. a) dalsza litera a) SIWZ wyrażenia „jako transportujący odpady (tj. w Dziale VII Rejestru)" lub ewentualnie wykreślenie pkt 5.1. lit. a) dalsza litera a) SIWZ w całości,

3. nakazanie Zamawiającemu wykreślenie z pkt 13.1 oraz 13.1. ppkt 3) SIWZ zapisów odnoszących się do kryterium „Wiedza i doświadczenie (W)" przy jednoczesnym:

a. zwiększeniu wagi drugiego z kryteriów pozacenowych (Termin płatności faktury (T)) do 40%, lub alternatywnie

b. ustanowieniu w jego miejsce innego kryterium, które z jednej strony będzie odpowiadało indywidualnym potrzebom Zamawiającego (których Odwołujący nie zna), z drugiej zaś będzie odnosiło się do przedmiotu zamówienia, nie zaś do właściwości wykonawcy,

przykładowo poprzez wprowadzenie kryterium „Aspekty ekologiczne (E)" i ustalenie w pkt 13.1 ppkt 3) następującego sposobu jego oceny:

„ad. 3) sposób przyznania punktów dla kryterium aspekty ekologiczne (E) -waga kryterium 20%

Zamawiający przyzna punkty w ww. kryterium, jeśli Wykonawca zaoferuje:

a) udział w przedmiocie zamówienia co najmniej 50 % pojazdów spełniających wymagania minimum EURO 5 - oferta otrzyma 10 punktów

b) udział w przedmiocie zamówienia co najmniej 70 % pojazdów spełniających wymagania minimum EURO 5 - oferta otrzyma 20 punktów.

W przypadku udziału w przedmiocie zamówienia mniej niż 50 % pojazdów spełniających wymagania minimum EURO 5 oferta otrzyma 0 punktów w tym kryterium."

Odwołujący zaznaczył, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem jest zainteresowany udziałem w postępowaniu, a zakwestionowane - wadliwe i niekonkurencyjne - zapisy SIWZ dotyczące kryterium oceny ofert znacząco utrudniają mu uzyskanie zamówienia. W sposób nieuprawniony ograniczają one bowiem szanse Odwołującego na uzyskanie zamówienia kosztem innych wykonawców. Premiują one bowiem wykonawców posiadających „formalnie lepsze" doświadczenie (w postaci większej liczby realizowanych lub zrealizowanych usług), nie zaś takich, którzy zaproponują lepsze wykonanie przedmiotu zamówienia.

W przypadku wyeliminowania podniesionych naruszeń Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla Zamawiającego warunkach i przedmiotowe zamówienie uzyskać, otrzymując wysoką ocenę we wszystkich prawidłowych kryteriach oceny ofert.

Odwołanie czyniło zadość wymaganiom art. 182 Pzp w zakresie terminu na wniesienie środka ochrony prawnej. Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię odwołania i uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołanie nie zawierało braków formalnych.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono żadnego przystąpienia.

Zamawiający w dniu 17 maja 2019 roku na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp złożył odpowiedź na odwołanie, w której uznał zarzuty odwołania w części. Zamawiający zaznaczył, że doda na końcu pkt 5.1. lit. a dalsza lit. b SIWZ postanowienie o treści: Jako transportujący odpady (tj. w Dziale VII Rejestru)". Zamawiający uznał, że wykreśli z pkt. 13.1.1 ppkt ad.3) SIWZ postanowienia odnoszące się do kryterium „Wiedza i doświadczenie" przy jednoczesnym zwiększeniu wagi drugiego kryterium pozacenowego „termin płatności faktury" do 40%.

Powyższe oznacza, że postępowanie odwoławcze - stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp - należało umorzyć.

W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na Zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający zatem zobowiązany jest do dokonania czynności, w taki sposób, który uczyni zadość postulatom postawionym w odwołaniu.

Skoro Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że po przeanalizowaniu

stanowiska Odwołującego uznał w całości słuszność argumentacji Odwołującego i uwzględnił odwołanie, natomiast nie przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego żaden podmiot, który mógłby skorzystać z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnionych zarzutów, to stwierdzić należy, że - stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu.

Zatem mając na uwadze, że:

1. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, Odwołujący zaś cofnął pozostałe zarzuty,

2. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie przystąpili wykonawcy

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż uwzględnienie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem koszty te znoszą się wzajemnie z mocy przepisu art. 186 ust. 6 pkt 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekając w tym zakresie o konieczności zwrotu kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołującego na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, stosownie do § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zmianami).

Przewodniczący: