

**WYROK**

**z dnia 11 października 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2011 r. przez wykonawcę **Małgorzatę Dojlida prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowo Sprzętowe Małgorzata Dojlida z siedzibą w miejscowości Choroszcz, 16-070 Choroszcz, ul. Świerkowa 3** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Białystok, 15-950 Białystok, ul. Słonimska 1,**

**orzeka:**

**1.uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem oferty Odwołującego,**

**2.kosztami postępowania obciąża Miasto Białystok, 15-950 Białystok, ul. Słonimska 1 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 Małgorzatę Dojlida prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowo Sprzętowe Małgorzata Dojlida z siedzibą w miejscowości Choroszcz, 16-070 Choroszcz, ul. Świerkowa 3 tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od **Miasta Białystok, 15-950 Białystok, ul. Słonimska 1** na rzecz wykonawcy **Małgorzaty Dojlida** prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą **Usługi Transportowo Sprzętowe Małgorzata Dojlida z siedzibą w miejscowości Choroszcz, 16-070 Choroszcz, ul. Świerkowa 3** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 **Białymstoku**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Miasto Białystok, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Składowanie kamienia brukowego, kostki kamiennej i materiałów betonowych odzyskanych z rozbiórki nawierzchni ulic, chodników i placów położonych na terenie miasta Białegostoku oraz ich przekruszanie i wytwarzanie mieszanek”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 sierpnia 2011 r., poz. 228205 – 2011.

W dniu 23 września 2011 r. (pismem z dnia 22 września 2011 r.) Zamawiający poinformował wykonawcę Małgorzatę Dojlida prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowo Sprzętowe Małgorzata Dojlida z siedzibą w miejscowości Choroszcz, zwaną dalej „Odwołującym”, o odrzuceniu jej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, i uznając, że Odwołujący dysponuje placem, który nie odpowiada wymogom określonym w SIWZ.

W dniu 28 września 2011r. (pismem z dnia 26 września 2011 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 27 września 2011 r.) od czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. - poprzez odrzucenie jego oferty,
  - 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie,
- Jednocześnie wnosząc o:
- 1) uchylenie czynności odrzucającej jego ofertę,
  - 2) dokonanie czynności ponownej oceny ofert i uznanie złożonej przez niego oferty za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż Zamawiający w SIWZ postawił wymóg, iż wykonawca musi dysponować placem ogrodzonym lub skutecznie zabezpieczonym w inny sposób, uniemożliwiający dostęp środków transportu osób trzecich, niezabudowanym o powierzchni min. 13.000 m<sup>2</sup>, przeznaczonym do składowania

materiałów, dozorowanym całą dobę, zlokalizowanym w odległości max. 5 km od granic Białegostoku.

Zamawiający po przeprowadzeniu oględzin placu stwierdził, że plac przeznaczony pod realizację zamówienia nie jest wydzielony (ogrodzony) z powierzchni całej działki o powierzchni 26,40 ha.

Tymczasem cała działka Odwołującego o powierzchni 26,40 ha jest skutecznie zabezpieczona przed dostępem środków transportu osób trzecich. Od strony zachodniej i południowej jest zabezpieczona ogrodzeniem metalowym i betonowym, zaś od strony północnej i wschodniej skutecznie jest zabezpieczona poprzez las i dodatkowo ogrodzeniem z drutu kolczastego.

Nadto plac, przeznaczony do realizacji zamówienia wynosi ok. 3 ha i jest usytuowany w zachodnio-północnej części działki 1648/7 (ogrodzenie metalowe -zachód, północ - zabezpieczenie terenu: drzewa i ogrodzenie z drutu kolczastego). Od strony wschodniej i południowej od pozostałej części działki 1648/7 oddzielony jest skarpą o wysokości od 2 do 8 m. Wjazd na plac zabezpieczony jest bramą. Tym samym plac jest skutecznie wydzielony z całej powierzchni działki 1648/7 i zabezpieczony w taki sposób, który uniemożliwia dostęp środków transportu osób trzecich.

Po uwzględnieniu pasów ochronnych od drzew i pasów bezpieczeństwa od skarp, plac pod realizację zamówienia wynosi nie mniej jak 13.000 m<sup>2</sup> i cały teren jest monitorowany. Jedyne dojeżdżenie do placu wskazanego w ofercie jest możliwe, od strony ul. Wł. Wysockiego. Aby dojechać i wyjechać jakimkolwiek pojazdem do placu realizacji zamówienia trzeba przejechać przez plac „Silikatów” zabezpieczony bramą i całodobową ochroną oraz monitoringiem.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale II „Opis przedmiotu zamówienia”, pkt 9 wskazał, iż „wykonawca musi dysponować placem ogrodzonym lub skutecznie zabezpieczonym w inny sposób, uniemożliwiający dostęp środków transportu osób trzecich, niezabudowanym o powierzchni min. 13 000 m<sup>2</sup>, przeznaczonym do składowania materiałów, dozorowanym całą dobę, zlokalizowanym w odległości max. 5 km od granic Białegostoku”. Jednocześnie żądając w punkcie 3 „Formularza ofertowego”, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, złożenia oświadczenia o następującej treści „oświadczamy, że w celu realizacji zamówienia dysponujemy placem spełniającym wymogi SIWZ, położonym w odległości nie większej niż 5 km od granic Białegostoku, tj. (...) o powierzchni (...) m<sup>2</sup>.”.

Odwołujący w punkcie 3 „Formularza ofertowego” oświadczył „oświadczamy, że w celu realizacji zamówienia dysponujemy placem położonym w odległości nie większej niż 5 km od granic Białegostoku, tj. 15-167 Białystok, ul. Wł. Wysockiego 164 (nr ewid. 1648/7) o powierzchni 13 000 m<sup>2</sup>.”.

W dniu 23 września 2011 r. (pismem z dnia 22 września 2011 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, dodatkowo podnosząc iż działka o numerze 1648/7 ma powierzchnię 26 400 ha, a plac o powierzchni 13 000 m<sup>2</sup> nie jest wydzielony (ogrodzony) z całości działki. Nie spełnia przez to warunku opisanego w SIWZ rozdział 2 pkt 9, który stanowił, że „plac powinien być ogrodzony lub skutecznie zabezpieczony w inny sposób”. Na podstawie oględzin Zamawiający uznał, że wykonawca dysponuje placem, który nie odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ.

W oparciu o powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku przeprowadzonego postępowania. W niniejszym stanie faktycznym do realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał aby wykonawcy dysponowali placem ogrodzonym lub skutecznie zabezpieczonym w inny sposób, uniemożliwiający dostęp środków transportu osób trzecich, niezabudowanym o powierzchni min. 13 000 m<sup>2</sup>, przeznaczonym do składowania materiałów, dozorowanym całą dobę, zlokalizowanym w odległości max. 5 km od granic Białegostoku. Tak więc – w myśl powyższego wymogu - wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie winien dysponować placem „ogrodzonym lub skutecznie zabezpieczonym w inny sposób”. Spójnik „lub” w powyższym sformułowaniu oznacza, że dla spełnienia tego wymogu wystarcza spełnienie jednej z alternatywnych przesłanek. Dla jego spełnienia – wbrew twierdzeniom Zamawiającego - wystarczającym więc będzie dysponowanie przez wykonawcę placem skutecznie zabezpieczonym w inny sposób.

Wymóg ten spełniać będzie także wykonawca, który dysponuje wyłącznie placem ogrodzonym, jak również wykonawca dysponujący placem zarówno ogrodzonym i skutecznie zabezpieczonym w inny sposób. Zamawiający nie określił bowiem w treści SIWZ co należy rozumieć przez „skuteczne zabezpieczenie w inny sposób”, w tym także jakie zabezpieczenie placu jest wystarczające dla spełnienia tego wymogu oraz w jaki sposób spełnienie tego wymogu będzie oceniał. Wobec takich właśnie, niedookreślonych postanowień SIWZ stawianie dodatkowych wymogów, w tym co do rodzaju oczekiwanego ogrodzenia i zabezpieczenia terenu, dopiero na etapie badania i oceny ofert jest nieuprawnione. Zamawiający przy dokonywaniu oceny ofert, nie może bowiem odstępować od wymogów określonych w SIWZ, gdyż prowadzi to do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Istotnie można się zastanawiać nad tym jakie zabezpieczenie jest najlepsze i jakie najlepiej będzie chronić powierzone przez Zamawiającego mienie. Jednak postawiony przez Zamawiającego wymóg tego w żaden sposób nie precyzował. Odwołujący – jak oświadczył na rozprawie – dysponuje placem zabezpieczonym w inny sposób, a mianowicie placem, który od strony południowej, południowo-wschodniej i północnej zabezpieczają naturalne przeszkody w postaci skarp o wysokości od 2 do 8 m, drzewa, a także fragmenty siatki i drut kolczasty, skutecznie uniemożliwiają przejazd środków transportu osób trzecich. Istnienie skarps potwierdzają zarówno materiały przedłożone Izbie przez Odwołującego i Zamawiającego, jak i okazana Izbie przez Odwołującego mapa sytuacyjno – wysokościowa. Spór budzi jedynie ich rzeczywista wielkość, jak i fakt czy stanowią one skuteczne zabezpieczenie terenu. Podobnie ma to miejsce w odniesieniu do drzew, drutu kolczastego i fragmentu siatki. Nie mogą one – jak słusznie podniósł Zamawiający – stanowić przeszkody do wejścia na przedmiotowy teren, jednak warunek dotyczył nie wejścia na ten teren osób trzecich, ale „dostępu środków transportu osób trzecich”. W tym zakresie powstaje już wątpliwość, którą - wobec ogólnie sformułowanego warunku – należy tłumaczyć w ten sposób, iż każde zabezpieczenie, w tym także powstałe w sposób naturalny (skarpa), a które stanowi barierę dostępu dla środków transportu jest wystarczającym (przy tak sformułowanym wymogu) dla spełnienia tego właśnie wymogu. Tym samym zarzut postawiony przez Odwołującego potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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 (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....