

Sygn. akt: KIO 2570/14

Sygn. akt: KIO 2588/14

WYROK

z dnia 18 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 5 grudnia 2014 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe EKO-ZEC Sp. z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań
- B. w dniu 8 grudnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Ekobet Cementy Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Greenbet Polska S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Wojska Polskiego 41/45, 01-503 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża:

- wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe EKO-ZEC Sp. z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań,

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Ekobet Cementy Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Greenbet Polska S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Wojska Polskiego 41/45, 01-503 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe EKO-ZEC Sp. z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Ekobet Cementy

Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Greenbet Polska S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Wojska Polskiego 41/45, 01-503 Warszawa tytułem wpisów od odwołań,

- 2.2. A. zasądza od Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego EKO-ZEC Sp. z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań na rzecz ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka kwotę 2 092 zł 53 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćdziesiąt dwa złote pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu,
- B. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Ekobet Cementy Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Greenbet Polska S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Wojska Polskiego 41/45, 01-503 Warszawa na rzecz ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka kwotę 2 092 zł 53 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćdziesiąt dwa złote pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Ostrołęce.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2570/14

Sygn. akt: KIO 2588/14

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A., ul. Elektryczna 5, 07-401 Ostrołęka, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie negocjacji z ogłoszeniem, którego przedmiotem jest „Zagospodarowanie ubocznych produktów spalania z ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A.”.

Zamawiający dnia 28 listopada 2014 roku poinformował wykonawców o wynikach oceny złożonych wniosków.

KIO 2570/14

Dnia 5 grudnia 2014 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe EKO-ZEC Sp. z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 22 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy PZP, poprzez sformułowanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w ogłoszeniu o zamówieniu - zamówienia sektorowe (Dyrektywa 2004/17/WE) - w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, bezpodstawnie zakładając, iż spełnienie warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy PZP, gwarantuje wyłącznie podmiot, który zgodnie z treścią sekcji III. 2.3) ust. 1 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu - „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonywał, bądź wykonuje co najmniej 2 usługi o których mowa w ust. 1) przy wykorzystaniu własnej instalacji (silosów) o pojemności co najmniej 500 ton umożliwiającej magazynowanie odpadów pochodzących z procesów spalania węgla kamiennego, przy czym instalacja ta była zlokalizowana na terenie podmiotu przekazującego odpady, podczas gdy gwarancję taką daje też podmiot, który wykonywał, bądź wykonuje jedną taką usługę w ww. sposób i w skutek tego bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania,
- 2) art. 22 ust. 5 ustawy PZP w zw. z art. 22 ust. 1 PZP, poprzez sformułowanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w ogłoszeniu o zamówieniu - zamówienia sektorowe (Dyrektywa 2004/17/WE), w sposób nie uwzględniający jego celu w zakresie zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia poprzez błędne przyjęcie, iż spełnienie warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy PZP, gwarantuje wyłącznie podmiot, który zgodnie z treścią sekcji III. 2.3) ust. 1 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu - „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu

- składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonywał, bądź wykonuje co najmniej 2 usługi o których mowa w ust. 1) przy wykorzystaniu własnej instalacji (silosów) o pojemności co najmniej 500 ton umożliwiającej magazynowanie odpadów pochodzących z procesów spalania węgla kamiennego, przy czym instalacja ta była zlokalizowana na terenie podmiotu przekazującego odpady.”, podczas gdy gwarancję taką daje też w pełni podmiot, który wykonywał, bądź wykonuje 1 taką usługę w ww. sposób i w skutek tego bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania,
- 3) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy PZP, poprzez sformułowanie opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w ogłoszeniu o zamówieniu - zamówienia sektorowe (Dyrektywa 2004/17/WE) w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami lub który mógłby uczciwa konkurencie utrudniać, z uwagi na możliwość spełnienia wymogu określonego w sekcji III. 2.3) ust. 1 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu wyłącznie przez jeden z podmiotów, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (STEAG Energo Mineral sp. z o.o.), podczas gdy gwarancję właściwego wykonania zamówienia, daje także podmiot, który wykonywał jedną usługę w terminie i w sposób wskazany w ww. zapisie ogłoszenia i w skutek tego bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania,
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP w zw. z sekcją III 2.3) ust. 1 pkt 2) ogłoszenia o zamówieniu poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania o spełnienie warunków udziału w postępowaniu z uwagi nie spełnienie wymogu określonego w sekcji III. 2. 3) ust. 1 pkt 2), podczas, gdy treść tego wymogu została sformułowana w sposób nie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w sposób nie uwzględniający jego celu w zakresie zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, przez co nie zapewniała zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i nie stanowiła podstawy do stwierdzenia, iż odwołujący tychże gwarancji nie daje - wykazując realizację wyłącznie jednej a nie dwóch usług, w sposób i w terminach w tym wymogu określonych,
- 5) art. 29 ust. 2 ustawy PZP w zw. z sekcją III 2.3) ust. 1 pkt 2) poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny, przy pomocy niedokładnych i niejednoznacznych określeń w zakresie wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty (uzasadnienie) i w skutek tego bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wszystkich czynności przeprowadzonych w ramach tego postępowania przez zamawiającego w tym:

- a) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- b) unieważnienie czynności dopuszczenia do udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawcy STEAG Energo Mineral sp. z o.o.,
- c) nakazanie zamawiającemu ponownego przeprowadzenia całego postępowania określonego w pkt 1 oraz w jego trakcie:

- 1) nakazanie dokonania czynności polegającej na ponownym sformułowaniu opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków w ogłoszeniu o zamówieniu - stanowiącym przedmiot niniejszego odwołania - zamówienia sektorowe (Dyrektywa 2004/17/WE) w tym wymogów określonych w części III.2.3 „Kwalifikacje techniczne” Ogłoszenia o zamówieniu - zamówienie sektorowe (Dyrektywa 2004/17/WE), w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, uwzględniający jego cel, nienaruszający zasad uczciwej konkurencji, lub mogący tę uczciwą konkurencję utrudniać, w szczególności poprzez zmianę zapisu w zakresie dotychczasowego zapisu III. 2.3.) ust. 1 pkt 2. w taki sposób, iż warunki udziału w postępowaniu spełnia także podmiot, który wykonywał bądź wykonuje wyłącznie 1 usługę, w sposób i terminach w tymże wymogu określonych,

- 2) powtórzenie czynności w zakresie badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w oparciu o opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków w ogłoszeniu o zamówieniu — sformułowany uprzednio zgodnie z treścią pkt powyżej.

- 3) opuszczenie odwołującego do udziału w postępowaniu.

Ponadto odwołujący wniósł o:

- przeprowadzenie na podstawie art. 190 ust. 3 dowodu z przesłuchania stron, w tym w imieniu odwołującej: Prezesa Zarządu Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowego EKO - ZEC sp. z o.o. – Z. C. (adres do doręczeń: Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe EKO - ZEC sp. z o.o., ul. Gdyńska 54, 61 - 016 Poznań) na okoliczność posiadanego potencjału technicznego, gospodarczego i ekonomicznego strony odwołującej, która gwarantuje prawidłowe wykonanie przez nią usługi będącej przedmiotem zamówienia, posiadanych informacji w zakresie innych podmiotów dających takie gwarancje na podstawie wymogów określonych w punkcie III.2) „Warunki udziału” w ogłoszeniu o zamówieniu stanowiącym przedmiot niniejszego odwołania, zasad i sposobu realizacji usług będących wypełnieniem wymogu określonego w opisie sposobu dokonania oceny oraz innych okoliczności istotnych w niniejszym postępowaniu,

- przeprowadzenie na podstawie art. 190 ust. 3 dowodu z przesłuchania świadka, w osobie Prezesa Zarządu „GREENBET POLSKA” Spółka Akcyjna – R. S. (adres do doręczeń: Jaworzno, ul Promienna 51, 43 - 603 Jaworzno) na okoliczność potencjału

technicznego, gospodarczego i ekonomicznego strony odwołującej oraz innego uczestnika postępowania - Konsorcjum Greenbet Polska S.A., EKOBET - Siekierki S.A., w zakresie możliwości prawidłowego wykonania przez niego usługi będącej przedmiotem zamówienia, posiadanych informacji w zakresie innych podmiotów dających takie gwarancje na podstawie wymogów określonych w punkcie III. 2) „Warunki udziału ” w ogłoszeniu o zamówieniu stanowiącym przedmiot niniejszego odwołania, zasad i sposobu realizacji usług będących wypełnieniem wymogu określonego w opisie sposobu dokonania oceny oraz innych okoliczności istotnych w niniejszym postępowaniu,

- przeprowadzenie dowodów wskazanych w dalszej części odwołania,
- zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia całości dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, będącej przedmiotem niniejszego odwołania wraz z całością dokumentacji przedłożonej przez wszystkich uczestników w postępowaniu, w tym spełnianie warunków udziału w nim t.j. STEAG ENERGO Minerale sp. z o.o., Konsorcjum GREENBET Polska SA oraz Ekobet- Siekierki SA i P.P.U. EKO - ZEC sp. z o.o. oraz przeprowadzenie dowodu z tejże dokumentacji - na wszystkie okoliczności istotne dla sprawy w tym analizę spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonaną przez zamawiającego, w kontekście informacji udzielonych przez pozostałych wykonawców oraz ocenę motywów wykluczenia z postępowania odwołującego, przy uwzględnieniu gwarancji, jaką na prawidłową realizację zamówienia dawali pozostali wykonawcy w oparciu o przedłożone informacje i dokumenty,
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz strony odwołującej kosztów postępowania odwoławczego w oparciu o treść art. 186 ust. 6 ustawy PZP, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa złożonego w sprawie.

Odwołujący wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez zamawiającego w postępowaniu będącym przedmiotem niniejszego odwołania, ponieważ odwołujący spełniał w sposób wyczerpujący warunki wystarczające do właściwego wykonania zamówienia, a wykluczenie go w sposób bezpodstawny z postępowania uniemożliwiło mu złożenie oferty najkorzystniejszej i umożliwiającej realizację usługi. W konsekwencji istnieje realna możliwość poniesienia szkody przez odwołującego, a co za tym idzie ma on interes we wniesieniu odwołania.

Zamawiający, dnia 16 grudnia 2014 roku (pismem z dnia 15 grudnia 2014 r.), na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

KIO 2588/14

Dnia 8 grudnia 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Ekobet Cementy Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), Greenbet Polska S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Wojska Polskiego 41/45, 01-503 Warszawa (dalej „Odwołujący” lub „konsorcjum Ekobet”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP oraz art. 7 PZP, poprzez nieuzasadnione wykluczenie wykonawcy z postępowania z uwagi na niespełnianie warunków wskazanych w ogłoszeniu o postępowaniu,
- 2) art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 PZP, poprzez niejasne i nieprecyzyjne sformułowanie warunków dopuszczenia do postępowania zawartego w punkcie III ppkt 2.3. ust. 1 pkt 2 ogłoszenia,
- 3) art. 29 ust. 2 w związku z art. 7 PZP, poprzez umieszczenie w ogłoszeniu o postępowaniu wymogów niezgodnych z prawem, naruszających zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zawartych w punkcie III ppkt 2.3. ust. 1 pkt 2 ogłoszenia,
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP, poprzez nieunieważnienie postępowania z uwagi na umieszczenie w ogłoszeniu warunku niemożliwego do spełnienia tj. punktu III ppkt 2.3. ust. 1 pkt 2 ogłoszenia, co prowadzi do niemożności zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o:

- unieważnienia czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum Ekobet,
- powtórzenia czynności polegającej na ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- dopuszczenia konsorcjum Ekobet do udziału w postępowaniu,
- ewentualnie, w razie uwzględnienia zarzutu zawartego w punkcie 4 powyżej odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie postępowania,
- przeprowadzenie na podstawie art. 190 ust. 3 PZP dowodu z przesłuchania strony, w osobie Prezesa Zarządu Ekobet oraz Greenbet – R. S. (adres do doręczeń: ul. Augustówka 24, 02-981 Warszawa) na okoliczność potencjału technicznego, gospodarczego i ekonomicznego konsorcjum Ekobet, w zakresie możliwości prawidłowego wykonania przez konsorcjum Ekobet usługi będącej przedmiotem zamówienia, posiadanych informacji w zakresie innych podmiotów dających takie gwarancje na podstawie wymogów określonych w ogłoszeniu o postępowaniu oraz innych okoliczności istotnych w niniejszym postępowaniu,
- przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w dalszej części odwołania,

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz konsorcjum Ekobet kosztów postępowania odwoławczego w oparciu o treść art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 ustawy PZP, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący wskazał, że interes prawny konsorcjum Ekobet do złożenia niniejszego odwołania wynika z faktu, iż odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jednocześnie konsorcjum Ekobet wskazuje, iż jego interes prawny został naruszony w wyniku naruszenia wyżej wymienionych przepisów PZP co skutkowało wykluczeniem odwołującego z postępowania i co może skutkować poniesieniem przez konsorcjum Ekobet szkody.

Zamawiający, dnia 16 grudnia 2014 roku (pismem z dnia 15 grudnia 2014 r.), na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego jest usługa polegająca na zagospodarowaniu ubocznych produktów spalania z ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A., polegająca na zagospodarowaniu przez wykonawcę całości odpadów w postaci popiołu lotnego o kodzie 10 01 02 oraz 10 01 17, mieszaniny popiołowo żuźlowej o kodzie 10 01 80, mikrosfery o kodzie 10 01 81, placka z IOS o kodzie 10 01 21 wytwarzanych w ENERGA Elektrownie Ostrołęka S.A. w procesach spalania węgla. Przez zagospodarowanie należy rozumieć w szczególności odbiór i załadunek odpadów oraz obsługę infrastruktury załadunkowej i magazynowej własnej oraz zamawiającego.

Zamawiający w treści sekcji III. 2.3. ust. 1 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu podał, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie, a także dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia. W szczególności wykonawca musi spełniać następujące warunki: (...) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonali bądź wykonują co najmniej 2 usługi, o których mowa w ust. 1) przy wykorzystaniu własnej instalacji (silosów) o pojemności co najmniej 500 (słownie: pięćset ton) umożliwiającej magazynowanie odpadów pochodzących z procesów spalania węgla kamiennego, przy czym instalacja ta była zlokalizowana na terenie podmiotu przekazującego odpady.

Ponadto, w trakcie postępowania wpłynęła do zamawiającego prośba o udzielenie odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców, na którą zamawiający udzielił odpowiedzi wyjaśniając, że „Intencją Zamawiającego przy konstruowaniu wymogu, o którym mowa w III.2.3. punkt 1, podpunkt 2 było, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w zakresie wykonania (wzniesienia) stosownej instalacji do magazynowania odbieranych odpadów. Zamawiający oczekuje od wykonawcy, aby ten w okresie pięciu lat przez upływem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres ten jest krótszy to w tym okresie wykonał bądź wykonuje co najmniej 2 usługi o których mowa w III.2.3. punkt 1, podpunkt 1 tj. usługi zagospodarowania odpadów procesu spalania węgla kamiennego, przy użyciu wzniesionej przez siebie (rozumianej jako „własnej”) instalacji do magazynowania odpadów. Zamawiający nadmienia, iż wymaga, aby instalacja do magazynowania odpadów, przy pomocy której wykonawca wykonuje usługi zagospodarowania odpadów procesu spalania węgla kamiennego, została wzniesiona przez wykonawcę na terenie należącym do zamawiającego/zleceniodawcy danej usługi zagospodarowania odpadów.”.

W postępowaniu, w doniesieniu do treści ogłoszenia, czy też w odniesieniu do treści odpowiedzi i wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego nie zostały użyte przez wykonawców środki ochrony prawnej.

Po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający pismem z dnia 31 października 2014 roku wezwał konsorcjum Ekobet oraz wykonawcę EKO-ZEC, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień w zakresie m.in. złożonego wykazu odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy.

Konsorcjum Ekobet oraz wykonawca EKO-ZEC pismami z dnia 7 listopada 2014 roku złożyli uzupełnione wykazy oraz wyjaśnili zgłoszone wątpliwości.

Zamawiający pismem z dnia 27 listopada 2014 roku przekazał wykonawcom informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z powyższą decyzją nie zgodzili się wykonawcy: Konsorcjum Ekobet oraz wykonawca EKO-ZEC i wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Izba przyjęła w poczet materiału dowodowego dokumenty składające się na dokumentację przedmiotowego postępowania, w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu z dnia 2 października 2014 roku, nr 2014/S 189-334358, wyjaśnienia zamawiającego z dnia 14 października 2014 roku, wnioski odwołujących się wykonawców, wezwania zamawiającego z dnia 31 października 2014 roku, pisma wykonawców z dnia 7 listopada 2014 roku wraz z załącznikami, informacja o wynikach oceny złożonych wniosków z dnia 27 listopada 2014 roku.

Izba oddaliła wnioski dowodowe w zakresie przeprowadzenia dowodu z zeznań powoływanych przez odwołujących osób uznając, iż dowód ten powołany na okoliczność posiadanego potencjału technicznego, gospodarczego i ekonomicznego nie może być brany pod uwagę, gdyż Izba nie ocenia tego potencjału, jest to czynność zamawiającego, tym samym dowód ten został powołany, zdaniem Izby, jedynie dla zwłoki postępowania, nie prowadziłyby bowiem do ustalenia stanu faktycznego sprawy w zakresie będącym przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę.

Izba zważyła, co następuje.

Z uwagi na okoliczność, iż zarzuty odwołań są w dużej mierze zbieżne rodzajowo, Izba odniosła się do nich w sposób łączny, a znajdujący zastosowanie do każdej z odwołujących się wykonawców.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego, stwierdzając, że zarzuty odwołujących są bezzasadne, a czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu odwołujących, jako znajdującą swoją podstawę prawną w przepisach.

Na wstępie Izba wskazuje, że odwołujący błędnie przyjęli stanowisko, że zamawiający dopiero na etapie oceny złożonych wniosków, w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonał interpretacji tychże warunków, która to interpretacja wywołała negatywne konsekwencje w sytuacji faktycznej wykonawców, powodując wykluczenie ich z przedmiotowego postępowania.

Wskazać bowiem należy, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu podał, odnośnie spornego warunku, konkretny opis jego spełniania, tj. *„W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie, a także dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia. W szczególności*

Wykonawca musi spełniać następujące warunki: (...) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał bądź wykonuje, co najmniej 2 usługi, o których mowa w ust. 1) przy wykorzystaniu własnej instalacji (silosów) o pojemności co najmniej 500 (słownie: pięćset ton) umożliwiającej magazynowanie odpadów pochodzących z procesów spalania węgla kamiennego, przy czym instalacja ta była zlokalizowana na terenie podmiotu przekazującego odpady.”.

Zamawiający odpowiadając na pytania wykonawcy w piśmie z dnia 14.10.2014 r. wskazał, iż przez własną instalację rozumieć należy instalację wzniesioną przez siebie oraz iż wskazana instalacja winna być wzniesiona na terenie należącym do zamawiającego/zlecającego usługi odbioru odpadów. Zamawiający napisał również, że „*Intencją Zamawiającego przy konstruowaniu wymogu, o którym mowa w III.2.3. pkt 1 ppkt 2), było aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w zakresie wykonania (wzniesienia) stosownej instalacji do magazynowania odbieranych odpadów.”.* Ponadto zamawiający wyjaśnił, że „*(...) przy użyciu wzniesionej przez siebie (rozumianej jako „własnej”) instalacji do magazynowania odpadów.”.*

W ocenie Izby opisany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu oraz sposób jego spełniania w powiązaniu z odpowiedzią zamawiającego z dnia 14 października 2014 roku zbudował spójny obraz oczekiwań zamawiającego, co do doświadczenia, jakie wymagał, aby uczestniczący w postępowaniu wykonawcy spełniali.

Obecnie, na etapie postępowania odwoławczego, kreowana przez odwołujących rzekoma niespójność opisanego warunku, czy jego nadinterpretacja przez zamawiającego, nie znajduje uznania u Izby.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej opis warunku i sposób jego spełniania jest zupełny, wyczerpujący, nieograniczający uczciwej konkurencji i niebudzący wątpliwości interpretacyjnych. Stwierdzić należało, że *de facto* odwołujący na obecnym etapie postępowania kwestionują poczyniony przez zamawiającego opis warunku, którego w odpowiednim terminie nie zaskarżyli do Krajowej Izby Odwoławczej, który w konsekwencji jego przyjęcia (przez wykonawców) doprowadził do wykluczenia odwołujących z uwagi na niewykazanie spełniania warunku doświadczenia. Dlatego też Izba, z uwagi na uchybienia, dotyczące naruszenia niewzruszalnego terminu na wniesienie środków ochrony prawnej w zakresie możliwości zaskarżenia treści ogłoszenia o zamówieniu (art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp - odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub

przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8) pozostawiła zarzuty odnoszące się do powyższych kwestii bez rozpoznania.

W odniesieniu zaś do stwierdzenia zasadności wykluczenia odwołujących z przedmiotowego postępowania, Izba stwierdziła, że czynność zamawiający znajduje swoje oparcie w treści przepisów ustawy Pzp, jak też w treści ogłoszenia o zamówieniu. W ocenie Izby zamawiający literalnie odczytując treść postawionego warunku udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu jego spełniania przedkładając tę treść na wykaz (wraz z uzupełnieniami) wykazanych usług zasadnie wykluczył odwołujących z postępowania, albowiem żaden z odwołujących nie wykazał się spełnieniem wymaganej liczby usług.

Podnieść bowiem należy, że każdy z odwołujących interpretuje treść warunku w sposób dla siebie korzystny, a w nie w sposób jaki wynika z literalnego brzmienia tego warunku.

W ocenie Izby, opisany warunek skonstruowany został z trzech łączących się ze sobą elementów, gdzie niespełnienie jednego z nich, powoduje niespełnienie warunku w całości.

I tak, w ocenie Izby, omawiany warunek składa się z następujących trzech elementów (części):

Zamawiający wymagał legitymowania się:

1) dwoma usługami, wykonanymi w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie wykonał bądź wykonuje, co najmniej 2 usługi, o których mowa w ust. 1),

2) dwoma usługami - przy wykorzystaniu własnej instalacji (silosów) o pojemności, co najmniej 500 (słownie: pięćset) ton umożliwiającej magazynowanie odpadów pochodzących z procesów spalania węgla kamiennego,

3) dwoma usługami - przy czym instalacja ta była zlokalizowana na terenie podmiotu przekazującego odpady.

Rekonstruując powyższy wymóg, oczywistym jest, że zamawiający stawiając minimum doświadczenia na poziomie dwóch usług odnosił każdą z tych usług do nieodzowności posiadania instalacji (silosów o pojemności minimum 500 ton) oraz (łącznie) aby instalacja była zlokalizowana na terenie podmiotu przekazującego odpady. Twierdzenie przeciwne wypacza bowiem cel stawiania warunków udziału w postępowaniu w tym warunków dotyczących doświadczenia.

Nieodzownym w tym zakresie jest również odniesienie się do brzmienia przepisu art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu dokonanie opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 (art. 22), w ten sposób, że powinien on być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Skoro zatem przedmiotem zamówienia jest wykonywanie określonych usług przy użyciu określonych urządzeń (instalacji), które muszą być umiejscowione w określonym miejscu

(teren podmiotu przekazującego odpady), to opisanie przez zamawiającego warunku dla doświadczenia przy świadczeniu dwóch takich usług jest jak najbardziej związane z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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), rozliczając po równo na każdego odwołującego koszty poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Przewodniczący: