

WYROK
z dnia 22 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2014 r. przez wykonawcę PHU Komunalnik spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Nysie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest Gmina Oława w Oławie, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Przedsiębiorstwa Higieny Komunalnej TRANS-FORMERS Wrocław spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielanach Wrocławskich oraz Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych van Gansewinkel – Dolny Śląsk spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Oławie, przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego PHU Komunalnik spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Nysie, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr [słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez PHU Komunalnik spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Nysie tytułem wpisu od odwołania.

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 we Wrocławiu.

Skład orzekający:

Uzasadnienie

I. Zamawiający – Gmina Oława w Oławie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „*Odbieranie odpadów komunalnych na terenie Gminy Oława*”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. Zamawiający rozstrzygnął przedmiotowe postępowanie, wykluczając Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i dokonując wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Przedsiębiorstwa Higieny Komunalnej TRANS-FORMERS Wrocław spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielanych Wrocławskich oraz Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych van Gansewinkel – Dolny Śląsk spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Oławie.

III. W dniu 11 grudnia 2014 r., Odwołujący złożył odwołanie, wobec dokonanego przez Zamawiającego wykluczenia, stawiając zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 38 ust. 4, i art. 91 ust. 1 Ustawy Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty; dokonania unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania; dokonania unieważnienia czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów; dokonania ponownego badania ofert z udziałem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że pismem z dnia 9 grudnia 2014 r. został zawiadomiony o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę wykonawcy - Przedsiębiorstwo Higieny Komunalnej TRANS-FORMERS WROCŁAW sp. z o.o., oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Wcześniej pismem z dnia 1 grudnia 2014 r. Odwołujący został wezwany do uzupełnienia dokumentu Wykaz usług - załącznik nr 4 do IDW [instrukcja dla wykonawców]. Pismem z dnia 3 grudnia 2014 r. Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu, że nie uzupełni żądanego dokumentu, bo załączony do oferty dokument potwierdza spełnienie przez Odwołującego warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Dodatkowo Odwołujący poinformował Zamawiającego, że w przypadku nieuwzględnienia wyjaśnień w terminie do dnia 8 grudnia 2014 r., wnieśnie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na bezpodstawną czynność wezwania do

uzupełnienia dokumentów dokonaną w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy. Termin na wniesienie odwołania mijał w dniu 11 grudnia 2014 r., ale Zamawiający, nie czekając na upływ terminu do wniesienia odwołania, w dniu 9 grudnia 2014 r. dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia. W wezwaniu z dnia 1 grudnia 2014 r. Zamawiający zarzucił, że Wykaz usług załączony do oferty Odwołującego nie potwierdza spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie określonym w Rozdziale 8 pkt 7 ppkt 2) lit. a) IDW, tj. wymaganej przez Zamawiającego ilości odebranych niesegregowanych [zmieszanych] odpadów komunalnych w jednym zamówieniu. Należy zauważyć, że Zamawiający ww. wezwaniem zmienił treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w stosunku do pierwotnie ogłoszonej, czym naruszył art. 38 ust. 4 Ustawy, bowiem taka zmiana dopuszczalna była wyłącznie do upływu terminu składania ofert. Zmiana polegała na dookreśleniu opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w celu uzyskania stanu, który urzeczywistniałby oczekiwania Zamawiającego. Zamawiający przy pomocy zmiany specyfikacji chciał wyrazić to co miał na myśli opisując sposób dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie to, co rzeczywiście wyraził spornym opisem. Z warunku opisanego w Rozdziale 8 pkt 7 ppkt 2) lit. a) IDW nie wynika, że wymagana ilość odpadów niesegregowanych komunalnych musi być odebrana przez wykonawcę w ramach jednego zamówienia. W piśmie z dnia 3 grudnia 2014 r. Odwołujący szeroko wyjaśnił Zamawiającemu, że z warunku określonego jako - przynajmniej jedną usługę [jedno zamówienie] polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych od mieszkańców nieruchomości zamieszkałych realizowaną na rzecz gmin zawierającą odbiór niesegregowanych [zmieszanych] odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 od właścicieli nieruchomości, o łącznej ilości co najmniej 5 000 Mg w ciągu maksymalnie 12 następujących po sobie miesięcy kalendarzowych - nie można wyciągnąć wniosku, że może chodzić o odebranie ww. ilości odpadów wyłącznie w jednym zamówieniu. Odwołujący wyjaśnił Zamawiającemu, że wykazał wymagane ilości odpadów niesegregowanych odebranych w więcej niż w jednym zamówieniu, bo taką możliwość dopuszcza opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wyjaśnił, że zwrot „przynajmniej jedną usługę [jedno zamówienie]” oznacza, że usług może być więcej niż jedna, i że ten zwrot oznacza, iż nawet preferowana jest większa ilość usług. Wyjaśnił również, że zwrot „realizowaną na rzecz gmin” oznacza, że usługa [usługi] może być realizowana dla więcej niż jednej gminy. Wyjaśnił, że nie sposób realizować jednej usługi [jednego zamówienia] na rzecz więcej niż jednej gminy. Chyba, że na rzecz związku gmin [w skład którego wchodzi więcej niż jedna gmina], ale Zamawiający nie opisał tak tego warunku. Wyjaśnił także, że zwrot „o łącznej ilości co najmniej 5 000 Mg” świadczy, że co najmniej taka musi być łączna ilość odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 zebranych

w ciągu maksymalnie 12 następujących po sobie miesięcy kalendarzowych w ramach wszystkich usług [zamówień] wpisanych do Wykazu usług. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach przyznał, że po wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów zwrócił uwagę na to, iż opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie jest precyzyjny, i że może być interpretowany niejednolicie. Na to wskazuje chociaż by fakt, że inaczej zinterpretował opis Odwołujący i inaczej Zamawiający. Odwołujący przypomniał Zamawiającemu, że to Zamawiający przygotował sporny opis i jest nim związany, bez względu na to, czy opisem tym opisem uzewnętrznił swoje rzeczywiste oczekiwania, czy też nie. Odwołujący przypomniał Zamawiającemu, że wykonawca nie może ponosić negatywnych skutków za niedostateczne wyartykułowanie w SIWZ woli Zamawiającego, i że próba doprecyzowania opisu na etapie badania ofert jest niedopuszczalna. Odpowiedzią Zamawiającego na wyjaśnienia było wykluczenie Odwołującego z postępowania przed upływem terminu na wniesienie odwołania od czynności bezpodstawnego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Ta okoliczność jest przyczyną objęcia niniejszym odwołaniem oprócz czynności bezpodstawnego wezwania do uzupełnienia dokumentów, także czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego. Zamawiający wzywając Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w sytuacji, gdy dokumenty potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu, naruszył art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez bezpodstawne jego zastosowanie. Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania w sytuacji, gdy Odwołujący wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy, zaś uznając ofertę Odwołującego za odrzuconą, naruszył art. 24 ust. 4 Ustawy. Zamawiający przeprowadzając postępowanie niezgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, naruszył art. 7 ust. 1 Ustawy i wyrażone w nim zasady, tj. zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający dokonując wyboru oferty, która nie powinna być wybrana na podstawie ustalonych kryteriów oceny ofert, naruszył art. 91 ust. 1 Ustawy.

IV. Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Przedsiębiorstwa Higieny Komunalnej TRANS-FORMERS Wrocław spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Bielanach Wrocławskich oraz Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych van Gansewinkel – Dolny Śląsk spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Oławie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożono przystąpienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał szanse na uzyskanie zamówienia. Dotyczy to jednak wyłącznie zarzutów skierowanych wobec wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Odwołanie nie mogło być uwzględnione.

Sporną w sprawie jest kwestia rozumienia postawionego w sprawie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia a w konsekwencji zasadności i dopuszczalności wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentu jakim jest wykaz wykonanych usług.

Stanowiący oś sporu warunek, opisany w Rozdziale 8 pkt 7 ppkt 2) lit. a) IDW ma następujące brzmienie:

*„7. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia muszą spełniać następujące **warunki udziału w postępowaniu, dotyczące:***

(...)

2) posiadania wiedzy i doświadczenia tj.: Zamawiający wymaga, aby Wykonawcy ubiegający się o realizację przedmiotowego zamówienia, wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

a) przynajmniej jedną usługę [jedno zamówienia] polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych od mieszkańców nieruchomości zamieszkałych realizowaną na rzecz gmin zawierającą:

- odbiór niesegregowanych [zmieszanych] odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 od właścicieli nieruchomości, o łącznej ilości co najmniej 5 000 Mg w ciągu maksymalnie 12 następujących po sobie miesięcy kalendarzowych;

- odbiór segregowanych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o łącznej ilości co najmniej 600 Mg w ciągu maksymalnie 12 następujących po sobie miesięcy kalendarzowych;

b) przynajmniej jedną usługę świadczoną w ciągu maksymalnie 12 następujących po sobie miesięcy kalendarzowych o wartości co najmniej 1 200 000,00 zł

c) przynajmniej jedna z tych usług o których mowa w pkt a), b) zawierała mycie pojemników właścicieli nieruchomości.”

Treść tak opisanego warunku jest jednoznaczna i nie pozostawia wątpliwości, że zadaniem wykonawcy zamierzającego ubiegać się o przedmiotowe zamówienie było wykazanie wykonaniem przynajmniej jednej usługi, która łącznie spełniała wszystkie elementy opisane w ppkt a) i b), to jest dotyczące wartości, i przedmiotu tej usługi, a także tego, by w jej zakresie w ciągu następujących o sobie dwunastu miesięcy mieścił się zarówno odbiór odpadów segregowanych jak i niesegregowanych. Gdyby inne miało być znaczenie tak opisanego warunku, to jest pozwalające na skumulowanie z różnych usług łącznej ilości odpadów segregowanych i niesegregowanych, to nie miałyby żadnego znaczenia to wymaganie, które znajduje się na wstępie warunku, to jest mówiące o wymaganiu, aby Wykonawcy ubiegający się o realizację przedmiotowego zamówienia, wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: przynajmniej jednej usługi [jednego zamówienia] polegającego na odbieraniu odpadów komunalnych od mieszkańców nieruchomości zamieszkałych realizowanej na rzecz gmin zawierającej odbiór odpowiednich odpadów segregowanych i niesegregowanych w określonej ilości. W takim wypadku, gdyby intencją Zamawiającego było takie rozumienie, że odbiór wskazanych odpadów następował na podstawie więcej usług, to wspomniany warunek nie mówiłby o spornej jednej usłudze [zamówieniu], ale wystarczające by było poprzestanie na określeniu rodzaju odpadów [segregowane i niesegregowane], ich kodzie oraz ogólnym wolumenie. W opisanym postanowieniu SIWZ jednak wyraźnie mówi się o jednej usłudze [zamówieniu], w ramach której miało miejsce wykonywanie odbioru określonych w pkt a) i b) odpadów. Oznacza to więc nic innego, jak obowiązek wykazania się odbiorem obydwu rodzajów odpadów w ilości wskazanej dla każdego z nich w ramach jednej usługi, bez możliwości kumulowania ilości tych odpadów z różnych umów.

Tak opisany warunek udziału w postępowaniu został w SIWZ ustalony i na obecnym etapie brak jest podstaw do poddawania rewizji jego brzmienia. Termin na kwestionowanie SIWZ upłynął bowiem [art. 182 ust. 2 ustawy], zatem rzeczą wykonawców uczestniczących w postępowaniu było dostosować się do tak opisanych wymagań Zamawiającego.

W sprawie nie jest sporne, że Odwołujący nie wykazał tak opisanego warunku udziału w postępowaniu, w części mówiącej o wymaganej ilości odpadów niesegregowanych komunalnych jaka musi być odebrana przez wykonawcę w ramach jednego zamówienia.

W świetle ustalonych okoliczności sprawy, Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie przywołanego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a jego oferta została uznana za odrzuconą w myśl art. 24 ust. 4 ustawy.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 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].

Skład orzekający: