

WYROK

z dnia 16 grudnia 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 grudnia 2014 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 04 grudnia 2014 roku przez wykonawcę **Pucka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Pucku** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Władysławowo**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: ABRUKO Sp. z o.o. (Lider), Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe METALPOL Z. K., R. P. Sp. j. (Partner), z siedzibą dla Lidera we Władysławowie** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Pucką Gospodarkę Komunalną Sp. z o.o. z siedzibą w Pucku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pucka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Pucku** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego **Puckiej Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Pucku** na rzecz **Gminy Miasta Władysławowo** kwotę **3 075 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia za pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W dniu 4 grudnia 2014 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity z dnia 8 sierpnia 2013 r., Dz. U. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Pucka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Pucku, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Miasta Władysławowo (dalej jako „Zamawiający”) na odbieranie i transport odpadów komunalnych do wskazanych przez Zamawiającego Regionalnych Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Czarnówku i Swarzewie, z położonych na terenie administracyjnym Gminy Miasta Władysławowo nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady, z sektora I (Chałupy, Władysławowo, Chłapowo) i sektora II (Rozewie, Jastrzębia Góra, Tupadły, Ostrowo, Karwia), oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych we Władysławowie, w okresie od 01 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2016 r., zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2013r. poz. 1399 ze zm.), uchwały Sejmiku Województwa Pomorskiego nr 840/XXXVIII/2014 z dnia 31 marca 2014 r. zmieniającej uchwałę w sprawie wykonania "Planu gospodarki odpadami dla Województwa Pomorskiego 2018", oraz przepisami obowiązującego prawa miejscowego Gminy Miasta Władysławowo (znak postępowania ZP.272.34.RGK.2014). Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2014/S202 z dnia 21 października 2014 r. (numer ogłoszenia 2014/S 202-357479).

Odwołanie złożono od niezgodnych z ustawą Pzp czynności Zamawiającego, polegających na niezgodnym z ustawą zbadaniu i ocenie ofert złożonych w toku postępowania oraz wyborze jako ofert najkorzystniejszych ofert na zadanie nr 1 i zadanie nr 2 złożonych przez Konsorcjum Firm: ABRUKO Sp. z o.o. i PPU METALPOL Z. K., R. P. Sp. J (dalej konsorcjum ABRUKO) oraz Konsorcjum Firm: Usługi Transportowe R. L., Przedsiębiorstwo Usługowo - Transportowe „SKOJAN” J. S., Zakład Wodociągowo - Kanalizacyjny M. M. (dalej Konsorcjum L.-S.-M.).

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzuca:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy, tj. Konsorcjum ABRUKO podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu niewykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. niewykazaniu, że wykonawca dysponuje pojazdami niezbędnymi do wykonania zamówienia oraz w konsekwencji zaniechaniu uznania za odrzucone złożonych przez wykonawcę ofert na zadanie nr 1 i zadanie nr 2;
- 2) naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. niewykazaniu, że wykonawca Konsorcjum L.-S.-M. dysponuje pojazdami niezbędnymi do wykonania zamówienia oraz w konsekwencji zaniechaniu uznania za odrzucone złożonych przez wykonawcę ofert na zadanie nr 1 i zadanie nr 2;
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert na zadanie nr 1 i zadanie nr 2 złożonych przez wykonawcę, tj. Konsorcjum ABRUKO, pomimo niezgodności złożonych przez wykonawcę ofert z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”), polegającej na niedołączeniu do ofert harmonogramu rzeczowo - finansowego, zgodnie z rozdziałem 12 punktem 8 c) SIWZ;
- 4) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert na zadanie nr 1 i zadanie nr 2 złożonych przez wykonawcę, tj. Konsorcjum L.-S.-M., pomimo niezgodności złożonej przez wykonawcę ofert z treścią SIWZ, polegającej na niedołączeniu do ofert harmonogramu rzeczowo - finansowego, zgodnie z rozdziałem 12 punktem 8 c) SIWZ;
- 5) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, w szczególności przy badaniu i ocenie ofert oraz przy wyborze najkorzystniejszych ofert;
- 6) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru ofert na zadanie nr 1 i zadanie nr 2 złożonych przez Odwołującego jako ofert najkorzystniejszych.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert na zadanie nr 1 i zadanie nr 2, tj. ofert złożonych przez Konsorcjum ABRUKO;
- 2) wykluczenia wykonawcy Konsorcjum ABRUKO z postępowania oraz odrzucenia ofert na zadanie nr 1 i zadanie nr 2 złożonych przez Konsorcjum ABRUKO;
- 3) wykluczenia wykonawcy Konsorcjum L.-S.-M. z postępowania i odrzucenia ofert na zadanie nr 1 i zadanie nr 2 złożonych przez Konsorcjum L.-S.-M.;
- 4) ponownego dokonania wyboru ofert najkorzystniejszych.

Zamawiający podzielił zamówienie na zadanie nr 1 i zadanie nr 2 według klucza terytorialnego. W dniu 28 listopada 2014 r. Odwołujący został poinformowany przez

Zamawiającego drogą elektroniczną o wynikach oceny i badania ofert oraz o wyborze ofert najkorzystniejszych, tj. oferty na zadanie nr 1 oraz oferty na zadanie nr 2 złożonych przez Konsorcjum ABRUKO. W uzasadnieniu wyboru ofert Zamawiający wskazał, że wybrany wykonawca zaoferował najkorzystniejszą ofertę (najniższą cenę) przy spełnieniu wszystkich wymagań określonych w SIWZ.

Odwołujący wskazał, że bezspornie posiada interes w złożeniu odwołania, albowiem w przypadku wykluczenia Konsorcjum ABRUKO oraz odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę oraz w przypadku wykluczenia Konsorcjum L.-S.-M. oraz odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę, oferty Odwołującego zostałyby uznane za najkorzystniejsze, co wynika wprost z informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 28 listopada 2014 r. Z przedmiotowej informacji wynika bowiem, że w postępowaniu przetargowym brało udział trzech wykonawców (w tym Odwołujący), przy czym oferty Odwołującego zostały sklasyfikowane w odniesieniu do zadania nr 1 i zadania nr 2 na trzecim miejscu. W konsekwencji, w przypadku wykluczenia z postępowania dwóch pozostałych wykonawców oraz odrzucenia ich ofert, to właśnie oferty Odwołującego zostałyby wybrane jako najkorzystniejsze. Dodatkowo należy mieć na uwadze, że w wyniku wadliwych działań Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony możliwości zawarcia umowy z Zamawiającym oraz w konsekwencji Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przychodów z realizacji zamówienia. Tym samym Odwołujący poniósł szkodę polegającą na nieosiągnięciu spodziewanych korzyści związanych z wyborem jego ofert.

Według oceny Odwołującego badanie i ocena ofert złożonych w toku postępowania oraz podjęta w ich wyniku decyzja Zamawiającego o wyborze ofert Konsorcjum ABRUKO była wadliwa.

Naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy, tj. Konsorcjum ABRUKO podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu niewykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. niewykazaniu, że wykonawca dysponuje pojazdami niezbędnymi do wykonania zamówienia oraz w konsekwencji zaniechaniu uznania za odrzucone złożonych przez wykonawcę ofert na zadanie nr 1 i zadanie nr 2.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Sposób uczynienia przez wykonawcę zadość obowiązkowi wykazania, że dany wykonawca spełnia warunki udziału w

postępowaniu, określa Zamawiający. Uwadze Zamawiającego umknęło jednak, że treść dokumentów złożonych przez wybranego wykonawcę nie odpowiada wymogom, jakie Zamawiający sam postawił w SIWZ. Jak bowiem wynika z postanowień SIWZ (por. Rozdział 5 ust. 1 pkt 3) na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Wykonawcy muszą złożyć wykaz pojazdów dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Wzór wykazu znajdował się w Załączniku nr 6B do specyfikacji.

Wykaz pojazdów złożony przez Konsorcjum ABRUKO jest niezgodny z wymaganiami SIWZ. Zgodnie z pouczeniem do załącznika nr 6B w kolumnie „Uwagi” należało w szczególności wskazać, którego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczy dany zakres informacji albo czy jest to zasób własny Wykonawcy, czy oddany do dyspozycji przez inny podmiot. Jak wynika z treści załącznika nr 6B załączonego do oferty Konsorcjum ABRUKO w rubryce „Uwagi” wskazano jedynie, że pojazdy stanowią „zasób własny”.

Pomimo jednoznacznego wymogu Zamawiającego brak jednak jakiegokolwiek informacji, do którego z dwóch wykonawców tworzących konsorcjum ów zasób własny należy. Tym samym nie jest możliwe ustalenie, czy wykonawca faktycznie dysponuje pojazdami niezbędnymi do wykonania zamówienia. Nie jest również możliwa weryfikacja wykazu złożonego przez wykonawcę. Uzasadniony jest więc wniosek, że wykonawca nie wykazał w sposób wymagany przez Zamawiającego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W konsekwencji mając na uwadze brzmienie art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należało uznać, że wykonawca Konsorcjum ABRUKO winien być wykluczony z postępowania, a złożona przez niego oferta powinna być uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Konsorcjum L.-S.-M. podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu niewykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. niewykazaniu, że wykonawca dysponuje pojazdami niezbędnymi do wykonania zamówienia oraz w konsekwencji zaniechanie uznania za odrzucone złożonych przez wykonawcę ofert na zadanie nr 1 i zadanie nr 2.

Z postanowień SIWZ (por. Rozdział 5 ust. 1 pkt 3) wynikało, że na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Wykonawcy mieli złożyć wykaz pojazdów dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Wykaz pojazdów złożony przez Konsorcjum L.-S.-M. jest niezgodny z wymaganiami SIWZ. Jak wynika z treści załącznika nr 6B załączonego do oferty

Konsorcjum w rubryce „Uwagi” wskazano w odniesieniu do części pojazdów, że są one przedmiotem leasingu przez R. L. lub M. M. .

Zgodnie z rozdziałem 7 ust. 1 i ust. 2 b) SIWZ jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i Rozdziale 4 ust. 1 pkt 1 SIWZ - polegał na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zobowiązany był udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz, że łączący go z tymi podmiotami stosunek, gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. W celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żądał złożenia przez te podmiot dokumentów dotyczących w szczególności: zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Treść zobowiązania innego podmiotu powinna określać: kto jest podmiotem przyjmującym, zasoby, zakres zobowiązania podmiotu, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy.

Pomimo jednoznacznego wymogu Zamawiającego co do treści dokumentów potwierdzających prawo wykonawcy do korzystania z przedmiotów należących do osób trzecich Konsorcjum L.-S.-M. nie złożyło żadnego dokumentu potwierdzającego okoliczności wymagane przez Zamawiającego, w tym w szczególności nie złożyło umów leasingu potwierdzających te okoliczności. Tym samym, analogicznie jak przypadku pierwszego z wykonawców, nie jest możliwe ustalenie, czy wykonawca faktycznie dysponuje pojazdami niezbędnymi do wykonania zamówienia. A zatem również w odniesieniu do tego wykonawcy uzasadniony jest wniosek, że wykonawca nie wykazał w sposób wymagany przez Zamawiającego, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W konsekwencji mając na uwadze brzmienie art. 24 ust. 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należało uznać, że również wykonawca Konsorcjum Konsorcjum L.-S.-M. winien być wykluczony z postępowania, a złożona przez niego oferta powinna być uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert na zadanie nr 1 i zadanie nr 2 złożonych przez wykonawcę, tj. Konsorcjum ABRUKO pomimo niezgodności złożonych przez wykonawcę ofert z treścią SIWZ, polegającej na

niedołączeniu do ofert harmonogramu rzeczowo - finansowego, zgodnie z rozdziałem 12 punktem 8 c) SIWZ.

Analiza oferty złożonej przez Konsorcjum ABRUKO prowadzi do wniosku, że jest ona dotknięta nieusuwalnym brakiem, albowiem do oferty nie dołączono harmonogramu rzeczowo-finansowego, o którym mowa w Rozdziale 12 pkt 8 c) SIWZ. Zgodnie z przywołanym postanowieniem do oferty należało załączyć m.in. harmonogram rzeczowo-finansowy, czego Konsorcjum ABRUKO nie uczyniło. Jednocześnie Zamawiający nie dokonał modyfikacji SIWZ, jak również nie udzielił wykonawcom żadnych wyjaśnień w podanym zakresie. Na powyższy brak w ofercie złożonej przez Konsorcjum ABRUKO Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającemu pismem z 18 listopada 2014 roku. Na pismo Odwołującego Zamawiający udzielił wprawdzie odpowiedzi (pismo Zamawiającego z 20 listopada 2014r.), jednak argumentacja Zamawiającego nie znajduje żadnego oparcia w przepisach prawa. Zamawiający wyjaśnił bowiem Odwołującemu, że harmonogram rzeczowo - finansowy jest w niniejszym postępowaniu dokumentem zbędnym i bezprzedmiotowym, a jego umieszczenie w SIWZ było wynikiem omyłki. Do pisma Zamawiającego Odwołujący odniósł się w swoim piśmie z 24 listopada 2014 r., w którym wskazał na nieprawidłowość i niezgodność z prawem argumentacji Zamawiającego.

Stanowisko Zamawiającego przedstawione w piśmie z dnia 20 listopada 2014 roku nie znajduje uzasadnienia i stanowi zdaniem Odwołującego próbę zmarginalizowania istotnego problemu. Harmonogram rzeczowo - finansowy został sporządzony przez Odwołującego i załączony do jego oferty. Zdaniem Odwołującego stanowi on dokument pozwalający na weryfikację sposobu wykonywania zamówienia przez wykonawcę z rozbiem na obciążenia rzeczowe oraz finansowe. Nie stanowi dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a tym samym jego brak nie podlega uzupełnieniu i jednocześnie przesądza o wadliwości formalnej ofert, do których harmonogramu nie załączono. Dodatkowo należy wskazać, że zamawiający jest związany treścią przygotowanej przez siebie SIWZ, a jej modyfikacja jest dopuszczalna wyłącznie w ściśle określonym terminie (tj. przed upływem składania ofert) oraz wyłącznie w uzasadnionych przypadkach, o czym stanowi art. 38 ust. 4 ustawy Pzp. Nawet jeśli zapis o konieczności załączenia harmonogramu rzeczowo - finansowego był wynikiem omyłki (co Odwołujący kwestionuje), to omyłkę taką należało dostrzec i usunąć, jednakże z zachowaniem wymogów prawa co do czasu i formy takiego działania. Skoro Zamawiający tego nie uczynił, to w toku dalszego postępowania jest związany treścią SIWZ i ma ustawowy obowiązek stosowania się do jej treści. Nie jest dopuszczalne zmienianie wymogów stawianych wykonawcom już po złożeniu przez nich ofert, w przeciwnym razie Zamawiający naraża się na zarzut traktowania wykonawców w sposób nierówny, a to z tego

względu, że obowiązkiem wykonawców jest złożenie oferty poprawnej, zgodnej z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ. Tym samym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie rzetelnej i zgodnej z przepisami czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert z uwzględnieniem wymogów wynikających ze specyfikacji. Przechodząc do porządku dziennego nad nieusuwalnymi i nie podlegającymi uzupełnieniu brakami oferty Zamawiający naruszył więc przepisy ustawy i doprowadził do niezgodnego z prawem rozstrzygnięcia postępowania. Należy mieć bowiem na uwadze, że oferta niezgodna z SIWZ nie może być w ogóle przedmiotem wyboru, a tym samym nie może być najkorzystniejsza (por. m.in. orzeczenie GKO z dnia 22 czerwca 2006 r., DF/GKO/Odw.-4900/22/29/06/371). Tym samym mając na uwadze treść art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (por. m.in. wyrok z 9 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2337/10) należy uznać, że oferta złożona przez Konsorcjum ABRUKO nie odpowiada treści SIWZ i w konsekwencji powinna być odrzucona. Oceniając ją jako odpowiadającą treści SIWZ oraz następnie dokonując jej wyboru jako najkorzystniejszej Zamawiający naruszył przywołane wyżej przepisy.

Naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert na zadanie nr 1 i zadanie nr 2 złożonych przez wykonawcę Konsorcjum L.-S.-M., pomimo niezgodności złożonej przez wykonawcę ofert z treścią SIWZ, polegającej na niedołączeniu do ofert harmonogramu rzeczowo - finansowego, zgodnie z rozdziałem 12 punktem 8 c) SIWZ.

Odwołujący podtrzymuje wywody zawarte wyżej, albowiem zachowują one aktualność także w odniesieniu do Konsorcjum L.-S.-M. . Wykonawca ten również nie załączył do swojej oferty harmonogramu rzeczowo - finansowego. W konsekwencji Zamawiający powinien odrzucić jego ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ. Skoro Zamawiający tego nie uczynił, naruszył tym samym art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Naruszenie art. 7 ust 1 i 3 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, w szczególności przy badaniu i ocenie ofert oraz przy wyborze najkorzystniejszych ofert.

Uchybienia Zamawiającego przy badaniu oraz ocenie ofert złożonych w toku postępowania przez Konsorcjum ABRUKO oraz przez Konsorcjum Konsorcjum L.-S.-M., stanowią jednocześnie naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wskazuje się w piśmiennictwie (por. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 13, Warszawa 2015) „Od wszystkich wykonawców należy egzekwować wymagania na tych samych warunkach i w ten sam sposób. Zasada nie pozwala faworyzować ani

dyskryminować wykonawców z jakiegokolwiek powodu, poza rygorami przewidzianymi dla zapewnienia uczciwej konkurencji. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w takiej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wszystkich wykonawców (D. Koba, Zamówienia. Poradnik, Warszawa 2004, s. 17). Zamawiający jest związany wymaganiami postawionymi wykonawcom i przy ocenie musi stosować te same kryteria wobec nich. Posługiwać może się tylko tymi dokumentami i informacjami, które uzyskał od wykonawców w ofertach lub w inny zgodny z procedurą sposób, nie może natomiast wykorzystywać własnej wiedzy i znajomości wykonawców. Należy również przywołać wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2014 r. (KIO 266/14), w którym Izba stwierdziła, że „skoro oferta przystępującego jako niezgodna w swej treści z wymaganiami zamawiającego nie mogła podlegać ocenie na równi z ofertą odwołującego, którą zamawiający ocenił jako spełniającą wszystkie jego wymogi, to zamawiający nierówno potraktował wykonawców i naruszył zasadę uczciwej konkurencji, a w konsekwencji doprowadził do wyboru oferty, która nie powinna być wybrana zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert.”

Odwołujący wskazuje, że uchybienia zamawiającego polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawców w toku postępowania z uwagi na niewykazanie przez nich spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechaniu odrzucenia złożonych przez nich ofert z uwagi na ich niezgodność z SIWZ stanowią również naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nadto zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Jak wynika z odwołania, wybór ofert wykonawcy był dokonany niezgodnie z ustawą.

Naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru ofert na zadanie nr 1 i zadanie nr 2 złożonych przez Odwołującego jako ofert najkorzystniejszych.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Za ofertę najkorzystniejszą nie może być uznana oferta podlegająca odrzuceniu. Już z tego zatem powodu Zamawiający naruszył przywołany przepis. Ponadto nie powinno budzić wątpliwości, że Zamawiający dopuścił się licznych uchybień, których skutkiem był wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej. W niniejszym postępowaniu uczestniczy bowiem trzech wykonawców, przy czym zdaniem Odwołującego dwóch z nich powinno być wykluczonych z postępowania, względnie ich oferty powinny być odrzucone. Zaniechanie przez zamawiającego tych czynności sprawiło, że oferta wybrana przez Zamawiającego, tj. oferta Konsorcjum ABRUKO nie jest ofertą najkorzystniejszą. Ofertą taką jest natomiast oferta złożona przez Odwołującego, który jako jedyny nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnił wszystkie wymagania SIWZ.

Biorąc pod uwagę wyżej przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów zdaniem Odwołującego odwołanie winno zostać uwzględnione a czynności Zamawiającego – unieważnione, względnie powtórzone, zgodnie z żądaniem odwołania. Nie ulega bowiem wątpliwości, że niezgodne z ustawą Pzp czynności Zamawiającego miały istotny wpływ na wynik postępowania, doprowadziły bowiem do nieprawidłowego zbadania i oceny ofert złożonych w toku postępowania, a następnie do wyboru ofert, które zgodnie z ustawą nie mogły być uznane za najkorzystniejsze.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Biorąc pod uwagę datę, w której Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszych ofert, że termin złożenia odwołania został zachowany. Kopia odwołania została w sposób prawidłowy przekazana Zamawiającemu.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie 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. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego prawidłowo przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ABRUKO Sp. z o.o. (Lider), Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe METALPOL Z. K., R. P. Sp. j. (Partner), z siedzibą dla Lidera we Władysławowie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Na rozprawie Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając szczegółową argumentację.

Izba, na podstawie dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia, ustaliła, że:

Z rozdziału 4 SIWZ (Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków) wynika, że wykonawcy mieli dysponować odpowiednim potencjałem technicznym, tj. wykazać że wykonawca dysponuje lub będzie dysponował wyposażeniem umożliwiającym odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Do SIWZ załączono wzór tabeli do wypełnienia, pod którą Zamawiający zamieścił odpowiednią instrukcję: w kolumnie „UWAGI” należało wskazać, którego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczy dany zakres informacji albo czy jest to zasób własny wykonawcy, czy oddany do dyspozycji przez inny podmiot. Jeżeli wykonawca wskazywał w wykazie pojazdy, którymi będzie dysponował, zobowiązany był do dołączenia do oferty pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia zasobów. Pisemne zobowiązanie miało zawierać wyraźne oświadczenie innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Izba ustaliła, że w dniu 20 listopada 2014 roku Zamawiający odpowiedział na pismo Odwołującego odnośnie harmonogramu rzeczowo-finansowego. Zamawiający wskazał, że w rozdziale 12 ust. 8 SIWZ omyłkowo wymieniono ów dokument, na co wskazuje m.in. nie wymienienie tego dokumentu w ogłoszeniu o zamówieniu oraz niepoprawna numeracja podpunktów. Zamawiający podkreślił, że harmonogram jest dokumentem nieistotnym i bezprzedmiotowym. Zgodnie z postanowieniami § 7 ust. 6 wzoru umowy, rozliczanie usług odbywać się będzie powykonawczo, na podstawie rzeczywistej ilości odebranych odpadów w cyklach miesięcznych. Harmonogram rzeczowo-finansowy z zasady opracowuje się na podstawie wzoru przekazanego przez Zamawiającego, w którym zamieszcza się konkretne dane. Taki wzór nie został do SIWZ załączony. Ponadto harmonogram winien zawierać dane dotyczące kolejności i czasu trwania poszczególnych czynności w ogólnym planie pracy oraz nakłady finansowe, co w przypadku tego zamówienia nie ma zastosowania, ponieważ wykonawca i Zamawiający nie są w stanie przewidzieć ile w danym miesiącu wykonawca odbierze odpadów komunalnych. To potwierdza bezzasadność żądania powyższego dokumentu. Usługa odbioru odpadów jest usługą realizowaną w sposób ciągły, bez możliwości podziału na etapy lub elementy, w określonym czasie. Terminy odbioru odpadów oraz godziny odbioru w poszczególne dni, zgodnie z § 6 lit a wzoru umowy, wskaże Zamawiający w harmonogramie odbioru odpadów komunalnych. Opracowanie takiego harmonogramu należy do obowiązków Zamawiającego. Zamawiający podkreślił niespójność

między rozdziałem 12 ust. 8 SIWZ a § 6 lit. a wzoru umowy, co w sposób jednoznaczny pokazywać miało oczywistą omyłkę Zamawiającego. Niekonsekwencja Zamawiającego w żaden sposób nie może obciążać wykonawców (tak wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 21/09, KIO/UZP 38/09, KIO/UZP 41/09).

Wykonawca – konsorcjum ABRUKO złożyło wraz z ofertą wykaz sprzętu, gdzie w kolumnie 6 „UWAGI” wskazało, który z zasobów jest zasobem własnym. Brak było w ofercie wskazania, do którego z członków konsorcjum dany sprzęt należy.

W dniu 26 listopada 2014 roku, Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów przez wskazanie, którego z wykonawców dotyczy dany zakres informacji. Wykonawca, w dniu 27 listopada 2014 roku, złożył wyjaśnienia oraz wykaz sprzętu dla zadania nr 1 i 2 zaznaczając wyraźnie, który z wykonawców dysponuje i w jaki sposób danym zasobem.

Konsorcjum L.-S.-M. złożyło wraz z ofertą wykaz sprzętu, w którym wskazało, w przypadku kilku pojazdów w rubryce „Uwagi”, że są one przedmiotem leasingu przez R. L. lub M. M. .

Na podstawie ustalonego stanu faktycznego, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Niewątpliwie w wykazie sprzętu Konsorcjum L.-S.-M., jako podstawę dysponowania pojazdami wskazano leasing. Powyższe nie oznacza jednak w ocenie składu orzekającego Izby automatycznego przyjęcia, że podmiot w tym zakresie powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego.

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

W ocenie Izby brak jest przesłanek, które pozwalałyby stwierdzić, iż Konsorcjum L.-S.-M. posłużyło się potencjałem podmiotu trzeciego. Przyjęcie argumentacji Odwołującego prowadziłoby do stwierdzenia, iż z udostępnieniem potencjału podmiotu trzeciego nie mielibyśmy do czynienia jedynie w przypadku wykazania się przez wykonawcę prawem własności wymaganego sprzętu.

Należy zauważyć, iż przez umowę leasingu leasingodawca oddaje rzecz leasingobiorcy do używania albo do używania i pobierania pożytków za umówione wynagrodzenie. Tym samym w ocenie Izby takie umowy, jak umowa dzierżawy, czy też umowa leasingu zapewniają wykonawcy wystarczający tytuł do dysponowania pojazdami. Wobec istnienia bezpośredniego uprawnienia wykonawcy do dysponowania rzeczą, brak jest podstaw do uznania, iż rzeczy te stanowią potencjał innego podmiotu w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Należy zwrócić uwagę, iż powszechnym jest, że wykonawcy nie będąc właścicielami rzeczy dysponują nimi np., jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy czy leasingobiorcy. W ocenie Izby istnienie takiego stosunku zobowiązaniowego, który uprawnia wykonawcę do władania rzeczą, korzystania z niej w sposób zgodny z jej przeznaczeniem, używania jej, będzie wystarczające do uznania, że dysponuje nią w rozumieniu właściciela i nie będzie to wówczas dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego. Mając na względzie powyższe, Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, uznając, iż Konsorcjum L.-S.-M. wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego. Tym samym brak było podstaw do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, jak i uznania jego oferty za odrzuconą. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 lipca 2014 roku, sygn. akt KIO 1379/14.

W przypadku wybranej w zadaniu 1 i 2 oferty konsorcjum ABRUKO Odwołujący zdaje się nie zauważać i przyjmować do wiadomości faktu, iż wykonawca ten w sposób prawidłowy określił w wykazie sprzętu zarówno podstawę dysponowania danym pojazdem, jak też na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dookreślił, do którego z członków konsorcjum konkretnie należy dany pojazd. Powyższe oznacza, że wykonawca zachował się w sposób prawidłowy i w całości zastosował się do wymagań SIWZ. Odwołujący nie zakwestionował skuteczności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Nie kwestionował również dokumentów uzupełnionych przez wykonawcę, w tym nie wskazywał na jakiegokolwiek uchybienia w nowo załączonym wykazie sprzętu. Tym samym zarzut niespełnienia warunku udziału w postępowaniu i zarzut zaniechania wykluczenia danego wykonawcy podniesiony przez Odwołującego jest całkowicie chybiony. Na marginesie tylko zauważyć można, iż nawet gdyby konsorcjum ABRUKO nie odpowiedziało na wezwanie Zamawiającego i nie dookreśliło, do którego z członków konsorcjum należą pojazdy, to w ocenie składu orzekającego Izby, oferta i tak nie podlegałaby odrzuceniu, ponieważ wymóg taki należy raczej uznać za wymóg o charakterze formalnym, nie wpływającym na treść i ważność samego oświadczenia woli wykonawcy.

Skoro deklarowany do wykonywania zamówienia zasób jest zasobem własnym, to znaczenie drugorzędne ma okoliczność, do którego z członków konsorcjum dany pojazd należy.

Co do podnoszonego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie, w jakim odnosiło się ono do nieusuwalnego błędu w ofertach wykonawców w postaci braku złożenia wraz z ofertą harmonogramu rzeczowo-finansowego, nie było spornym pomiędzy stronami, że oba konsorcja nie złożyły wraz z ofertą harmonogramu rzeczowo-finansowego, wymaganego zgodnie z postanowieniami Rozdziału 12 ust. 8 lit.c SIWZ. Strony różniły się natomiast w ocenie skutków prawnych tego uchybienia.

W tym miejscu należało poczynić kilka uwag natury ogólnej. Podkreślenia wymaga to, że skutki niezłożenia wraz z ofertą wymaganego harmonogramu rzeczowo-finansowego zależą od roli, jaką przypisano temu dokumentowi w świetle postanowień SIWZ. Spotykane są bowiem dokumenty stanowiące treść oferty, czyli zobowiązanie wykonawcy do wykonania poszczególnych (określonych) etapów robót w zadeklarowanych czasookresach (terminach). Żądane są jednak również przez zamawiających takie dokumenty, które nie mają statusu treści oferty, posiadając jedynie charakter pomocniczy czy wstępny. W orzecznictwie i piśmiennictwie wypracowane zostały reguły, których przeanalizowanie pozwala na odpowiedź czy na gruncie danej SIWZ wymagany przez zamawiającego harmonogram rzeczowo-finansowy stanowi treść oferty. Wskazuje się m.in. na następujące cechy:

- a) zakwalifikowanie dokumentu jako załącznika do umowy (integralnej części umowy), który ma charakter stanowczy, a więc nie może być dowolnie zmieniany przez wykonawcę po zawarciu umowy,
- b) powiązanie płatności częściowych z wykonaniem etapów robót, określonych i wyszczególnionych w harmonogramie,
- c) zastrzeżenie kar umownych za niedotrzymanie terminów wykonania etapów robót określonych w harmonogramie.

W ocenie Izby żaden z tych elementów nie został spełniony w przedmiotowym postępowaniu, co prowadzić musiało do wniosku, że harmonogram finansowo-rzeczowy, który wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą nie stanowił treści oferty, tj. zobowiązania wykonawcy do wykonania świadczenia w określony sposób. Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, aby harmonogram rzeczowo-finansowy miał charakter podstawowy i w konsekwencji stanowił o ważności treści oświadczenia woli znajdującego się w ofercie. Dokument ten nie był powiązany z wzorem umowy, nie stanowił załącznika do przyszłej umowy, co więcej nie był nawet w tej umowie wymieniany. Wzór umowy odnosił się do harmonogramu wywozu odpadów komunalnych. Ten jednak miał zostać opracowany i przekazany przez samego Zamawiającego. W treści SIWZ

Zamawiający nie powiązał terminów płatności z wykonaniem i rozliczeniem jakiegoś etapu prac. Jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie z dnia 20 listopada 2014 roku Zamawiający, charakter zamawianej usługi uniemożliwia takiego rodzaju powiązania. Usługa odbioru odpadów jest usługą świadczoną w sposób ciągły, bez możliwości podziału na jakiegokolwiek etapy, za które mogłoby nastąpić rozliczenie. Owo rozliczenie odbywało się w cyklach miesięcznych, powykonawczo, przy uwzględnieniu rzeczywistej ilości odebranych odpadów. Po trzecie, we wzorze umowy nie zostały zastrzeżone jakiegokolwiek kary umowne za niedotrzymanie harmonogramu. Z tych powodów należało uznać, że był to dokument przedmiotowy o charakterze nieistotnym. Najprawdopodobniej Zamawiający popełnił błąd przy sporządzaniu SIWZ i omyłkowo nie usunął powyższego dokumentu z katalogu dokumentów wymaganych. W ocenie składu orzekającego Izby, wykonawcy, którzy stwierdzili, że nie istnieją jakiegokolwiek dane, które możliwe byłyby do umieszczenia w harmonogramie rzeczowo-finansowym i z tej prostej przyczyny zapewne nie załączyli go do oferty, nie mogą ponosić odpowiedzialności za niedociągnięcia Zamawiającego. Z tych powodów uznano, że w przedmiotowym postępowaniu harmonogram rzeczowo-finansowy nie stanowił treści oferty i oferty takiego dokumentu niezawierające nie podlegały odrzuceniu. W konsekwencji zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i w efekcie również art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp okazał się chybiony.

W ocenie składu orzekającego Izby nie doszło również do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających w postępowaniu odrzuceniu w ramach posiadanych środków finansowych, za podstawę przyjmując opisane w SIWZ kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z tych powodów uznano, że decyzja Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej była prawidłowa. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały wpływu na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz 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).

Przewodniczący: