

WYROK

z dnia 24 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2013 r. przez wykonawcę

SITA Polska Sp. z o.o. ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wola m.st. Warszawy

ul. Gen. Józefa Bema 70, 01-225 Warszawa

przy udziale wykonawcy **W..... B.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” **W..... B.....** ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę SITA Polska Sp. z o.o. ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SITA Polska Sp. z o.o. ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.**

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w dzielnicy Wola m. st. Warszawy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wywóz nieczystości gabarytowych oraz nieczystości stałych z posesji i altanek śmietnikowych, zarządzanych przez Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Wola m.st. Warszawy, w obrębie administracji: Koło, Młynów, Nowolipki, Ogrodowa, w okresie od stycznia 2013 roku do czerwca 2013 roku” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 1 listopada 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 211-347715, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

7 stycznia 2013 r. odwołujący – SITA Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego w postaci:

1. braku odtajnienia informacji dotyczących danych odbiorcy usług świadczonych przez wykonawcę, zawartych w załączonym do oferty wykazie usług oraz dokumentach potwierdzających należyte wykonanie usług, złożonych przez W..... B..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W..... B..... pomimo tego, że informacje te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa,
2. oceny oferty złożonej przez W..... B..... i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wymaganej wiedzy oraz doświadczenia (pkt 13.I.1.1.b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia) oraz podanie nieprawdziwych informacji – a w konsekwencji zaniechania odrzucenia jego oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,
3. ewentualnie oceny oferty złożonej przez W..... B..... i zaniechania wezwania tego wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków postępowania w zakresie posiadania wiedzy oraz doświadczenia (pkt 13.I.1.1.b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia) w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych lub zaniechania wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie,

4. zaproszenia W..... B..... do aukcji elektronicznej pomimo tego, że wykonawca ten podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu,

5. przeprowadzenia aukcji elektronicznej pomimo tego, że w postępowaniu nie złożono co najmniej trzech ofert niepodlegających odrzuceniu,

co narusza art. 8, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4, art. 91b ust. 1 i art. 91a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. udostępnienia odwołującemu informacji dotyczących danych odbiorcy usług świadczonych przez wykonawcę, a zawartych w wykazie usług i dokumentach potwierdzających należyte wykonanie usług załączonych do oferty złożonej przez W..... B..... poprzez udostępnienie odwołującemu ww. dokumentów,

2. unieważnienia oceny oferty złożonej przez W..... B.....,

3. unieważnienia zaproszenia W..... B..... do udziału w aukcji elektronicznej,

4. unieważnienia przeprowadzonej aukcji elektronicznej,

5. dokonania ponownej oceny oferty W..... B..... i wykluczenia go z postępowania ze względu na niewykazanie spełniania warunków ubiegania się o udzielenie zamówienia w zakresie posiadania wiedzy oraz doświadczenia oraz ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, a także odrzucenia oferty tego wykonawcy ze względu na fakt, że została ona złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu,

6. ewentualnie – wezwania W..... B..... do złożenia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokumentów potwierdzających spełnianie warunków ubiegania się o udzielenie zamówienia w zakresie posiadania wiedzy oraz doświadczenia (pkt 13.I.1.1.b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia) lub złożenia w tym zakresie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w tym, że gdyby zamawiający dokonał wszystkich czynności w niniejszym postępowaniu w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami, W..... B..... powinien być zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. W konsekwencji nie doszłoby do przeprowadzenia aukcji elektronicznej, a oferta odwołującego złożona przed aukcją zostałaby wybrana do realizacji za cenę wyższą niż wynikająca z aukcji. Ponadto zamawiający dopuszczając do udziału podmiot niespełniający warunków ubiegania się o zamówienie powoduje, że odwołujący konkurował z innym podmiotem na nierównych zasadach z uchybieniem zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający odmówił odwołującemu wglądu do całości oferty złożonej przez W..... B....., tj. dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania wymogów w postaci posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia w części zawierającej informację o kontrahentach, powołując się na dokonane przez tego wykonawcę zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie odwołującego dokonane zastrzeżenie jest bezprawne, a zamawiający powinien był odtajnić te informacje, gdyż nie stanowią one tajemnicy przedsiębiorstwa. Konsekwencją tego, że zasadą jest jawność postępowania, wszystkie wyjątki, w tym określony w art. 8 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W konsekwencji bezsporne jest, że, aby uznać określoną informację za tajemnicę przedsiębiorstwa, musi ona posiadać łącznie trzy cechy: 1) mieć charakter techniczny, technologiczny lub organizacyjny, 2) być tajemnicą, co oznacza, że nie została ujawniona do publicznej wiadomości, 3) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności. Wykonawca nie może zastrzegać określonych danych w sposób dowolny, a zastrzeżenie tajemnicy ma charakter wyjątkowy, jako odstępstwo od zasady jawności postępowania. Z tego też względu zamawiający nie może polegać wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, lecz powinien żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony, a nie tylko w celu utrudnienia konkurencji możliwości weryfikacji ofert lub innych dokumentów. Badanie skuteczności zastrzeżenia, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r., sygn. III CZP 74/05, jest obowiązkiem zamawiającego. W niniejszej sprawie wskazywane informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, trudno bowiem uznać, że fakt podania jedynie, kto jest kontrahentem danego wykonawcy, stanowi jakąś gospodarczą wartość. Zastrzeżone informacje nie zawierają tak istotnych danych jak stosowane przez wykonawcę ceny, udzielane rabaty, szczegółowe ilości wywożonych odpadów, terminy płatności, szczegółowe warunki wykonywania danych usług i innych tego typu wrażliwych gospodarczo danych. Trudno uznać, że tego rodzaju informacja nie jest publicznie dostępna, skoro każdy przedsiębiorca odbierający odpady musi mieć dokładnie oznakowany samochód, a pojemniki na śmieci również muszą być odpowiednio oznaczone. Kontrahentami W..... B..... są między innymi spółdzielnie mieszkaniowe (skoro odpady odbierane są z osiedli mieszkaniowych). W związku z tym wskazać należy, że informacje o kontrahentach spółdzielni mieszkaniowych z mocy prawa podlegają znacznym ograniczeniom co do możliwości ich utajnienia. Zgodnie bowiem z postanowieniami ustawy z dnia 15 grudnia 2000

r. o spółdzielniach mieszkaniowych członek spółdzielni mieszkaniowej ma prawo otrzymania odpisu statutu i regulaminów oraz kopii uchwał organów spółdzielni i protokołów obrad organów spółdzielni, protokołów lustracji, rocznych sprawozdań finansowych oraz faktur i umów zawieranych przez spółdzielnię z osobami trzecimi. Zatem w sytuacji, w której wszyscy członkowie spółdzielni mieszkaniowych mogą pozyskać informację o przedsiębiorstwie świadczącym usługi wywozu odpadów i o szczegółowych cenach świadczenia usług i wolumenie wywożonych odpadów, trudno uznać, że sama informacja o tym, z jakimi spółdzielniami dany wykonawca współpracuje, jest poufna. W..... B..... wielokrotnie w różnych postępowaniach wykazywał się współpracą ze spółdzielniami mieszkaniowymi, jak do tej pory nie zastrzegając tych informacji.

W ocenie odwołującego wykaz prac i referencje przedłożone w ofercie W..... B..... nie potwierdzają, że wykonawca ten spełnia warunki opisane w pkt 13.I.1.1.b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z tym postanowieniem o zamówienie może ubiegać się wykonawca, który wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu złożenia oferty wykonał lub wykonywał:

- 2 usługi wykonywane wyłącznie na terenach osiedli mieszkaniowych w zakresie wywozu nieczystości gabarytowych, których wartość brutto nie będzie mniejsza niż 350 tys. zł każda,
- 2 usługi wykonywane wyłącznie na terenach osiedli mieszkaniowych w zakresie wywozu i utylizacji nieczystości stałych, których wartość brutto nie będzie mniejsza niż 350 tys. zł każda,
- 2 usługi wykonywane wyłącznie na terenach osiedli mieszkaniowych w zakresie wywozu i utylizacji nieczystości stałych gromadzonych selektywnie, których wartość brutto nie będzie mniejsza niż 50 tys. zł każda.

W..... B..... na potwierdzenie spełnienia tego warunku przedłożył wykaz usług zawierający cztery pozycje oraz trzy referencje (brak dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług wymienionych w pozycji 2. wykazu).

Z załączonych do oferty referencji nie wynika, aby podpisały się pod nimi osoby upoważnione do reprezentacji wystawcy tego dokumentu.

Referencje do usługi nr 1 z 22 listopada 2012 r. potwierdzają wykonanie prac w okresie od 1 stycznia 2010 r. do 31 listopada 2012 r., co jest niemożliwe, gdyż nie można potwierdzić należytego wykonania prac, które nie zostały jeszcze wykonane (tj. w okresie pomiędzy 22 a 30 listopada 2012 r.). Ma to o tyle istotne znaczenie, że z referencji tych wynika wykonanie usług w postaci odbioru odpadów gabarytowych o wartości 350.421,34 zł, a więc zaledwie o 421,34 zł więcej od minimalnego poziomu wymaganego przez zamawiającego. Tym samym kwestia owych kilku dni różnicy może mieć kluczowe znaczenie dla oceny spełnienia warunku z punktu 13.I.1.1.b) tiret pierwszy specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym

bardziej, że, gdyby nie uznać tych referencji, brak jest wykazania się zrealizowaniem dwóch tego rodzaju usług.

W praktyce nie zdarza się w obsłudze spółdzielni, aby jeden podmiot wykonywał usługi opróżniania pojemników, a inny odbioru gabarytów. Biorąc za podstawę 15 % dochodu z gabarytów oznaczałoby to, że W..... B..... obsługuje spółdzielnię o przerobie ponad 2.500.000 zł, natomiast referencje z 1 grudnia 2012 r. nie potwierdzają spełniania tego warunku (z ich treści wynika, że wartość odebranych odpadów gabarytowych wyniosła ponad 35.000,00 zł, a nie ponad 350.000,00 zł, jak to uznał zamawiający). Największą obsługiwaną przez W..... B..... spółdzielnią jest Spółdzielnia Mieszkaniowa im. Gen. Józefa Sowińskiego. W Spółdzielni tej zamieszkuje 4.700 osób, zaś roczne obroty za usługę odbioru odpadów wynoszą ok. 400.000,00 zł netto rocznie, co przy przyjęciu 15% gabarytów przekłada się na wartość usługi odbioru gabarytów ledwie ok. 60.000,00 zł.

Analiza listu referencyjnego z 22 listopada 2012 r. wskazuje, że podane tam wartości prac są całkowicie niewiarygodne, a wręcz nieprawdziwe. Wynika to z następujących wyliczeń. Do analizy realności informacji zawartych w referencjach oparto się na: ilości opróżnień poszczególnych pojemników podanych w liście, czasu trwania zamówienia, przyjęciu cen minimalnych funkcjonujących na rynku za opróżnienie danego rodzaju pojemnika, co daje 1.445.474,00 zł.

Z podanej wartości w liście referencyjnym wynika, że w okresie od 1 stycznia 2010 r. do 30 listopada 2012 r. wartość ta wyniosła 1.149.574,56 zł. Natomiast z powyższego wyliczenia wynika, że wartość ta powinna wynosić minimalnie 1.445.474,00 zł. Zatem nawet przy zastosowaniu cen minimalnych uzyskujemy wartość, nawet bez usługi odbioru gabarytów, wyższą o blisko 300.000,00 zł. W wyliczonej wartości cen minimalnych nie ujmowano usług odbioru gabarytów, które wedle informacji zawartej w liście wynoszą 350.421,30 zł. Jeżeli uwzględnić tę wartość w wyliczeniu szacunkowym, to wynika, że różnica ta wynosi 650.000,00 zł. Oznacza to, że list referencyjny podaje nieprawdziwe informacje.

Z kolei w referencjach z 1 grudnia 2012 r. nie podano ilości odebranych odpadów, a tylko fikcyjne wartości przerobu. Z doświadczenia odwołującego wynika, że koszt odbioru gabarytów od spółdzielni jest albo wliczony w koszt jednostkowy opróżnienia pojemnika, bądź też jako usługa oddzielnie płatna i wynosi średnio od 10 do 15% wartości całej usługi odbioru odpadów. Zatem wartość gabarytów podana w liście referencyjnym jest zawyżona i w żadnej mierze nie powinna przekraczać 126.000,00 zł (15% z 845.000,00 zł).

Wreszcie w referencjach datowanych na 3 grudnia 2012 r. na wartość 380.000,00 zł nie podano zakresu poszczególnych prac, jakie były wykonywane na rzecz odbiorcy usługi i wartości tych prac w odniesieniu do ich poszczególnych zakresów (gabaryty, pojemniki, selektywna zbiórka).

W konsekwencji zamawiający powinien był uznać, że załączone do oferty W..... B..... dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie, jaki określono w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wykluczyć tego wykonawcę z postępowania.

W ocenie odwołującego W..... B..... podał nieprawdziwe informacje, które rzekomo miały potwierdzać spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia. Dane te zostały podane celowo, nie zaś wskutek jakiegokolwiek pomyłki. Nie ma też w tym przypadku mowy np. o rozbieżnościach interpretacyjnych pomiędzy zamawiającym a tym konkretnym wykonawcą. Wykonawca celowo „naciągnął” podane informacje, aby wprowadzić zamawiającego i innych uczestników postępowania w błąd co do tego, że spełnia on warunki ubiegania się o zamówienie. Informacje te miały też niewątpliwie wpływ na wynik postępowania, gdyż skutkowały tym, że wykonawca ten nie został wykluczony z postępowania i umożliwiły mu skuteczne złożenie oferty, a także skutkowały przeprowadzeniem aukcji elektronicznej.

Gdyby uznać, iż na tym etapie postępowania przedwczesne jest ostateczne wykluczenie W..... B....., i tak czynności podjęte przez zamawiającego należy uznać za niegodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem zamawiający powinien był co najmniej wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku lub skorzystania z trybu wyjaśniania powstałych wątpliwości określonego w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Konsekwencją powyższych zarzutów jest także to, że zamawiający bezpodstawnie zaprosił W..... B..... do udziału w aukcji elektronicznej, albowiem, jak wynika z treści art. 91b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaproszenie takie mogą otrzymać jedynie ci wykonawcy, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej jest etapem następczym wobec oceny ofert, a tym samym nie jest możliwe dopuszczenie wykonawcy do udziału w aukcji przed dokonaniem oceny jego oferty. W konsekwencji każda czynność związana z oceną oferty musi być dokonana przed zaproszeniem do udziału w aukcji. Zatem w przypadku uznania, że zamawiający powinien był dokonać któregośkolwiek z tych wezwań, konieczne będzie unieważnienie czynności zaproszenia W..... B..... do udziału w aukcji elektronicznej.

Po odrzuceniu oferty W..... B..... w postępowaniu pozostałyby tylko dwie ważne oferty, więc przeprowadzenie aukcji było niedopuszczalne i stanowiło oczywiste naruszenie art. 91a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Aukcja elektroniczna powinna być unieważniona także wówczas, gdyby uznany został jedynie zarzut zaniechania dokonania przez zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych lub wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, bez

jednoczesnego uznania, że już na tym etapie postępowania powinno nastąpić wykluczenie W..... B..... i odrzucenie jego oferty.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Zamawiający stwierdził, iż odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem jego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, zatem nie zaistniała przesłanka posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, jak też poniesienia szkody. Odwołujący uzyskał zamówienie w zaoferowanej przez siebie cenie, zatem jego interes nie zaznał uszczerbku. Zamawiający nie miał też wpływu na cenę zaoferowaną podczas aukcji. Powołał się na wyroki KIO 1687/12, KIO 1842/12, KIO 718/12 i KIO 524/12.

Nie zgodził się z poglądem, że zastrzeżenie informacji przez W..... B..... było bezprawne, natomiast nawet gdyby zamawiający odtajnił zbyt mało informacji, nie miało to wpływu na wynik postępowania. Odtajnione informacje były wystarczające, aby pozostali wykonawcy mogli stwierdzić, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony.

Co do referencji z 22 listopada 2012 r. – jego zdaniem w tym dniu odbiorca usług mógł mieć już wiedzę o wartości usług wykonanych do 30 listopada 2012 r. (data 31 listopada to, zdaniem zamawiającego, oczywista omyłka w dacie).

Oświadczył, iż za spełniające warunek uznał: usługę nr 1 w zakresie wszystkich trzech części warunku, usługę nr 3 w zakresie odpadów stałych i gromadzonych selektywnie oraz usługę nr 4 dla odpadów gabarytowych.

Zamawiający nie miał podstaw do powzięcia wniosków, że wykonawca złożył mu nieprawdziwe informacje. Przedstawione dokumenty nie budziły wątpliwości, a więc zamawiający nie prosił o ich uzupełnienie ani wyjaśnienie. Ponieważ uznał, że wykonawca spełnia warunki i złożył ofertę zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w konsekwencji zaprosił go do aukcji.

Co do żądania unieważnienia aukcji stwierdził, iż Izba nie może nakazać takiego unieważnienia, ponieważ unieważniałoby to również czynności wykonawców, którzy w ramach aukcji składali swoje oferty.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił W..... B..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W..... B..... wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący stwierdził, iż odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta i tak pozostaje najkorzystniejsza. Istotą sporu jest, czy wykonawca będzie realizował usługę za 402 tys., czy 703 tys. zł. Aukcja ma charakter czynności niepowtarzalnej, zatem postępowanie musiałoby zostać unieważnione, a tym samym odwołujący musiałby wykazać

interes w unieważnieniu postępowania. Zgodnie art. 91c ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wraz ze złożeniem oferty podczas aukcji pierwotna oferta z ceną 703 tys. w zakresie ceny przestała wiązać.

Co do nieuprawnionego utajnienia informacji stwierdził, iż przyjęte jest, że kontrahenci spoza sektora finansów publicznych mogą stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący nie udowodnił, że te konkretne referencje były wcześniej udostępniane w innych postępowaniach. Wartość gospodarczą ma połączenie nazwy kontrahenta, miejsca wykonywania usługi i wartości usługi, nawet więc jeśli łatwy do stwierdzenia jest fakt odbioru odpadów przez pojazdy przystępującego, nie jest to ta sama informacja, która została przez niego utajniona. Przystępujący nie wnosił odwołania w kwestii ujawnienia informacji o wartościach wykonanych usług, ponieważ bez pozostałych dwóch elementów, zwłaszcza nazwy kontrahenta, nie doznaje on jeszcze szkody. Oświadczył, iż te konkretne kontrakty i referencje nie były wcześniej przez niego ujawniane. Również sam wgląd do dokumentów spółdzielni przysługuje tylko spółdzielcom, a nie firmom konkurencyjnym.

Co do zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji – jest to zarzut na tyle daleko idący, że nie ma tu miejsca na podejrzenia, a odwołujący powinien ten fakt dowieść. Natomiast opiera się on jedynie na swoich założeniach dla potrzeb dokonanych przez niego wyliczeń. Warunki udziału w postępowaniu potwierdza się oświadczeniem wykonawcy zawartym w wykazie, a referencje nie muszą zawierać informacji innych niż potwierdzenie należytego wykonania usługi.

Co do referencji do usługi nr 1 – odbiór odpadów gabarytowych nie ma charakteru codziennego, zatem już 22 listopada 2012 r. wystawca referencji mógł wiedzieć, że nie zostaną one zlecone do końca miesiąca. Poza tym, według jego wiedzy, data została wpisana omyłkowo i powinien to być 31 października, a nie 31 listopada.

Również w referencjach co do usługi nr 3 nastąpiła omyka i powinno być 350 tys. zł.

Co do usługi nr 4 – założenie, że wartość odbioru odpadów gabarytowych to około 15%, nie ma podstaw.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do spornej kwestii interesu we wniesieniu odwołania ze względu na to, że oferta odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, należy stwierdzić, iż rzeczywiście, jest to zagadnienie budzące wątpliwości, również w orzecznictwie i piśmiennictwie.

Odwołującemu nie chodzi bowiem o uzyskanie zamówienia, które zostało mu już „przyznane”, lecz o podwyższenie wynagrodzenia, za które będzie świadczył usługę. Z jednej strony więc oczywistym interesem odwołującego jest, by wynagrodzenie to było jak najwyższe, a jego redukcja w czasie aukcji jest dla niego szkodą. Z drugiej jednak, zmiana obecnie powziętej decyzji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z 3 stycznia 2013 r., może sytuację odwołującego w znaczny sposób pogorszyć, a nawet doprowadzić do tego, że nie uzyska on zamówienia w ogóle. Nawet gdyby bowiem unieważnić przeprowadzoną aukcję i powtórzyć etap badania ofert, efektem nie musi być wykluczenie przystępującego z postępowania. Tym samym może okazać się, że ponowną aukcję wygra przystępujący albo trzeci z wykonawców, ewentualnie może ją wygrać odwołujący, ale z ceną niższą niż obecnie. Może też okazać się, że zamawiający w ogóle zdecyduje się unieważnić postępowanie, wychodząc z założenia, że aukcji powtórzyć nie można – jak podnosił przystępujący (Izba nie będzie w tym miejscu rozstrzygać kwestii możliwości powtórzenia aukcji, gdyż jej zdaniem chybiona i zbędna by była ocena czynności, których zamawiający w ogóle nie dokonał).

Podstawą do oddalenia odwołania jest także regulacja art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. brak wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Efektem dokonania przez zamawiającego czynności w sposób, który wskazał odwołujący, byłby bowiem ponowny wybór oferty odwołującego, a zatem powrót do tego samego wyniku postępowania.

W odniesieniu do samych podniesionych zarzutów Izba stwierdziła, co następuje.

Przede wszystkim Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy (przebieg postępowania oraz treść dokumentów), nie jest sporny między stronami.

Podstawą zarzutów było niewykazanie przez W..... B..... spełnienia warunku opisanego w punkcie 13.I.1.1.b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. tego, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał lub wykonywał co najmniej:

- 2 usługi wykonywane wyłącznie na terenach osiedli mieszkaniowych w zakresie wywozu nieczystości gabarytowych, których wartość brutto nie będzie mniejsza niż 350 tys. zł każda,
- 2 usługi wykonywane wyłącznie na terenach osiedli mieszkaniowych w zakresie wywozu i utylizacji nieczystości stałych, których wartość brutto nie będzie mniejsza niż 350 tys. zł każda,

- 2 usługi wykonywane wyłącznie na terenach osiedli mieszkaniowych w zakresie wywozu i utylizacji nieczystości stałych gromadzonych selektywnie, których wartość brutto nie będzie mniejsza niż 50 tys. zł każda.

Przystępujący przedstawił wykaz usług zawierający cztery usługi oraz trzy listy referencyjne. Wszystkie te dokumenty zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający częściowo ujawnił treść tych dokumentów, za wyjątkiem nazw i adresów odbiorców usług, miejsca wykonania usług oraz pieczęci i podpisów osób podpisujących referencje.

W wykazie usług przystępujący przedstawił jedynie globalne wartości usług brutto, natomiast wartości dla poszczególnych rodzajów odpadów wynikają z poszczególnych listów referencyjnych.

Podczas rozprawy zamawiający oświadczył, iż za spełniające postawiony warunek uznał: usługę nr 1 w zakresie wszystkich trzech części warunku, usługę nr 3 w zakresie odpadów stałych i gromadzonych selektywnie oraz usługę nr 4 dla odpadów gabarytowych. Usługi nr 2 w ogóle brał pod uwagę ze względu na niezłączenie do niej dokumentu potwierdzającego jej należyte wykonanie. Nie wzywał też o uzupełnienie tego dokumentu, gdyż pozostałe usługi wystarczały do uznania, że wykonawca posiada wymagane doświadczenie.

Co do wartości usługi nr 3 zamawiający oświadczył, iż ze względu na wartość w zakresie odpadów gabarytowych 35.000 zł, jej również nie zaliczył w poczet doświadczenia dla odpadów gabarytowych.

Tym samym, zdaniem Izby, w obecnej sytuacji dla oceny spełnienia warunku nie ma znaczenia, czy wartość ta została wpisana omyłkowo liczbowo, czy tylko nieprawidłowo przedstawiona graficznie (350 00,00 zł) i nie ma potrzeby ani wyjaśniania, ani uzupełniania tego dokumentu.

Są to referencje wystawione przez przedsiębiorcę (działalność gospodarcza osoby fizycznej) i przez tego przedsiębiorcę zostały podpisane. Zgodnie z publicznie dostępnymi informacjami na temat owego przedsiębiorcy, zajmuje się on odbiorem wskazanych w referencjach rodzajów odpadów.

Nie ma też żadnych podstaw, a w szczególności dowodów, by mniemać, że wystawca referencji oświadczył w nich nieprawdę.

Należy zaś zwrócić uwagę, że kwestionowane przez odwołującego kwoty wynikają nie z samego sporządzonego przez odwołującego wykazu usług, lecz z treści listów referencyjnych, zatem w przygotowanie owych nieprawdziwych czy nieprawidłowych danych musiałyby być zaangażowane wszystkie te podmioty (dotyczy to usług nr 1, 3 i 4).

Co do usługi nr 4 odwołujący wskazał jedynie na swoje wątpliwości co do wartości usługi odbioru odpadów gabarytowych. Również jednak w tym przypadku nie ma podstaw ani dowodów, by uznać, że wystawca referencji oświadczył w nich nieprawdę. Z treści listu wynika, że przystępujący „odbierał odpady gabarytowe z terenu osiedli mieszkaniowych w Warszawie obsługiwanych przez firmę (...). W ramach wykonywanych prac firma BYŚ odbierała i poddawała odzyskowi odpady gabarytowe. Wartość wykonanych prac wyniosła około 380 000,00 zł.” Z treści listu wynika więc, że wartość 380.000 zł odnosi się wyłącznie do odpadów gabarytowych. W treści referencji oraz wykazu usług brak jest też informacji o umowie na odbiór innego rodzaju odpadów (jak w przypadku pozostałych trzech usług). Zostały one wystawione przez spółkę prawa handlowego i podpisane przez prokurenta figurującego w KRS (zgodnie z informacją uzyskaną z Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego). W KRS, w rubryce „Przedmiot działalności” został wskazany m.in. kod i nazwa działalności 90, 00, A, wywóz śmieci i odpadów.

Co do zaniechania ujawnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba stwierdziła, że jako odbiorcy usług nr 3 i 4 zostali wskazani przedsiębiorcy „prywatni”, co do których dopuszcza się możliwość zastrzeżenia pewnych danych, zwłaszcza częściowo – a więc albo ich nazw, albo, częściej, wartości kontraktów, gdyż ujawnienie tych informacji rzeczywiście może spowodować dla wykonawcy szkodę poprzez „podkupienie” kontrahenta. Zamawiający zdecydował się ujawnić wartość kontraktów, zatem nazwa usługobiorcy i miejsce odbioru, podobnie jak nazwisko osoby podpisującej list referencyjny (ponieważ również te informacje mogą pośrednio ujawnić tożsamość odbiorcy), mogą pozostać nieujawnione.

Usługa nr 2 była realizowana na rzecz jednej ze spółdzielni mieszkaniowych, natomiast, jako że nie była w ogóle brana pod uwagę przy ocenie spełniania warunku, również ujawnienie tych informacji obecnie nie ma żadnego znaczenia dla postępowania.

Co do usługi nr 1 – rzeczywiście list referencyjny został opatrzony datą 22 listopada 2012 r., a z jego treści wynika, że wartość zrealizowanych prac została podana dla okresu od 1 stycznia 2010 r. do 31 listopada 2012 r., zatem poświadczenie należytego wykonania prac przynajmniej częściowo może obejmować prace, które w momencie wystawiania listu nie zostały jeszcze wykonane (a tym samym odbiorca nie mógł stwierdzić, a wykonawca udowodnić, że zostały one wykonane w ogóle, a tym bardziej, że należyce).

Kwestia ta nie została podczas rozprawy wyjaśniona ani przez zamawiającego, który jedynie wskazał na jeden z możliwych przebiegów zdarzeń (tj. że cały zakres prac do wykonania do 30 listopada został wykonany już przed 22 listopada), ani przez przystępującego, który stwierdził, że może to być pomyłka w dacie i chodzi o usługi wykonywane do

31 października, a nie 31 (30) listopada. Ta opcja również nie znalazła oparcia w żadnych dowodach. Z drugiej strony nie ma jednak również dowodów na to, by stwierdzić, że przystępujący nie dokonał odbioru odpadów gabarytowych do 22 listopada na wartość 350.421,30 zł, a już zwłaszcza, że wskazane w liście referencyjnym kwoty są nieprawdziwe. Tym samym, dla przejrzystości postępowania, kwestię tę należałoby z wykonawcą wyjaśnić, gdyż zamawiający powinien opierać się na konkretnych informacjach, a nie tylko swoich przypuszczeniach. Byłoby to istotne w szczególności, gdyby zamawiający miał zawrzeć umowę z W..... B..... W obecnej sytuacji nie ma to jednak wpływu na wynik postępowania i umowy, która byłaby zawarta z odwołującym.

Nie stanowi również, zdaniem Izby, podstawy do stwierdzenia konieczności unieważnienia aukcji. Trudno też, w sumie, uznać, że zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny, że przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, bowiem nawet mankament w postaci rozbieżnych czy niejednoznacznych dat nie zmienia tego, że wystawca referencji wskazał na konkretną kwotę wyższą niż wymagane 350.000 zł. Referencje zostały podpisane przez kierownika administracji (ze wskazaniem numeru jego licencji zarządcy nieruchomości). Jak przy pozostałych usługach, tu również nie ma dowodów, że osoba ta poświadczyła nieprawdę.

Co do samego podmiotu, w którego imieniu list referencyjny został wystawiony, z jego nazwy wynika, że jest to spółdzielnia mieszkaniowa, jednak żadna ze wskazanych przez odwołującego, tj. których referencje przystępujący ujawnił w innych postępowaniach (zresztą również żaden z pozostałych odbiorców usług zawartych w wykazie nie znajdował się wśród wskazanych przez odwołującego). W związku z tym prawdopodobne jest, że odbiorca usługowych informacji w ogóle nie chroni jako zawierających jakąkolwiek tajemnicę, zatem nie posiadają one cech tajemnicy przedsiębiorstwa. Ze statutu spółdzielni (dostępnego na jej stronie internetowej) wynika jednak, że może ona również zarządzać nieruchomościami nie stanowiącymi jej mienia lub mienia jej członków na podstawie umowy zawartej z właścicielami tych nieruchomości. W treści listu referencyjnego jest nawet mowa o „osiedlach będących w zarządzie” – zatem może mieć tu miejsce również taka sytuacja. Jednak w chwili orzekania żadnej z tych możliwości nie stwierdzono jako faktu. Samo zaś ewentualne przyszłe ujawnienie tych informacji przez zamawiającego nie ma obecnie adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego z wynikiem postępowania, bowiem ani nie oznacza, że w liście referencyjnym administrator zawarł nieprawdziwe informacje, ani że zmianie ulegną podane w nim kwoty.

Tym samym Izba nie stwierdziła, aby w obecnym stanie sprawy ujawniły się okoliczności, które wskazywałyby na konieczność wykluczenia W..... B..... w oparciu o art. 24

ust. 2 pkt 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji – unieważnienia oceny jego oferty oraz unieważnienia przeprowadzonej aukcji elektronicznej.

Wyjaśnienie przez zamawiającego budzących wątpliwości kwestii byłoby działaniem oczekiwanym i pozytywnie ocenionym przez Izbę, jednak w obecnie istniejącej w postępowaniu sytuacji, Izba nie uznała za konieczne nakazywanie zamawiającemu tych czynności.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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: