

Sygn. akt: KIO 1788/15

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę Eurotab spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dołujach w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Stołeczne Warszawa

przy udziale wykonawcy INWEN P. Ć., M. K., M. S. spółka jawna w Piastowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Eurotab spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dołujach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Eurotab spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dołujach 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 w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Miasto Stołeczne Warszawa (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na dostawę tablic rejestracyjnych dla Urzędu m.st. Warszawy na lata 2015-2017.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 8 sierpnia 2015 r., poz. 2015/S 152-280033 Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 18 sierpnia 2015 r. Eurotab spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Dołujach (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z § 1 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 231) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: Rozporządzenie ws. dokumentów) i art. z art. 41 ust 1 ustawy o odpadach (Dz. U. z 2013r., poz. 21 ze zm.) poprzez wymaganie od wykonawców posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów w sytuacji, w której przedmiot zamówienia nie wymaga legitymowania się takimi uprawnieniami, co bezpośrednio narusza art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych godząc w zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 22 ust. 4 Prawa zamówień publicznych i art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez sformułowanie nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia i godzących w zasadę uczciwej konkurencji warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawców,
- 3) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez niejednoznaczny i nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia uniemożliwiający wykonawcom ocenę faktycznego zakresu dostaw i towarzyszących im usług, a w konsekwencji rzetelną kalkulację ceny, co godzi w zasadę uczciwej konkurencji,
- 4) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych samoistnie poprzez objęcie zakresem zamówienia dostaw i usług niepowiązanych, co narusza zasady uczciwej konkurencji

- ograniczając istotnie katalog podmiotów mogących ubiegać się o wykonanie zamówienia,
- 5) art. 45 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez żądanie wadium w niedopuszczalnej wysokości,
- 6) art. 91 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zastosowanie kryterium „termin dostaw interwencyjnych” w sposób faworyzujący wykonawców lokalnych, co godzi w zasady uczciwe; konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści ogłoszenia i SIWZ poprzez:

- 1) rezygnację z wymogu posiadania przez wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów (art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach),
- 2) złagodzenie warunku dopuszczenia do udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia poprzez wprowadzenie obowiązku wykazania się przez wykonawcę minimalnym doświadczeniem obejmującym dostawę 300 000 tablic rejestracyjnych rocznie lub alternatywnie: 700 000 tablic rejestracyjnych w ostatnich 3 latach na podstawie zakończonych i obowiązujących umów bez względu na to w ramach ilu kontraktów ww. dostawy zostały lub są wykonywane,
- 3) zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez doprecyzowanie obowiązków wykonawcy w zakresie likwidacji wycofanych z użycia tablic oraz czyszczenia i usuwania nalepek z tablic tymczasowych, w szczególności podanie przez Zamawiającego szacowanego zapotrzebowania na ww. usługi w okresie realizacji zamówienia oraz umożliwienie kalkulacji ceny w ww. zakresie w formularzu ofertowym,
- 4) zmianę wysokości wadium maksymalnie na kwotę 150 000 zł,
- 5) zmianę kryterium oceny ofert „termin dostaw interwencyjnych” w sposób skutkujący przyznaniem 2 punktów za czas dostawy do 48 godzin, nie zaś 24 godzin,
- 6) zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według spisu przedstawionego na rozprawie.

Alternatywnie, na wypadek, gdyby Zamawiający zawarł umowę ws. przedmiotowego zamówienia publicznego, wnosił na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 Prawa zamówień publicznych o unieważnienie umowy w całości oraz o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według spisu przedstawionego na rozprawie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił zarzuty 1-3 podniesione w odwołaniu (naruszenia art. 22 ust. 1 i 4 oraz 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych), w związku z czym dokonał zmiany ogłoszenia i SIWZ. Odwołujący oświadczył na rozprawie,

że satysfakcjonuje go sposób uwzględnienia zarzutów nr 1 i 3, natomiast zmiana ogłoszenia i SIWZ w związku z zarzutem nr 2 nie czyni zadość żądaniu odwołania, bowiem nadal wiąże ilość dostarczonych tablic z ilością kontraktów.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca INWEN P. Ć., M. K., M. S. spółka jawna w Piastowie (dalej: Przystępujący). Izba, wbrew opozycji Odwołującego wobec zgłoszenia przystąpienia, uznała, że zgłaszający przystąpienie ma interes w rozstrzygnięciu niniejszego odwołania na korzyść Zamawiającego. Interes w przystąpieniu jest rozumiany szeroko i na etapie kwestionowania postanowień SIWZ nie można znaleźć powodów, aby odmówić zgłaszającemu przystąpienie prawa do obrony, dotychczasowych postanowień SIWZ, sformułowanych zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

W ocenie składu orzekającego, Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania, dotyczącego doświadczenia zawodowego, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w pierwotnej wersji ogłoszenia i SIWZ (odpis ogłoszenia, SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach postępowania) żądał, aby wykonawcy wykazali, że „w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali lub wykonują minimum 2 dostawy tablic rejestracyjnych, w asortymencie nie mniejszym niż objętym niniejszym postępowaniem, obejmujące minimum 300 000 sztuk tablic każda. Zamawiający uzna każdą wykazaną wykonywaną dostawę w ramach umowy nie zakończonej przed terminem składania ofert, jeżeli wielkość wykonanej już do tego terminu dostawy jest nie mniejsza niż 300 000 sztuk tablic”.

Odwołujący w odwołaniu wnosił o „złagodzenie warunku dopuszczenia do udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia poprzez wprowadzenie obowiązku wykazania się przez wykonawcę minimalnym doświadczeniem obejmującym dostawę 300 000 tablic rejestracyjnych rocznie lub alternatywnie: 700 000 tablic rejestracyjnych w ostatnich 3 latach na podstawie zakończonych i obowiązujących umów bez względu na to w ramach ilu

kontraktów ww. dostawy zostały lub są wykonywane”.

W dniu 26 sierpnia 2015 r. Zamawiający zmienił ogłoszenie (i później – także SIWZ) w odniesieniu do doświadczenia zawodowego wymaganego od wykonawcy w następujący sposób: „w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonali lub wykonują minimum 1 dostawę tablic rejestracyjnych, w asortymencie nie mniejszym niż objętym niniejszym postępowaniem, obejmującą minimum 300 000 sztuk tablic”.

Analizując tak ustalony stan faktyczny, Izba doszła do wniosku, że z uwagi na sformułowanie w odwołaniu żądania, Zamawiający mógł być przekonany, że – zmieniając SIWZ i ogłoszenie - uwzględnił żądanie w całości w sposób satysfakcjonujący Odwołującego. Dokonana przez Zamawiającego zmiana brzmi niemal tak samo, jak żądanie odwołania do spójnika „lub” (wydaje się, że - jeżeli było to sformułowania żądania alternatywnego - to w odwołaniu powinien być użyty spójnik „albo”). Ponieważ w pierwszej części żądania została użyta liczba pojedyncza („dostawa”; przy czym nie było powodów, aby pojęcie rozumieć inaczej, niż zgodnie z definicją zawartą w Prawie zamówień publicznych), a w drugiej części (alternatywnej) nie użyto ani jednego przecinka, można wnosić, że określenie „na podstawie zakończonych i obowiązujących umów bez względu na to w ramach ilu kontraktów ww. dostawy zostały lub są wykonywane” odnosić się ma tylko do tablic w ilości po spójniku (700 000 tysięcy), a więc tylko w odniesieniu do żądania alternatywnego.

Pomijając okoliczność, że Zamawiający mógł być przekonany, że uwzględnił przedmiotowy zarzut zgodnie z żądaniem odwołania, należy uznać, że w zakresie wykraczającym poza zakres uwzględniony, Odwołujący nie miał racji, twierdząc, że Zamawiający nie ma prawa, opisując warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia zawodowego, wiązać ilości dostarczonych tablic z ilością kontraktów. Słuszne jest twierdzenie Zamawiającego, że może oczekiwać zrealizowania zamówień o podobnej skali – zgodnie z art. 22 ust 4 Prawa zamówień publicznych, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zatem Zamawiający ma prawo wymagać, jako posiadanego doświadczenia zawodowego, realizacji co najmniej jednej dostawy o rozmiarze zbliżonym do przedmiotu zamówienia, rodzajowo podobnej. Nie było sporne, że przedmiotem zamówienia jest dostawa ponad 700 000 tablic rejestracyjnych w ciągu dwóch lat, dlatego postawiony przez Zamawiającego wymóg jednej dostawy 300 000 tablic nie jest ani nadmierny, ani wygórowany, ani niezwiązany z przedmiotem zamówienia.

Ocena prawidłowości opisu spełnienia warunku udziału w postępowaniu odbywa się wyłącznie w oparciu o art. 22 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, dlatego nie mają znaczenia dowody powoływane przez Odwołującego – tj. nie ma znaczenia, że inni zamawiający nie stawiają takich wymagań, jak Zamawiający w niniejszym postępowaniu, oraz nie ma znaczenia, jaki jest rozmiar zamówień realizowanych przez wykonawcę (realizowanie niewielkich ilościowo dostaw na podstawie wielu umów). Odwołujący nie wykazał, że opis warunku udziału w postępowaniu prowadzi do naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zachwiania uczciwej konkurencji. Zasadniczo kwestionował on wyłącznie, że sam warunku opisanego przez Zamawiającego nie spełnia – jednak fakt, że dany wykonawca nie jest zdolny do realizacji zamówienia (choćby sam subiektywnie był przekonany o własnej zdolności) nie może przesądzać, że warunek został postawiony w sposób wygórowany. Wobec powyższego, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 Prawa zamówień publicznych i art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący podnosił również zarzut naruszenia „art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych samoistnie poprzez objęcie zakresem zamówienia dostaw i usług niepowiązanych, co narusza zasady uczciwej konkurencji ograniczając istotnie katalog podmiotów mogących ubiegać się o wykonanie zamówienia”, jednak nie podtrzymywał go na rozprawie, dlatego Izba go nie rozpatrywała. Należy tylko zauważyć, że Zamawiający miał rację, iż zarzut w tym zakresie sformułowany w odwołaniu nie wskazywał żadnej podstawy faktycznej, i nie wiązał naruszenia art. 7 ust. 1 z żadnym konkretnym przepisem, dlatego w związku z tak postawionym zarzutem, trudno byłoby się dopatrzeć jakiegokolwiek naruszenia.

Odwołujący zarzucał także naruszenie art. 45 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez żądanie wadium w niedopuszczalnej wysokości, i żądał jego obniżenia z 200 000 zł na 150 000 zł. Odwołujący jednak w odwołaniu nie kwestionował oszacowanej przez Zamawiającego wysokości wartości zamówienia, dlatego nie wynika z odwołania, na czym naruszenie miałoby polegać (mogłoby polegać np. na błędzie arytmetycznym w obliczeniu wysokości wadium w proporcji do przedmiotu zamówienia czy przekroczeniu dopuszczalnej wartości procentowej w odniesieniu do wartości przedmiotu zamówienia). Nie można też wywnioskować z odwołania, dlaczego obniżenie wadium, zgodnie z żądaniem odwołania, o 50 000 zł, przy takim rzędzie pierwotnej wysokości wadium, miałoby istotne znaczenie praktyczne. Odwołujący na rozprawie nie miał racji, wywodząc z zasady postępowania sądowego, że Izba powinna wyinterpretować z całokształtu odwołania zarzuty podlegające rozpatrzeniu. Postępowanie odwoławcze jest uregulowane przepisami Prawa zamówień

publicznych i przepisami wykonawczymi do ustawy. Izba rozpatruje odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów w nim postawionych i nie może orzekać ponad odwołanie (zgodnie z art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu). Jednoznacznie przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie, że prawidłowo postawiony zarzut odwołania składa się z podstawy prawnej – wskazania przepisu, który został naruszony oraz podstawy faktycznej – opisu okoliczności uzasadniających, że doszło do naruszenia. Jeżeli brak uzasadnienia podnoszonego w odwołaniu zastrzeżenia wobec czynności czy zaniechań Zamawiającego i przypisania mu skonkretyzowanej podstawy prawnej, nie można w ogóle mówić o postawieniu zarzutu nadającego się do rozpatrzenia w postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący podnosił zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zastosowanie kryterium „termin dostaw interwencyjnych” w sposób faworyzujący wykonawców lokalnych, co godzi zdaniem Odwołującego w zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji, Odwołujący wnosił o zmianę kryterium oceny ofert „termin dostaw interwencyjnych” w sposób skutkujący przyznaniem 2 punktów za czas dostawy do 48 godzin, nie zaś 24 godzin.

Izba ustaliła, że Zamawiający wskazał następujące kryteria oceny ofert: cena – z wagą 98%, termin dostaw interwencyjnych – z wagą 2%. W kryterium pozacenowym Zamawiający przewidział, że przyzna 2 punkty za zaoferowanie terminu dostaw interwencyjnych do 24 h od złożenia zamówienia, 0 punktów – za zaoferowanie terminu do 48 godzin (pkt 26.2 SIWZ). Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu definicji terminu dostaw interwencyjnych, podanej w § 2 ust. 2 pkt 2 umowy stanowiącej załącznik do SIWZ, ani – co do istoty - zasadności takich dostaw. Wyłącznie postulując wydłużenie premiowanego terminu, podważał prawidłowość punktowania 24-godzinnego terminu dostaw w kryterium pozacenowym. Jedyne argumenty, który Odwołujący podnosił, to preferowanie przez Zamawiającego wykonawców lokalnych przez punktację w omawianym kryterium.

Nie można zaakceptować stanowiska Odwołującego. Po pierwsze, punktacja przewidziana przez Zamawiającego nie wyklucza żadnego z wykonawców z kręgu podmiotów mogących się ubiegać o udzielenie zamówienia, a jedynie przyznaje preferencje szybkiej dostawie. Odwołujący nie wykazał, że dostawa w terminie 24 godzin jest utrudniona czy wręcz niemożliwa. Oczywiście jest, że w każdym przypadku wykonawca, który posiada zakład produkcyjny bliżej punktu dostarczenia tablic, ma większe szanse na szybsze dostarczenie zamówienia, ale jest to oczywiste w przypadku każdej dostawy. Nie oznacza to jednak, że preferowanie szybkiego terminu dostawy prowadzi do ograniczenia konkurencji.

Zgodnie z art. 91 ust 2 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający może określić w kryterium pozacenowym punktowanie terminu wykonania zamówienia. Skoro jest to możliwe w odniesieniu do całego zamówienia, dopuszczalne jest również dla jego elementów. W konsekwencji nie można uwzględnić zarzutu podnoszonego w odwołaniu.

Konkludując, Izba nie stwierdziła, że doszło do któregośkolwiek naruszenia Prawa zamówień publicznych spośród podlegających rozpatrzeniu, a podnoszonych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....