

Sygn. akt: KIO 2363/15

**WYROK**  
**z dnia 16 listopada 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2015 r. przez wykonawcę **J. Z., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z. z siedzibą w Gliniance** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

- A. wykonawcy **W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą "BYŚ" z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **AG-COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- C. wykonawcy **Polsuper Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę J. Z., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z. z siedzibą w Gliniance i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z. z siedzibą w Gliniance;

2.2. zasądza od wykonawcy J. Z., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z. z siedzibą w Gliniance na rzecz Zarządu Oczyszczania Miasta z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Zarząd Oczyszczania Miasta w Warszawie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. *Opróżnianie koszy na terenie m.st. Warszawy*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 20 sierpnia 2015 r. 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 sześciu częściach.

W dniu 30 października 2015 r. J. Z., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą PPHU Lekaro J. Z. w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, zarzucała Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 91b ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez LEKARO w zakresie części 1, 2 i 3;
- 2) art. 91b ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania LEKARO do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie zadań nr 1, 2 i 3 ewentualnie
- 3) art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania (następnie na rozprawie tenże zarzut Odwołujący ograniczył do części 1, 2, 3, cofając go w odniesieniu do części 4, 5, 6).

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym unieważnienie czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji i unieważnienie samej aukcji;
  - 2) powtórzenie aukcji elektronicznej w zakresie części 1-3;
  - 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
  - 4) zaproszenie LEKARO do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie części 1, 2 i 3;
- ewentualnie (w razie nieuwzględnienia ww. żądań): unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wyjaśniał, że pismem z dnia 21.10.2015 r., Zamawiający poinformował go o odrzuceniu złożonych przez niego ofert w zakresie wszystkich części zamówienia. Jako podstawę odrzucenia wskazano art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, w związku ze złożeniem ofert na większą liczbę części, niż wskazana w treści SIWZ maksymalna ilość.

Odwołujący podnosił, iż jak wynika z treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ Zamawiający nie określił w nich konsekwencji złożenia przez wykonawców ofert na więcej niż trzy części zamówienia. Z kolei, skutki złożenia ofert na więcej części niż określona w SIWZ liczba maksymalna nie wynikają z przepisów Prawa zamówień publicznych, a w szczególności z treści art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Prawa zamówień publicznych. W tych okolicznościach odrzucenie ofert złożonych przez Odwołującego nie znajdowało podstaw prawnych.

Uwzględniając powyższe, w pełni uzasadnione jest przyjęcie jedynej możliwej – w ocenie Odwołującego - wykładni treści ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ oraz przepisów Prawa zamówień publicznych, iż konsekwencją złożenia ofert na więcej części, niż określone w SIWZ maksimum, jest odrzucenie ofert złożonych na te części, które wykraczają poza to maksimum. W tych okolicznościach odrzucenie ofert na części 4-6 nie znajduje podstaw prawnych.

Zamawiający, zdaniem Odwołującego, winien był określić w treści SIWZ sposób postępowania na wypadek złożenia przez wykonawców ofert na większą liczbę części, niż określone w SIWZ maksimum. Brak postanowień w tym zakresie nie może jednak pociągać za sobą negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. W tej sytuacji konieczne jest, zdaniem Odwołującego, zastosowania jedyne go możliwego kryterium o charakterze obiektywnym, zgodnie z którym przyjęciu podlegają oferty złożone na trzy pierwsze części zamówienia. W przypadku oferty złożonej przez LEKARO odrzuceniu podlegałyby jedynie oferty złożone na części 4, 5 i 6.

Ponadto wskazywał, że w treści ogłoszenia o zamówieniu w ogóle nie pojawiły się postanowienia dotyczące możliwości złożenia ofert na nie więcej, niż 3 części zamówienia. Stosownie do treści art. 83 ust. 3 Prawa zamówień publicznych wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba, że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. W sekcji 11.1.8) ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wprost wskazał, że dopuszcza możliwość złożenia ofert na jedną lub więcej części, a zatem nie skorzystał zdaniem Odwołującego - z możliwości określenia maksymalnej liczby części zamówienia na które można złożyć oferty częściowe. Określenie liczby tych części jedynie w SIWZ jest – w ocenie Odwołującego - niewystarczające.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy W. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "BYŚ" z siedzibą w Warszawie, AG-COMPLEX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Polsuper Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie. Izba uznała, że czynnością, którą podważał Odwołujący odwołaniem, jest odrzucenie jego oferty przez Zamawiającego, z podaniem podstawy faktycznej i prawnej, i od daty tej czynności biegł termin do zakwestionowania jej odwołaniem.

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 - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby powtórzona aukcja elektroniczna w częściach od 1-3 postępowania, Odwołujący uzyskałby szansę na uzyskanie w tych częściach zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny w sprawie nie był sporny: Odwołujący złożył oferty w sześciu (wszystkich) częściach postępowania, mimo że Zamawiający na podstawie art. 83 ust. 3 Prawa zamówień publicznych określił, jako trzy, maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego we wszystkich częściach postępowania.

Odwołujący argumentował, że Zamawiający nie określił w ogłoszeniu liczby maksymalnej liczby części, na które jeden wykonawca może złożyć ofertę, a określił tę liczbę dopiero w SIWZ, przy czym nie określił w SIWZ konsekwencji złożenia ofert na więcej części, niż maksymalna, czego rezultatem, jego zdaniem, powinien być brak podstawy prawnej do odrzucenia ofert Odwołującego we wszystkich częściach zamówienia.

Skład orzekający stwierdził, że argumentacja w zakresie dotyczącym treści ogłoszenia i SIWZ jest spóźniona (art. 182 ust. 2 Prawa zamówień publicznych).

Niezależnie od tej konstatacji, nie można nie dostrzec, że Zamawiający wypełnił formularz ogłoszenia zgodnie ze wzorem (w pkt II.1.8 ogłoszenia można zaznaczyć tylko jedną z trzech opcji: oferty można składać w odniesieniu do 1) tylko jednej części, 2) jednej lub więcej części 3) wszystkich części – Zamawiający zaznaczył opcję nr 2). Skoro Zamawiający nie zaznaczył, że można złożyć ofertę na jedną albo wszystkie części, a zaznaczył inną opcję, to znaczy że ofertę można złożyć tylko w kilku częściach zamówienia. Zatem ogłoszenie i SIWZ nie były ze sobą sprzeczne.

Odwołujący twierdził, że brak podania w SIWZ konsekwencji złożenia ofert w większej liczbie części, niż określona przez Zamawiającego jako maksymalna, powoduje, że ofert nie można odrzucić – jego zdaniem „konsekwencją złożenia ofert na więcej części niż określone w SIWZ maksimum, jest odrzucenie ofert złożonych na te części, które wykraczają poza to maksimum. W tych okolicznościach odrzucenie ofert na części 4-6 nie znajduje podstaw prawnych.”.

W ocenie Izby nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego. Gdyby zaakceptować jego wywody, to ograniczanie przez Zamawiającego liczby części postępowania, na które może złożyć w postępowaniu ofertę jeden wykonawca, nie prowadziłoby do żadnych konsekwencji, a przepis art. 83 ust. 3 Prawa zamówień publicznych byłby przepisem martwym. Zdaniem składu orzekającego nie ma żadnych podstaw do wyboru - już po złożeniu ofert w postępowaniu – przez Zamawiającego części, w których zaakceptuje oferty złożone ponad określoną maksymalną liczbę części. Kryterium pierwszych trzech części postępowania zaproponowane przez Odwołującego nie jest obiektywnym kryterium – równie dobrze można byłoby wskazywać inne kryteria obiektywne: ograniczenie liczby ofert przez losowanie, bądź ograniczenie do części parzystych, czy nieparzystych etc. Wybór części, w których złożono oferty niepodlegające odrzuceniu (i odrzucenie ofert w pozostałych częściach) byłby w ocenie składu orzekającego niedozwoloną modyfikacją ofert po ich złożeniu. Zdaniem Izby nie ma również podstaw do wymagania przez Odwołującego określenia przez Zamawiającego w SIWZ konsekwencji złożenia ofert w większej ilości części, niż maksymalna liczba części określona przez Zamawiającego, ponieważ brak ku temu delegacji ustawowej.

Izba również podziela przytoczone przez Zamawiającego stanowisko Rzecznika Generalnego (opinia z dnia 8 września 2015 r.) zajęte w sprawie pytania nr 7, skierowanego przez Izbę w trybie prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w Luksemburgu w sprawie sygn. akt KIO 1014/14. Rzecznik Generalny stwierdził mianowicie:

„48. Podanie informacji dotyczącej kolejności zaliczania części objętych ofertą, po złożeniu ofert, nie jest moim zdaniem jedynie uściśleniem, lecz materialną zmianą oferty. Dopuszczenie takiej praktyki stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Taka

sytuacja nie jest objęta katalogiem wyjątkowych okoliczności, w których dopuszczalne jest wyjaśnienie ofert.

49. Tym samym jestem zdania, że na pytanie siódme należy odpowiedzieć w ten sposób, że gdy dopuszczalne jest złożenie oferty co do części zamówienia, wyrażona w art. 2 dyrektywy 2004/18 zasada równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców stoi na przeszkodzie zadeklarowaniu przez wykonawcę, po złożeniu oferty, do której części zamówienia należy przypisać wskazane przez niego zasoby mające służyć wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.”.

Izba zgadza się ze stwierdzeniem, że ograniczenie części (niezależnie od tego, czy nastąpiłoby ono na skutek działania Zamawiającego, czy wykonawcy), w których złożono oferty, po otwarciu ofert, prowadziłoby wprost do naruszenia podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, a mianowicie zasady równego traktowania wykonawców. Takie samo stanowisko zajęła Izba w wyroku sygn. akt KIO 208/15, zapadłym w podobnym stanie faktycznym. W niniejszym postępowaniu została przeprowadzona aukcja elektroniczna, i Odwołujący, w razie nieodrzczenia jego oferty postępowania i powtórzenia aukcji elektronicznej (zgodnie z jego żądaniem – w częściach 1-3 postępowania), miałby pełną wiedzę o postąpieniach dokonanych przez pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w danych częściach.

Odwołujący w związku z pytaniem do ETS w podobnej sprawie wnosił o odroczenie rozprawy na podstawie § 27 ust. 1 regulaminu w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, jednak Izba oddaliła ten wniosek, ponieważ brak wyraźnej podstaw prawnej do odroczenia wydania orzeczenia w takich okolicznościach.

Reasumując, Izba nie dopatrzyła się naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych wskazywanych przez Odwołującego 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:**

.....