

Sygn. akt KIO/UZP 389/08

WYROK
z dnia 9 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Vivena Sp. z o.o., Wrocław, Pl. Stanisława Staszica 30** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Regionalne Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A., Tychy, Al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 12** protestu z dnia 9 kwietnia 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** – po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowne dokonanie czynności badania i oceny oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża **Regionalne Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A., Tychy, Al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 12**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Vivena Sp. z o.o., Wrocław, Pl. Stanisława Staszica 30**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 711 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy siedemset jedenaście) przez **Regionalne Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A., Tychy, Al. Marszałka Józefa Piłsudskiego 12** na rzecz **Vivena Sp. z o.o., Wrocław, Pl. Stanisława Staszica 30**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu, kosztów zastępstwa prawnego i kosztów dojazdu;
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Vivena Sp. z o.o., Wrocław, Pl. Stanisława Staszica 30**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalne Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A., Regionalne Centrum Gospodarki Wodno-Ściekowej S.A. wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na: Wywóz zagospodarowanie ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 z terenu Oczyszczalni Ścieków w Tychach-Urbanowicach. Ogłoszenie ukazało się 07.03.2008 r. w Dz. U. U. E. 2008/S 47-065181.

Termin składania ofert upłynął 02.04.2008 r. Zamawiający podał kwotę 1 551 500,00 zł. Złożono 3 oferty – 1 wykonawcę wykluczono, a ofertę uznano za odrzuconą i ponadto 1 ofertę odrzucono.

Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty 04.04.2008 r.

VIVENA Sp. z o.o. złożyła protest 10.04.2008 r. (pismo z 09.04.2008 r.) na:

- 1) zaniechanie przez Zamawiającego czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu firmy Komis i Handel Maszynami Rolniczymi Sebastian Trzensiok na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp w związku z brakiem wykazania doświadczenia wymaganego dla wykonania zamówienia oraz na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z brakiem złożenia przez tego wykonawcę prawidłowych dokumentów wymaganych na podstawie punktu VI ust. 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. referencji co najmniej dwóch podmiotów, od których Wykonawca średniodobowo odbierał co najmniej 80 Mg osadów ściekowych w okresie ostatnich trzech lat przez nieprzerwany okres co najmniej 12 miesięcy, to jest referencji zawierających wszystkie elementy tam określone;
- 2) dokonanie czynności wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez firmę Komis i Handel Maszynami Rolniczymi Sebastian Trzensiok jako najkorzystniejszej, choć zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp powinna ona zostać uznana za odrzuconą;
- 3) zaniechanie przez Zamawiającego unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, w związku z faktem, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Protestujący żądał:

- 1) wykluczenia z postępowania firmy Komis i Handel Maszynami Rolniczymi Sebastian Trzensiok zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- 2) uznania oferty firmy Komis i Handel Maszynami Rolniczymi Sebastian Trzensiok za odrzuconą zgodnie z 24 ust. 4 Pzp;
- 3) unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Interes prawny Protestującego: W związku z rażącym naruszeniem wskazanych w Proteście przepisów prawa, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z

prawem i uniemożliwieniu Protestującemu dalszego ubiegania się o uzyskanie zamówienia, interes prawny Protestującego we wniesieniu protestu jest uzasadniony.

A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o. wniosła protest 11.04.2008 r. i przystąpiła do postępowania toczącego się w wyniku protestu 14.04..2008 r.

Zamawiający oddalił protest w całości 21.04.2008 r. (poniedziałek).

Protestujący wniósł odwołanie w dniu 25.04.2008 r. (piątek) przez złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego. Odwołanie wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych 28.04.2008 r. Podobnie Odwołujący postąpił z kopią odwołania do Zamawiającego; ponadto Odwołujący 25.04.2008 r. przesłał do Zamawiającego kopię odwołania faksem.

Odwołanie było skierowane przeciw:

- 1) zaniechaniu przez Zamawiającego dokonania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu firmy Komis i Handel Maszynami Rolniczymi Sebastian Trzensionka na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp w związku z brakiem wykazania doświadczenia wymaganego dla wykonania zamówienia oraz na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w związku z brakiem złożenia przez tego wykonawcę prawidłowych dokumentów wymaganych na podstawie punktu VI ust. 6 specyfikacji, tj. referencji co najmniej dwóch podmiotów, od których Wykonawca średniodobowo odbierał co najmniej 80 Mg osadów ściekowych w okresie ostatnich trzech lat przez nieprzerwany okres co najmniej 12 miesięcy, to jest referencji zawierających wszystkie elementy tam określone;
- 2) naruszeniu art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie dokonania czynności uznania za odrzuconą oferty Komis i Handel Maszynami Rolniczymi Sebastiana Trzensionka;
- 3) dokonaniu czynności wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez firmę Komis i Handel Maszynami Rolniczymi Sebastian Trzensionka jako najkorzystniejszej, choć zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp powinna ona zostać uznana za odrzuconą;
- 3) zaniechaniu przez Zamawiającego unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, w związku z faktem, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) wykluczenie z postępowania firmy Komis i Handel Maszynami Rolniczymi Sebastian Trzensionka zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- 2) uznanie oferty firmy Komis i Handel Maszynami Rolniczymi Sebastian Trzensionka za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp;
- 3) unieważnienie postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp;
- 4) przyznanie kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyniku.

Interes prawny Odwołującego: W związku z rażącym naruszeniem wskazanych w Odwołaniu przepisów prawa, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty niezgodnie z prawem i uniemożliwia Odwołującemu dalszego ubiegania się o uzyskanie zamówienia, interes prawny Odwołującego we wniesieniu odwołania jest uzasadniony.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, ofert i przesłuchania stron. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Pogląd ten jest zbieżny z tym, który został wskazany w przypisie do komentarza do art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zawartym na stronie 504 „Prawa zamówień publicznych. Komentarz” pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, UZP 2007 r. cyt. „[...] w państwach Wspólnoty Europejskiej uznanie zyskuje kierunek orzecznictwa ETS, według którego interes prawny należy rozumieć szerzej jako interes wyrażający się w możliwości zyskania zamówienia, nie tylko w konkretnym postępowaniu. Interes prawny może być także rozważany pod kątem prawa żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.”.

Słusznie też zauważył Odwołujący, że odmawiając interesu prawnego w takich sytuacjach, zamawiający po odrzuceniu wszystkich pozostałych ofert mogliby wybierać dowolną ofertę. Interes prawny Odwołującego polega na tym, że w nowym postępowaniu mógłby właściwie, bez omyłek zredagować ofertę i starać się o wygranie przetargu.

Ponadto, zdaniem składu orzekającego Izby, nie może być brany pod uwagę argument braku interesu prawnego, gdy zaferowana przez Odwołującego cena jest wyższa niż kwota, jaką zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 Pzp). Szczególnie, gdy Zamawiający nie wykazał, że nie ma możliwości uzyskać wyższej kwoty na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że w rozpatrywanym przypadku Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że mimo postawienia warunku na wykazanie właściwego doświadczenia w załączniku nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (będącym integralną częścią specyfikacji) wykazania spełnienia usług polegających cyt. „[...] na nieprzerwanym odbiorze osadów ściekowych przez okres co najmniej 12 miesięcy”, nie wymagał tego od wybranego wykonawcy Komis i Handel Maszynami Rolniczymi Sebastian Trzensiok. Referencje wystawione 02.01.2008 r. przez

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Gliwicach nie obejmuje pełnych 12 miesięcy, gdyż – zgodnie z wykazem – świadczenie usługi wywozu osadów zaczęło się 28.04.2007 r. Tak samo list referencyjny wystawiony 19.09.2007 r. przez Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Katowicach nie obejmuje 12 miesięcy, gdyż – zgodnie z wykazem – świadczenie usługi wywozu osadów zaczęło się 27.03.2007 r.

Krajowa Izba Odwoławcza uznaje za zasadny zarzut Odwołującego nieprzedstawienia przez wybranego wykonawcę właściwych dokumentów uzasadniających stwierdzenie spełnienia warunku wykazania właściwego doświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla, że obowiązkiem Zamawiającego jest zastosowanie się do unormowania art. 26 ust. 3 Pzp i wezwanie wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli odpowiednich oświadczeń lub dokumentów lub którzy złożyli dokumenty zawierające błędy, do ich uzupełnienia tych dokumentów lub oświadczeń w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska Odwołującego i stoi na stanowisku, że informacja wystawiającego referencję (Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Gliwicach) o wytwarzaniu około 50 Mg osadów ściekowych na dobę i oświadczenie Wykonawcy o codziennym wywozie od tego podmiotu około 90 Mg osadów ściekowych na dobę nie musi budzić wątpliwości u Zamawiającego, chociaż takie oświadczenie powinno wzbudzić wątpliwości. Jednak w momencie zakwestionowania rzetelności takiego oświadczenia przez Odwołującego, Zamawiający powinien starać się wyjaśnić zastrzeżenia i wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących kwestionowanych oświadczeń lub dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko Odwołującego, że przedstawione dokumenty potwierdzające, iż omówione w nich usługi zostały wykonane należycie nie spełniają wymogów postawionych w specyfikacji i np. nie określają jakie ilości odpadów były wywożone przez wykonawcę. Skoro Zamawiający zawarł w części VI ust. 6 specyfikacji tak dalece sprecyzowane wymagania co do zawartości treściowej ww. dokumentów, to powinien egzekwować, aby w każdym przypadku treść załączonych do oferty dokumentów odpowiadała postawionym wcześniej wymogom.

Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że w przypadku załączenia do oferty ww. dokumentów niespełniających wszystkich wymogów, Zamawiający obowiązany jest wezwać wykonawców do uzupełnienia takich dokumentów w wyznaczonym terminie, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska Odwołującego, że ze względu na brak w dokumentach potwierdzających, że przedmiotowe usługi zostały wykonane należycie dokumenty te są niewłaściwe i nie powinny być brane pod uwagę przez zamawiającego podczas badania ofert. W kwestionowanych dokumentach znajdują się stwierdzenia cyt. „Transport osadów jest prowadzony regularnie, wg zobowiązań zawartych w Umowie.”, „Prace zostały zrealizowane zgodnie z ustalonymi terminami.”, „Konsorcjum wykonywało i wykonuje usługi terminowo i bez zastrzeżeń.”, „Firmę możemy w pełni zarekomendować.”. Wyrażenia takie zasługują na uznanie, że omawiane usługi zostały wykonane należycie i w tym zakresie dokumenty nie powinny wymagać dodatkowych wyjaśnień ani uzupełnień.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że pojedynczo występujący wykonawca nie może powoływać się na doświadczenie zdobyte jako członek konsorcjum i dlatego Zamawiający nie może uwzględnić podczas badania ofert załączonych do oferty dokumentów wystawionych na konsorcjum.

Podmioty gospodarcze, w szczególności zgodnie z art. 6, art. 14 i 15, art. 46 oraz art. 75 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 i Nr 180, poz.1280) mogą prowadzić różne działalności bez względu na nazwy, które przyjmują te podmioty. Dlatego w zakresie działania z należytą starannością zamawiający musi zażądać od wykonawcy wyjaśnień w kwestii zakresu wykonywanych czynności w ramach konsorcjum. Żądanie takie zamawiający powinien wystosować zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Krajowa Izba Odwoławcza podziela stanowisko Odwołującego, że Zamawiający nie powinien uznawać dokumentów wystawionych na konsorcjum, tak jakby dotyczyły wyszczególnionego indywidualnie podmiotu, bez wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu działań wykonawcy w kwestionowanych oświadczeniach lub dokumentach, zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Wykonawca zdający sobie sprawę, że samodzielnie nie może wykazać spełnienia warunków postawionych przez Zamawiającego, zgodnie z art. 23 ust. 1 Pzp, może z innymi wykonawcami wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*