

Sygn. akt: KIO 126/12

WYROK

z dnia 6 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 stycznia 2012 r. przez wykonawcę **EURO-EKO Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 3, 39-300 Mielec** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej - Rzeszów Sp. z o. o., ul. gen. Władysława Sikorskiego 428, 35-304 Rzeszów**

przy udziale wykonawcy **Gmina Ostrów - Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie, ul. Ostrów 225, 39-103 Ostrów**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej - Rzeszów Sp. z o. o., al. gen. Władysława Sikorskiego 428, 35-304 Rzeszów** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **EURO- EKO Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 3, 39-300 Mielec** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej - Rzeszów Sp. z o. o., al. gen. Władysława Sikorskiego 428, 35-304 Rzeszów** na rzecz **EURO-EKO Sp. z o.o., ul. Wojska Polskiego 3, 39-300 Mielec** kwotę **15 051 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy), stanowiącą

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wniesienia opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

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 **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej - Rzeszów sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 03 01”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 12 października 2011 r., poz. 2011/S 196-319633 i 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 2010 r., Nr 113, poz. 759; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 23 stycznia 2012 r. EURO-EKO sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust.2 pkt. 3 oraz art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt.3 Prawa zamówień publicznych, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie przez niezgodne z prawem wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz uznanie za odrzuconą oferty wykonawcy, który nie podlegał wykluczeniu, wskutek nieprawidłowego ustalenia, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiła Gmina Ostrów - Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie, której oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Odwołujący w formularzu ofertowym podał odległość dowozu odpadów do miejsca zagospodarowania odpadów (83,4 km). Zamawiający wezwał go do wyjaśnienia odnośnie podanej w ofercie odległości z podaniem klas, kategorii i numerów dróg, którymi według wykonawcy będą się przemieszczać samochody z odpadami. Wykonawca takie wyjaśnienia złożył. Odwołujący ustalił trasę przejazdu na podstawie wizji lokalnej – wybrana przez niego trasa była przejezdna dla samochodów o określonym tonażu. Po dniu otwarcia ofert jednak zostały na tej trasie postawione znaki ograniczające tonaż. Z powyższego w sposób jednoznaczny zdaniem Odwołującego wynika, iż w dniu 21 listopada 2011 roku, tj. w dniu otwarcia ofert, nie istniały żadne przeciwwskazania dla wykorzystania trasy proponowanej

przez Euro-Eko sp. z o.o., dla transportu odpadów z ul. Ciepłowniczej w Rzeszowie do miejsca przetwarzania odpadów, tj. miejscowości Kozodrza. Tym samym zarzut stawiany Odwołującemu się, iż złożone przez niego informacje, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania są nieprawdziwe, jest nieuzasadniony.

Zdaniem Odwołującego zmiany, jakie nastąpiły czy to w stanie prawnym, czy to w sferze zdarzeń faktycznych, po terminie składania ofert, nie mogą mieć wpływu na ocenę tychże. W przeciwnym wypadku uznać by należało, iż na ocenę ofert mają wpływ także m.in. negatywne zjawiska przyrodnicze, jakie wystąpiły po otwarciu ofert, a których skutki przekreślają realizację zamówienia zgodnie z propozycją wskazaną ofercie, która to propozycja na dzień otwarcia ofert zdawała się być propozycją i ofertą najkorzystniejszą.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

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

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 dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego złożono dwie oferty (termin otwarcia ofert ustalono na dzień 21 listopada 2011 r.). Odwołujący w formularzu ofertowym podał odległość dowozu odpadów do miejsca zagospodarowania odpadów - 83,4 km; Przystępujący – 93 km.
2. Odległość dowozu odpadów do miejsca zagospodarowania odpadów (wskazanego przez wykonawcę) z miejsca wskazanego przez Zamawiającego (z ulicy Ciepłowniczej 11 w Rzeszowie) stanowiła jedno z kryteriów oceny ofert (z wagą 25% - SIWZ, strona 9), pkt XIV ppkt 1). Zamawiający nie określił, w jaki sposób należy ustalić trasę dla przewozu odpadów, na podstawie jakich kryteriów ma być wybrana.
3. Wobec różnicy w odległości podanej w obu ofertach, Zamawiający zwrócił się do wykonawców z wezwaniem do złożenia wyjaśnień, odnośnie podanych w ofertach odległości dowozu odpadów do miejsca zagospodarowania odpadów (wskazanego przez wykonawcę) z miejsca wskazanego przez Zamawiającego. Obaj wykonawcy

wskazali miejsca zagospodarowania w miejscowości Kozodrza (w odległości ok. 500 m od siebie, według oświadczenia Odwołującego i Przystępującego na rozprawie), a długość trasy dojazdu różniła się o 9,60 km. Zamawiając prosił o podanie klas, kategorii i numerów dróg, którymi według wykonawcy będą się przemieszczać samochody z odpadami.

4. Obaj wykonawcy złożyli stosowne oświadczenia. Odwołujący wskazał, że dwukrotnie dokonał objazdu zaproponowanej trasy – 18 i 21 listopada 2011 r. Odwołujący przedstawił dokładny przebieg proponowanej trasy, wskazując klasy, kategorie i numery dróg, jakimi miały poruszać się pojazdy transportujące odpady.
5. Znaki ograniczające tonaż pojazdów pojawiły się dopiero w dniu 28 listopada 2011 roku. (pismo Starosty Powiatu w Ropczycach z dnia 09.01.2012 roku, znak: D.7134.52.2011).
6. Zamawiający poinformował o wynikach postępowania w dniu 13 stycznia 2012 roku. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Zakład Usług Komunalnych w Ostrowie na części I, II, III, IV, V. Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3) Prawa zamówień publicznych z postępowania w części I, II, III, IV, V, ponieważ według Zamawiającego, podana przez Euro-Eko sp. z o.o. trasa - z ul. Ciepłowniczej w Rzeszowie do miejsca zagospodarowania odpadów w miejscowości Kozodrza, o długości 83,4 km (ilość km w obie strony) nie gwarantuje firmie transportującej odpady przejazdu wskazaną przez Euro-Eko sp. z o.o. trasą z uwagi na obowiązujące na trasie ograniczenia nośności do 6 ton.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, co do którego Strony były zgodne, jednak przypisywały mu odmienne skutki prawne, Izba stwierdziła, że doszło do nieprawidłowego wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Zamawiający nie opisał w SIWZ, w jaki sposób należy dokonać ustalenia wybranej trasy, której odległość należy podać w formularzu ofertowym. Nie można więc wykluczyć, że dozwolone jest ustalenie trasy na podstawie wizji lokalnej. Nie budziło wątpliwości, że na trasie wybranej przez Odwołującego znaki ograniczające tonaż pojawiły się po dacie otwarcia ofert. Trudno wobec takich okoliczności przypisywać Odwołującemu podanie nieprawdziwych informacji w ofercie. Powstaje pytanie, czy wykonawcy nie powinni byli uzgodnić trasy z zarządcą drogi, jednak takiego wymogu w SIWZ nie określono. Gdyby taki wymóg był narzucony w SIWZ, to można byłoby przyjąć za dopuszczalny pogląd, że brak uzgodnienia skutkuje odrzuceniem oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Wykonawca dokonując wizji lokalnej, ma możliwość zweryfikowania trasy pod kątem możliwości dojazdu w sposób bezpośredni, i nie miał powodów, aby przypuszczać, że dojazd określoną trasą nie będzie możliwy w okresie realizacji zamówienia, ponieważ zostaną tam postawione znaki ograniczające ruch/tonaż. Należy zauważyć, że ograniczania możliwości

poruszania się wybraną trasą mogą pojawić się na każdej trasie zaproponowanej przez wykonawcę, w każdym momencie, w tym również w trakcie trwania okresu realizacji zamówienia (Izba nie oceniała poprawności określenia kryteriów oceny ofert przez Zamawiającego). Ustalono, że w dacie otwarcia ofert, i wcześniej, podczas wizji lokalnych przeprowadzonych przez Odwołującego, znaków ograniczających możliwość poruszania się trasą wybraną przez wykonawcę nie było. Niezależnie od powyższego, w ofercie, w formularzu ofertowym, Odwołujący wskazał jedynie odległość w kilometrach, a nie opisywał przebieg konkretnej trasy. Nie można wykluczyć, że możliwy jest inny przebieg trasy transportu odpadów, z zachowaniem odległości podanej w ofercie, a z pominięciem ulic, na których ograniczono tonaż. W takich okolicznościach, wobec treści formularza ofertowego i ustalenia, że w dacie otwarcia ofert znaków ograniczających tonaż nie było, nie można dopatrzeć się w ofercie Odwołującego podania nieprawdziwych informacji.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 24 ust.2 pkt. 3 oraz art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24.ust. 2 pkt.3 Prawa zamówień publicznych, co może mieć wpływ na wynik postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Izba rozpatruje odwołanie jedynie w granicach postawionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych), dlatego Izba nie badała, czy zaistniały inne podstawy odrzucenia oferty/wykluczenia Odwołującego z postępowania (Przystępujący na rozprawie podnosił, że wystąpiły inne podstawy wykluczenia), ani nie badała, czy ustalenie kryteriów oceny ofert jest właściwe.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego – w ocenie składu orzekającego dokument nazwany przez Odwołującego „rachunek” i złożony do akt, nie był w istocie rachunkiem, a jedynie spisem kosztów (wymieniono poszczególne składowe, na które składała się suma kosztów: wpis, koszt wynagrodzenia pełnomocnika, potrójna opłata skarbową (od trzech pełnomocnictw). Izba zasądza uzasadnione koszty poniesione przez Stronę wówczas, gdy są udokumentowane rachunkiem, a dla wynagrodzenia pełnomocnika rachunku (faktury) nie przedstawiono.

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:

.....