

POSTANOWIENIE

z dnia 11 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w dniu **11 marca 2016 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 4 marca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Eneris Surowce S.A. z siedzibą w Kielcach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu Związku Międzygminnego „Czysty Region” w obrębie Sektora 12 – Zdieszowice* (nr postępowania GO.271.1.2015.EM)

prowadzonym przez zamawiającego: **Związek Międzygminny „Czysty Region” z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu**

postanawia:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Eneris Surowce S.A. z siedzibą w Kielcach kwoty 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) – uiszczonej przez powyższego **odwołującego** 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 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiając, którym jest Związek Międzygminny „Czysty Region” z siedzibą w Kędzierzynie-Koźlu, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Odbiór odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu Związku Międzygminnego „Czysty Region” w obrębie Sektora 12 – Zdieszowice* (nr postępowania GO.271.1.2015.EM). Ogłoszenie o tym zamówieniu 12 grudnia 2015 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2015/S_241-437783. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

23 lutego 2016 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – Eneris Surowce S.A. z siedzibą w Kielcach {dalej również: „Eneris”} – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez KLIN-LOGISTIC sp. z o.o. z siedzibą w Kamieńcu.

4 marca 2016 r. {pismem z tej daty} Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności Zamawiającego, a także od zaniechania: wykluczenia z postępowania wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KLIN-LOGISTIC sp. z o.o. z siedzibą w Kamieńcu {dalej również: „Klin”} oraz Firmy Usługowej EKO-KAR sp. z o.o. sp. k z siedzibą w Raszkowie {dalej również: „Eko-Kar”} {łącznie nazywanych dalej również „Konsorcjum”}, odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz art. 91 ust.1 w zw. z art. 23 ust. 1 i 3 w zw. z art. 7 – przez wybór oferty podmiotu, który nie jest wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum.
2. Art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 25 i § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) {dalej również: „rozporządzenie o dokumentach”}, w sytuacji gdy Konsorcjum złożyło w formularzu nr 8 nieprawdziwe informacje odnośnie dysponowania bazą magazynowo-transportową w dacie, w której

nie dysponowało jeszcze terenem na ww. bazę.

3. Art. 24b ust. 3 – przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, w sytuacji gdy członkowie Konsorcjum złożyli sprzeczne informacje odnośnie przynależności spółek do grupy kapitałowej.
4. Art. 26 ust. 3 i ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2d zd. 2 – przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia prawidłowych dokumentów i wyjaśnień w zakresie rozbieżności w złożonych dokumentach – listach podmiotów i oświadczeniach.
5. Art. 7 ust. 1 i ust. 3 – przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zamierzone udzielenie zamówienia podmiotowi, który nie jest Wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Konsorcjum, a także uwzględnienia przy powtórnym badaniu i ocenie ofert oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia z postępowania Konsorcjum i uznania jego ofert za odrzuconą, a także uwzględnienie przy powtórnym badaniu i ocenie ofert oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych, które jego zdaniem uzasadniają wniesienie odwołania.

{ad odrzucenia oferty Konsorcjum}

Odwołujący podniósł, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego ofertę złożyło Konsorcjum (spółka Klin i spółka Eko-Kar), o czym świadczą:

- pierwsza strona oferty, gdzie wskazane zostały dwie firmy: w poz. 1. KLIN-LOGISTIC sp. z o.o., a w poz. 2. Firma Usługowa EKO-KAR sp. z o.o. sp. k., przy czym obie spółki zostały dodatkowo zidentyfikowane przez podanie adresów ich siedzib, numerów KRS, NIP i REGON;
- obaj konsorcjanci złożyli wraz z ofertą dokumenty dotyczące każdego z nich: formularze nr 5 – oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, formularze nr 4.1. – listę podmiotów / informację, formularze nr 4 – oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, zaświadczenia z ZUS, zaświadczenia z US oraz zaświadczenia z KRK

Odwołujący zrelacjonował ponadto, że:

- Zamawiający 5 lutego 2016 r., działając w trybie art. 26 ust. 3 pzp, skierował do Konsorcjum wezwanie do uzupełnienia dokumentów, w pkt II żądając od Konsorcjum złożenia pełnomocnictwa do reprezentowania wszystkich wykonawców;
- w odpowiedzi spółka Klin oświadczyła, że nie zawierała umowy konsorcjum ze spółką

Sygn. akt KIO 318/16

Eko-Kar, która użycza jej swojego potencjału;

– kolejne wezwanie do uzupełnienia dokumentów z 11 lutego 2016 r. Zamawiający skierował już wyłącznie do spółki Klin.

Odwołujący zarzucił, że wybierając jako najkorzystniejszą ofertę Klin Zamawiający dokonał niezgodnej z ustawą pzp zmiany podmiotowej po stronie Wykonawcy, opierając przypuszczalnie swoje działanie na lakonicznym oświadczeniu złożonym w odpowiedzi na wezwanie z 5 lutego 2016 r. skierowane do Konsorcjum. Tymczasem taka zmiana podmiotowa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest możliwa, gdyż zgodnie z art. 7 ust. 3 pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a art. 23 pzp przewiduje, że wykonawcy mogą ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego w zaistniałej sytuacji jedynym prawidłowym działaniem ze strony Zamawiającego powinno być odrzucenie oferty Konsorcjum jako niezgodnej z ustawą w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp. Późniejsze oświadczenia jednego podmiotu nie mogą zmienić skutecznie treści złożonej oferty, z której wynika, że została złożona przez Konsorcjum. Według Odwołującego Zamawiający nie dysponował prawnie dopuszczalnymi środkami ani do wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów, ani do wyjaśnienia treści oferty.

Odwołujący powołał się na to, że za jego stanowiskiem przemawiają również następujące tezy z uzasadnień wyroków Izby:

- *Podstawą do stwierdzenia ważności oferty złożonej przez wykonawców ubiegających się wspólnie o uzyskanie zamówienia jest wskazanie w ofercie, jakie podmioty tworzą konsorcjum.* {wyrok z 30 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1217/15}
- *Formularz ofertowy nie należy do katalogu oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 p.z.p., a zatem nie może być w trybie art. 26 ust 3 p.z.p. uzupełniony czy poprawiony.* {wyrok z 28 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 478/15}
- *Do poprawienia oferty może dojść w sytuacji, gdy jest ona ważnie złożona i zawiera omyłki objęte treścią art. 87 ust 2 p.z.p. Nie jest natomiast dopuszczalne poprawienie takiego braku oferty, który wpływa na jej ważność.* {wyrok z 7 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 537,14, KIO 599/14}

{ad wykluczenia Konsorcjum z postępowania}

Zdaniem Odwołującego Zamawiający już na etapie badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i istnienia podstaw do wykluczenia powinien był powziąć wątpliwości dotyczące oferty Konsorcjum.

Odwołujący opisał następujące okoliczności:

- wraz z ofertą złożona została umowa dzierżawy zawarta 23 stycznia 2016 r. z Impuls sp.

Sygn. akt KIO 318/16

z o.o. dotycząca działek gruntu, które wykazane zostały w pozycji nr 5 formularza nr 8 – potencjał techniczny jako baza magazynowo-transportowa;

- spółka Klin wpisana została do rejestru działalności regulowanej 20 stycznia 2016 r.;
- oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (formularz nr 5) oraz formularz nr 8 – potencjał techniczny podpisane zostały z datą 14 stycznia 2016 r.

Odwołujący wywiódł na tej podstawie, że ponieważ w dacie podpisywania ww. oświadczeń i wykazów konsorcjant nie dysponował bazą magazynowo-transportową, są to oświadczenia nieprawdziwe.

Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu przeoczenie okoliczności, że obie spółki złożyły sprzeczne informacje dotyczące podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. Lista podmiotów należących do grupy kapitałowej złożona przez spółkę Eko-Kar zawiera informację o trzech podmiotach należących do takiej grupy, w tym w poz. 3 wskazuje spółkę Klin. Natomiast spółka Klin złożyła oświadczenie, że nie należy do grupy kapitałowej. W związku z powyższą sprzecznością oświadczeń Zamawiający powinien był wezwać Konsorcjum do złożenia prawidłowych dokumentów i wyjaśnień dotyczących przynależności do grupy kapitałowej.

Pismem z 8 marca 2016 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 7 marca 2016 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

10 marca 2016 r. wpłynęło do Izby pismo Zamawiającego {datowane na 9 marca 2016 r.} zawierające odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że stosownie do art. 186 ust. 2 pzp uwzględnia w całości zarzuty odwołania. W związku z czym wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego i wzajemne zniesienie jego kosztów.

W uzasadnieniu Zamawiający zgodził się z tym, że odpowiedź, którą otrzymał 10 lutego 2016 r. nie może być rozumiana jako wyjaśnienie wskazujące na osobę wykonawcy, gdyż adresatem wezwania z jego strony były dwa podmioty, natomiast odpowiedzi udzielił tylko jeden z nich, ponadto nie wskazał bynajmniej, że ofertę złożył samodzielnie, a nie wspólnie z drugą spółką osobową. Informacja, że nie zawarto umowy konsorcjum nie jest, wbrew pierwotnemu przekonaniu Zamawiającego, tożsama z informacją, że podmioty nie składały wspólnej oferty. Treść pisma z 10 lutego 2016 r. i treść oferty wskazują, że ofertę złożyły oba podmioty wspólnie, ale umowy konsorcjum nie zawarły – co samo w sobie przesądza i konieczności odrzucenia ich oferty, a zarazem o niemożności potraktowania jej

Sygn. akt KIO 318/16

jako oferty samej tylko spółki Klin. W postępowaniu wykonawcy mogą występować bowiem samodzielnie lub w ramach konsorcjum, nie zaś w formie niejako pośredniej (wspólna oferta bez tworzenia konsorcjum).

Zamawiający dodał, że zasadne okazują się także zarzuty odwołania dotyczące nieistnienia potencjału tych wykonawców.

Zamawiający stwierdził, że powoduje to konieczność unieważnienia czynności oceny ofert i ponownego jej dokonania z odrzuceniem oferty spółek osobowych oraz wyborem jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w sposób niebudzący wątpliwości wyraził wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izba zważyła, że dla wywarcia skutku w postaci umorzenia postępowania odwoławczego w tej sprawie konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które Zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego. Tym niemniej należy odnotować, że art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy pzp nakazuje w takim przypadku Zamawiającemu w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Sygn. akt KIO 318/16

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po jego stronie nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron tego postępowania.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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: