

Sygn. akt: KIO 783/12

**WYROK**  
**z dnia 2 maja 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 maja 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **18 kwietnia 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **DEX-TRANS Pach Robert, Gliniany Las 22, 26-212 Smyków** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **MPWiK w m.st. Warszawie SA, z siedzibą w Warszawie, Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **DEX-TRANS Pach Robert, Gliniany Las 22, 26-212 Smyków**  
i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **DEX-TRANS Pach Robert, Gliniany Las 22, 26-212 Smyków**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **DEX-TRANS Pach Robert, Gliniany Las 22, 26-212 Smyków** na rzecz zamawiającego **MPWiK w m.st. Warszawie SA, z siedzibą w Warszawie, Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) 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:**

.....

**Sygn. akt: KIO 783/12**

## **U z a s a d n i e**

Zamawiający **MPWiK w m.st. Warszawie SA, z siedzibą w Warszawie, Pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Transport i zagospodarowanie poprzez odzysk lub unieszkodliwianie komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 powstających w Zakładach Oczyszczalni Ścieków należących do Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A., a odbieranych z Zakładu Oczyszczalni Ścieków „Czajka”, z Zakładu Kanalizacji Obrzeża Jeziora Zegrzyńskiego, z Zakładu Oczyszczalni Ścieków „Południe” oraz z Zakładu Wodociągów i Kanalizacji w Pruszkowie w ilości 67 000 Mg z podziałem na 19 zadań«.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143 i Nr 87, poz. 484) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **14.12.2011 r.** pod nrem **2012/S 240-389749**.

Zamawiający faksem zawiadomił **13 kwietnia 2012 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszych ofert w poszczególnych zadaniach;
- 2) odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego w zadaniach 11 i 13, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca **DEX-TRANS Pach Robert, Gliniany Las 22, 26-212 Smyków**, zgodnie z art. 182 **ust. 1 pkt 1** Pzp, wniósł **18 kwietnia 2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 2) art. 26 ust. 3 i 4 przez nie wzięcie pod uwagę złożonych wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów i odrzucenie oferty odwołującego pomimo prawidłowego złożenia wyjaśnień trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 11 i 13;
- 3) unieważnienie czynności wyboru oferty Prywatnego Zakładu Handlowo-Usługowego „DAR-TRANS” Dariusz Sobota, ul. Szkolna 1, 05-091 Ząbki w zakresie zadania nr 13;
- 4) ponownego badania i oceny złożonych dokumentów w zakresie zadań 11 i 13;
- 5) ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą w zakresie zadania nr 13.

W przypadku uwzględnienia odwołania odwołujący wnosi o przyznanie zwrotu kosztów odwołania.

#### Argumentacja odwołującego

Zgodnie z ust. 6.1.3. pkt 6 Instrukcji dla Wykonawców (część I specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia) wykonawcy byli zobowiązani załączyć do oferty oświadczenia (na formularzach stanowiących załączniki od 5a do 5r do IDW):

– dla zadania od nru 1 do nru 10: o dysponowaniu arealem minimum 54 ha spełniającym wszystkie wymagania określone w art. 43 ust. 6 ustawy o odpadach, niezbędnym do zagospodarowania komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 w ilości wskazanej dla wybranego zadania lub zadań,

– dla zadania od nru 11 do nru 16: o dysponowaniu arealem minimum 27 ha spełniającym wszystkie wymagania określone w art. 43 ust. 6 ustawy o odpadach, niezbędnym do zagospodarowania komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 w ilości wskazanej dla wybranego zadania lub zadań.

W punkcie tym została zawarta informacja, że „W przypadku składania ofert na więcej niż jedno zadanie (nie dotyczy zadania nr 19) **Wykonawcy w niniejszym oświadczeniu nie mogą podawać tych samych działek dla różnych zadań**”.

W złożonej ofercie przez odwołującego w zakresie zadań 11-13 zostały podane działki nr 1/1 (1/1a) – 39,48 ha oraz 3/1 (3/1a) – 21,26 ha (w rozbiciu na poszczególne zadania) w miejscowości SHRO Kawęczyn.

Zamawiający 27 lutego 2012 r. wezwał odwołującego do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty.

W odpowiedzi odwołujący przesłał wyjaśnienie – w zadaniach nr 11 i 13 do oferty odwołujący dołączył działkę nr 1/1 (1/1a) o pow. 39,48 ha i działkę nr 3/1 (3/1a) o pow. 21,26 ha w miejscowości SHRO Kawęczyn obręb 0034 (z wypisu z rejestru gruntów wynika, że powierzchnie działek wynoszą: działka nr 1/1 pow. 133,69 ha, działka nr 3/1 pow. 32,73 ha).

Ponieważ ogólna powierzchnia wskazanych działek jest większa niż wymagana do zagospodarowania jednego zadania (27 ha) i nie ma możliwości „papierowego” podziału tych

działek na mniejsze o różnych numerach ewidencyjnych, które będą spełniały wymogi tj. w jednym zadaniu wykonawca nie może podawać tych samych działek dla różnych zadań.

Zamawiający nie przewidział, że powierzchnia jednej działki może wystarczyć na trzy zadania. W związku z powyższym mają do niego zastosowanie postanowienia art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 Pzp.

W związku z zaistniałą sytuacją wykonawca, ale po upływie terminu składania ofert, uzyskał z Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska (WIOŚ) poradę, aby działkę podzielić i opalikować na odpowiedni areał, który będzie spełniał wymogi zamawiającego – w przypadku wybrania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej odwołujący zobowiązuje się do podziału i opalikowania działek. Zamawiający powinien uwzględnić wyjaśnienia odwołującego i wziąć pod uwagę propozycję zasugerowaną przez WIOŚ.

Przytoczone argumenty powinny być wystarczające dla zamawiającego, aby pozytywnie rozpatrzył i zaliczył wskazane działki dla zadań nr 11, 12 i 13.

W piśmie z 13 kwietnia 2012 r. zamawiający poinformował odwołującego, że przypisał działki nr 1/1 (1/1a) i 3/1 (3/1a) do zadania nr 12, natomiast w odniesieniu do zadań 11 i 13 wykonawca został wykluczony z postępowania.

Zamawiający stwierdził, że w związku z faktem wykluczenia przez zamawiającego w zakresie zadania 13 dokonał wyboru oferty wykonawcy Prywatny Zakład Handlowo-Usługowy DAR-TRANS Dariusz Sobota, ul. Szkolna 1, 05-091 Ząbki. W ten sposób zamawiający naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp.

Żądanie przez zamawiającego, aby wykonawca nie podawał tych samych działek do różnych zadań jest zasadne, lecz zostało sformułowane w wadliwy sposób i mało precyzyjny, ponieważ zamawiający nie przewidział, że wykonawca może posiadać areał o większej powierzchni. Wskazywane przez wykonawców w przetargu powierzchnie gruntów wynoszą po maksymalnie kilka hektarów, jednak nie może to automatycznie eliminować wykonawców, którzy posiadają większy areał. Jest to przejawem nierównego traktowania wykonawców oraz nieuczciwej konkurencji.

Wobec powyższego, wykonawca PZHU „DAR-TRANS” nie powinien być wybrany, jako wykonawca zadania nr 13, ponieważ odwołujący złożył ofertę cenowo korzystniejszą.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **18 kwietnia 2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **20 kwietnia 2012 r.** (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **30 kwietnia 2012 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp) z wnioskiem o odrzucenie odwołania.

Argumentacja zamawiającego:

1. Odwołujący nie kwestionował we właściwym terminie postanowień specyfikacji.
2. Uwzględnienie odwołania powodowałoby zmianę w treści specyfikacji, co byłoby bezpodstawne wobec upływu terminu składania ofert i upływu terminu na wniesienie odwołania w stosunku do treści specyfikacji (podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 9 lipca 2009 r. XIX Ga 223/2009).
3. Sam odwołujący stwierdza, że dokonałby podziału działki po wyborze najkorzystniejszej oferty, a wykonawcy mieli wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut drugi – naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez nie wzięcie pod uwagę złożonych wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów i odrzucenie oferty odwołującego pomimo prawidłowego złożenia wyjaśnień trybie art. 26 ust. 4 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w ust. 6.1.3. pkt 6 Instrukcji dla Wykonawców (część I specyfikacji) zobowiązał wykonawców, aby załączyli do oferty oświadczenia (dla zadania od nru 11 do nru 16) o dysponowaniu arealem minimum 27 ha spełniającym wszystkie wymagania określone w art. 43 ust. 6 ustawy o odpadach, niezbędnym do zagospodarowania komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 w ilości wskazanej dla wybranego zadania lub zadań. Poniżej zamawiający ustanowił wymóg, cyt.: „W przypadku składania ofert na więcej niż jedno zadanie (nie dotyczy

zadania nr 19) wykonawcy w niniejszym oświadczeniu nie mogą podawać tych samych działek dla różnych zadań”.

W postanowieniu tym nie było mowy o jakichkolwiek innych uwarunkowaniach. Dlatego wykonawcy byli obowiązani przedstawić w ofercie do każdej z zaoferowanych części przedmiotu zamówienia oddzielną działkę i nie ma podstaw do innego odczytywania znaczenia zacytowanego postanowienia specyfikacji.

1. Wykonawca – mający świadomość, że posiada prawie pięciokrotnie większą działkę niż wymagane minimum na spełnienie jednej części zamówienia – nie zwrócił się do zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp, o wyjaśnienie kwestii czy zamawiający mógłby uznać spełnienie warunku dysponowania działką po wykazaniu odpowiednio dużego obszaru na więcej niż jedną część zamówienia. Dopiero po upływie terminu składania ofert odwołujący skonsultował się z Wojewódzkim Inspektorem Ochrony Środowiska (WIOŚ). Jednak, jak przyznał sam odwołujący na rozprawie – cyt. »Odwołujący nie mógł otrzymać z WIOŚ odpowiedniej opinii na piśmie, gdyż organ ten nie jest upoważniony do wydawania opinii, a jest organem kontrolującym warunki ochrony środowiska«. Oprócz tego, że odwołujący nie mógł uzyskać od tego organu wiążącej zamawiającego opinii, to odwołujący nawet nie przedstawił kontekstu, w którym była wydana przywołana porada wydana przez WIOŚ.

Dlatego skład orzekający Izby nie może wziąć pod uwagę oświadczenia odwołującego o wskazaniach WIOŚ. Również zamawiający nie mógł wziąć pod uwagę oświadczenia odwołującego o opinii WIOŚ podczas oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badania ofert.

Również przedstawienie przez odwołującego w ofercie mapki zaoferowanej działki, o obojętnej wielkości, utwierdziło w przekonaniu, że odwołujący nie zaoferował wystarczającej liczby działek na wykonanie zaoferowanych części zamówienia.

Ponadto z wyjaśnień odwołującego przedstawionych na rozprawie wynika, że w terminie składania ofert, oferta odwołującego nie spełniała warunków, gdyż jak stwierdził odwołujący, cyt.: »Podział i opalikowanie działek nie może być dokonane wcześniej [przed wyborem najkorzystniejszej oferty], bo dany grunt jest użytkowany inaczej – tj. rolniczo. Może, więc dojść do sytuacji, w której na działkę wjedzie np. kombajn i zniszczy opalikowanie«.

Z powyższego wynika, że w terminie składania ofert, odwołujący nie wykazał spełnienia wymagań zamawiającego określonych w ust. 6.1.3. pkt 6 Instrukcji dla Wykonawców (część I specyfikacji), a zwłaszcza w uwadze zamieszczonej pod tym punktem specyfikacji (cyt. „Wykonawcy [...] nie mogą podawać tych samych działek dla różnych zadań”).

Również odwołujący, wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, nie przedstawił w swoich wyjaśnieniach żadnych innych okoliczności, które mogłyby wpłynąć na ocenę

zamawiającego, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu w kwestionowanym zakresie.

Z tych względów skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut drugi – naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez nie wzięcie pod uwagę złożonych wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów i odrzucenie oferty odwołującego pomimo prawidłowego złożenia wyjaśnień trybie art. 26 ust. 4 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut pierwszy – art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wykazał, aby zamawiający w takiej samej sytuacji inaczej traktował odwołującego oraz innych wykonawców.

Odwołujący nie wykazał, że w zadaniu 13 powinna podlegać odrzuceniu wybrana oferta wykonawcy Prywatny Zakład Handlowo-Usługowy DAR-TRANS Dariusz Sobota, ul. Szkolna 1, 05-091 Ząbki. Skoro zamawiający nie mógł brać pod uwagę [nominalnie opiewającej na niższą cenę] oferty odwołującego podczas oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty, to musiał wybrać inną ofertę, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp. Tą ofertą była oferta wykonawcy Prywatny Zakład Handlowo-Usługowy DAR-TRANS Dariusz Sobota, a odwołujący nie wykazał, że wybierając tę ofertę zamawiający naruszył jakkolwiek przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby podnosi, że przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych normują postępowanie zamawiającego zgodnie z założeniem chronologii postępowania zamawiającego. Z tego względu zamawiający – zgodnie z kolejnością postępowania określoną w art. 20 ust. 1 Pzp najpierw ocenia spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i wyklucza wykonawców, zgodnie z art. 24 ust. 1 lub ust. 2 Pzp, a oferty wykluczonych wykonawców uznaje za odrzucone, zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp. Następnie zamawiający bada pozostałe oferty i odrzuca oferty, zgodnie z art. 89 ust. 1 lub art. 90 ust. 3 Pzp. W końcu zamawiający dokonuje oceny pozostałych ofert i – zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp – wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji.

W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający w trakcie ostatniego etapu przeprowadzania postępowania – oceny ofert nie miał już prawa brać pod uwagę oferty odwołującego, dlatego wybrał ofertę najkorzystniejszą z pozostałych ofert na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji. Odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 Pzp w poruszonym zakresie.

Z tych względów skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut pierwszy – naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....