

Sygn. akt: KIO/UZP 422/09

**WYROK**  
z dnia 16 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Majstrowicz**

**Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek  
Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie\* w dniu ~~w dniach~~ 16 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawcę Jerzy Szczukocki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „JUKO”, 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. 1-go Maja 25** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., 97-300 Piotrków Trybunalski, Al. 3-go Maja 31** protestu ~~protestów~~\* z dnia 17 marca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Wiesław Strach prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Wywóz Nieczystości i Przewóz Ładunków Wiesław Strach, 42-200 Częstochowa, ul. Kosmowskiej 6 m. 94** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Jerzy Szczukocki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „JUKO”, 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. 1-go Maja 25**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **wykonawcę Jerzy Szczukocki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „JUKO”, 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. 1-go Maja 25,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawcy Jerzy Szczukocki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „JUKO”, 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. 1-go Maja 25.**

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

Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, zwane dalej Zamawiającym, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest "Wywóz nieczystości stałych w Piotrkowie Trybunalskim, w ilości ok. 3 500 m<sup>3</sup> miesięcznie z terenów zarządzanych nieruchomości". Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu opublikowane zostało 28 stycznia 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 18-025525.

W dniu 13 marca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Jerzego Szczukockiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe „JUKO”, zwanego dalej Odwołującym, o wykluczeniu go z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 3 b) siwz.

W dniu 17 marca 2009 r. Odwołujący wniósł protest do Zamawiającego na następujące czynności Zamawiającego: określenie warunków udziału w postępowaniu, określenia przedmiotu zamówienia bez możliwości złożenia ofert częściowych, odrzucenia oferty Odwołującego oraz oferty złożonej przez Stanisława Burczyńskiego prowadzącego Zakład Usług Komunalnych „HAK” Stanisław Burczyński.

W proteście Odwołujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art.22 ust.2 oraz art.83 ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ( Dz.U. z 2007 r. Nr 223,poz.1655 ze zm) i zażądał unieważnienia wyboru oferty wykonawcy Wiesława Strach prowadzącego działalność pod firmą Wywóz Nieczystości i Przewóz Ładunków Wiesław Strach, unieważnienia wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty oraz oferty złożonej przez Stanisława Burczyńskiego prowadzącego Zakład Usług Komunalnych „HAK” Stanisław Burczyński, dokonania powtórnej czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. W proteście wykonawca zażądał także uznania, iż zamówienie zrealizowane na rzecz wielu podmiotów w sytuacji, gdy ich suma odpowiada warunkom określonym w SIWZ jest równoznaczne ze spełnieniem tych warunków.

W uzasadnieniu protestu wykonawca wskazał, iż pismem z dnia 13 marca 2009 r. Zamawiający poinformował go o wykluczeniu z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków określonych w pkt. 3 lit. B SIWZ, gdyż nie zrealizował w okresie ostatnich trzech lat przynajmniej jednego zamówienia odpowiadającego swoim rodzajem i wartością zamówienia stanowiącego przedmiot przetargu tj. min.3000 m<sup>3</sup> wywozu nieczystości w ciągu miesiąca przez okres co najmniej 10 miesięcy. Wykonawca podniósł, iż pismem z dnia 30 stycznia 2009 r. zwrócił się do zamawiającego o zmianę siwz poprzez określenie, iż ocenie podlegać ma łączna wartość oraz rodzaj zamówień wykonywanych przez wykonawców biorących udział w tym postępowaniu przetargowym. W ocenie protestującego warunki postawione w siwz uniemożliwiają uczciwą konkurencję poprzez wyeliminowanie z postępowania firm z Piotrkowa Trybunalskiego zajmujących się wywozem nieczystości stałych oraz stawiają w uprzywilejowanej sytuacji dotychczasowego wykonawcę, gdyż inni wykonawcy nie mogą wykazać się jednym analogicznym zrealizowanym zamówieniem. Podniósł, iż argumenty zamawiającego odnośnie nie wprowadzenia tego zapisu poprzez twierdzenie, iż warunki udziału w postępowaniu spełnia wiele firm, nie znalazły potwierdzenia w zaistniałej sytuacji faktycznej w tym postępowaniu, gdyż zamawiający odrzucił wszystkie oferty złożone przez firmy z Piotrkowa Trybunalskiego z powodu niespełnienia przedmiotowego warunku.

W uzasadnieniu protestu protestujący podniósł, iż przedmiot zamówienia jest podzielny, zaś Zamawiający w celu umożliwienia uczciwej konkurencji mógł umożliwić składanie ofert częściowych, co umożliwiłoby spełnienie warunków określonych w pkt 3 lit.B SIWZ przez firmy z terenu Piotrkowa Trybunalskiego.

Protestujący podniósł, iż naruszenie art.22 ust.2 oraz art.83 ust.2 ww. ustawy przez Zamawiającego naruszyło jego interes prawny, gdyż pomimo tego, iż jego oferta zawierała najniższą cenę, to został wykluczony z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 24 marca 2009 r. rozstrzygnął protest poprzez jego częściowe odrzucenie w zakresie zarzutów dotyczących czynności określenia warunków udziału i opisu przedmiotu zamówienia jako wniesionych po ustawowym terminie wynikającym z art.180 ust.2 ustawy. Zamawiający oddalił protest w zakresie zarzutu dotyczących czynności zamawiającego w zakresie odrzucenia ofert firm.

W uzasadnieniu Zamawiający podniósł, iż termin na wniesienie protestu dotyczącego treści SIWZ upłynął w dniu 11 lutego 2009 r., zaś protest jest spóźniony odnośnie zarzutów dotyczących treści SIWZ. Wskazał także, iż jego prawem, nie zaś obowiązkiem, jest dopuszczenie możliwości złożenia oferty częściowej. Stwierdził, iż nie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zaś jego prawem jest określenie warunków udziału w postępowaniu odpowiadającym rodzajom i wartości zamówienia. Zamawiający wskazał, iż wykluczył protestującego z postępowania, gdyż nie spełniał on warunku określonego w pkt 3 lit.b SIWZ, gdyż realizowana przez niego usługa wywozu nieczystości stałych z nieruchomości należących do zasobów TBS sp.z o.o. w Piotrkowie Trybunalskim była realizowana w terminie od 1.11.2003 r. do 28.02.2005 r. Wskazał także, iż oferta złożona przez wykonawcę Stanisław Burczyński prowadzący działalność pod nazwą Zakład Usług Komunalnych „HAK” została odrzucona, gdyż przedstawione w wykazie usługi wywozu nieczystości stałych w ilości 3 500 m<sup>3</sup> były realizowane na rzecz wielu podmiotów.

W dniu 31 marca 2009 r. wykonawca Jerzy Szczukocki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe Jerzy Szczukocki wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu.

W odwołaniu podtrzymał zarzuty, żądania oraz argumentację zawartą w proteście z dnia 17 marca 2009 r. Powołał się także na wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2008 r. sygn. akt. KIO/UZP 561/08 potwierdzający jego stanowisko, iż naruszeniem zasad uczciwej konkurencji jest wyeliminowanie z postępowania wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w wykonaniu

zamówienia zdobyte na podstawie wielu zleceń, nie zaś jednej umowy dla jednego zlecającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym, w szczególności ofertą Odwołującego, postanowieniami ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron postępowania na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), gdyż w przypadku potwierdzenia się podniesionych zarzutów wobec Zamawiającego w zakresie bezzasadnego wykluczenia go z postępowania, jego interes prawny mógłby doznać uszczerbku, gdyż złożona przez Odwołującego oferta zawierała najniższą cenę.

Zamawiający w pkt III.2.1) ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym 28 stycznia 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 18-025525 zażądał od wykonawców na potwierdzenie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia będącego przedmiotem przetargu nieograniczonego, wykonania w ciągu ostatnich 3 lat przynajmniej jednego zamówienia odpowiadającego swoim rodzajem i wartością zamówieniu stanowiącemu przedmiot przetargu tj. min. 3000 m<sup>3</sup> wywozu nieczystości w ciągu miesiąca przez okres co najmniej 10 miesięcy.

Warunek ten Zamawiający zawarł także w pkt 3 b) SIWZ dotyczącym opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Zgodnie z pkt 3 b) siwz „o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy którzy...() posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonywania zamówienia tj. wykonali w ostatnich 3 latach przynajmniej jedno zamówienie odpowiadające swoim rodzajem i wartością zamówieniu stanowiącemu przedmiot przetargu tj. wykonali min. 3000 m<sup>3</sup> wywozu nieczystości w ciągu miesiąca przez okres co najmniej 10 miesięcy”. Warunek ten dotyczył wykonania jednego zamówienia tj. usługi o określonej w metrach miesięcznie ilości wywozu nieczystości w ciągu ostatnich 3 lat.

Odwołujący na stronie 13 oferty w przedstawionym wykazie wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do specyfikacji wskazał wykonanie 5 usług wywozu nieczystości

realizowanych na terenie miasta Łodzi, Tomaszowa Mazowieckiego oraz Piotrkowa Trybunalskiego. Jedynie jedna z tych usług tj. usługa realizowana na terenie Piotrkowa Trybunalskiego spełniała wymaganie ilościowe wymagane przez Zamawiającego w pkt. 3 b SIWZ tj. wskazywała na wywóz nieczystości w ilości 3500 m<sup>3</sup> miesięcznie w stosunku do wymaganej w ogłoszeniu i SIWZ ilości miesięcznej 3000 m<sup>3</sup>. Odwołujący podał w wykazie informację, iż usługa wykonywana na terenie Piotrkowa Trybunalskiego była realizowana od 1 listopada 2003 r. do 28 lutego 2005 r. Wykaz ten nie potwierdził wykonania jednego zamówienia odpowiadającego swoim rodzajem i wartością zamówieniu stanowiącemu przedmiot przetargu w trakcie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania.

W związku z powyższym oraz oświadczeniem Odwołującego złożonym na rozprawie odnośnie niemożliwości wykazania się wykonaniem jednego zamówienia tj. wywozu minimum 3 000 m<sup>3</sup> w ciągu miesiąca w trakcie ostatnich 3 lat, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza nie mogła badać zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.22 ust.2 ustawy dotyczącego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz przepisu art. 83 ust.2 ustawy dotyczącego możliwości złożenia oferty częściowej, gdyż zarzuty te zostały wniesione po upływie ustawowego terminu na ich wniesienie. Zgodnie z art.180 ust.3 pkt.2 ustawy Odwołującemu przysługiwało w tym zakresie prawo do wniesienia protestu na treść ogłoszenia lub postanowień specyfikacji w terminie 14 dni od publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza nie mogła orzekać co do zarzutów dotyczących wykluczenia wykonawcy Stanisława Burczyńskiego prowadzącego Zakład Usług Komunalnych „HAK” Stanisław Burczyński podniesionych w proteście i odwołaniu, gdyż wykonawca ten jako samodzielny przedsiębiorca może wnosić środki ochrony prawnej na czynności zamawiającego podjęte w tym postępowaniu odnośnie jego oferty. W świetle obowiązujących przepisów Odwołujący nie jest uprawniony do obrony interesu prawnego innego uczestnika postępowania, który został z niego wykluczony.

Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Wiesława Strach prowadzącego działalność pod firmą Wywóz Nieczystości i Przewóz Ładunków Wiesław Strach, gdyż Odwołujący nie udowodnił, iż oferta ta została wybrana niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), warunkami

określonymi przez Zamawiającego w ogłoszeniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W związku z powyższym Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 233, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*