

Sygn. akt: KIO/UZP 1056/10

WYROK
z dnia 10 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Ewa Rzońca

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Hydrogeotechnika Sp. z o.o., ul. Ściegiennego 262A, 25-116 Kielce** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Mazowieckie, 03-719 Warszawa, ul. Jagiellońska 26** protestu z dnia 11 maja 2010 r.

przy udziale **SAVA GmbH & Co. KG, Ostertweute 1, 25541 Brunsbuttel, Niemcy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,

2. kosztami postępowania obciąża Województwo Mazowieckie, 03-719 Warszawa, ul. Jagiellońska 26 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)** z kwoty wpisu uiszczonego przez **Hydrogeotechnika Sp. z o.o., ul. Ściegiennego 262A, 25-116 Kielce,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy)** przez **Województwo Mazowieckie, 03-719 Warszawa, ul. Jagiellońska 26** na rzecz **Hydrogeotechnika Sp. z o.o., ul. Ściegiennego 262A, 25-116 Kielce**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych)** z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Hydrogeotechnika Sp. z o.o., ul. Ściegiennego 262A, 25-116 Kielce**.

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

Województwo Mazowieckie, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęło, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Likwidacje obiektów składowania przeterminowanych środków ochrony roślin i ich opakowań (tzw. mogilników) odpadów pestycydowych złożonych w mogilnikach oraz w magazynie położonych na terenie województwa mazowieckiego wraz z rekultywacją terenów”. Przedmiotowe zamówienie podzielono na trzy części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 30 stycznia 2010 r., nr 2000/s 21-029912.

W dniu 5 maja 2010 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę Hydrogeotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, zwanego dalej „Odwołującym”, o wyborze, w ramach „części I zamówienia: Dobieszyn, Kamion I, Kamion II” oferty wykonawcy SAVA GmbH & Co. KG z siedzibą w Niemczech, zwanego dalej „wykonawcą SAVA”, jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 11 maja 2010 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nie odrzucenie oferty wykonawcy SAVA, która to oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jednocześnie wnosząc o:

1. uchylenie czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy SAVA,
2. dokonanie powtórnej oceny ofert,
3. odrzucenie oferty wykonawcy SAVA,

4. uznanie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., iż wykonawca SAVA, wbrew żądaniu Zamawiającego wyrażonemu w § 5 pkt 1.1.b SIWZ, nie przedłożył zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych, mimo iż powinien on okazać się przedmiotowym zezwoleniem. Natomiast do złożonej oferty wykonawca ten załączył umowę z podwykonawcą i zezwolenie podwykonawcy na transport.

Nadto podniósł, iż wykonawca SAVA nie załączył do oferty wykazu wykonanych usług (wymóg § 6 pkt 1.5. SIWZ), załączając jedynie informację „Do wszystkich zainteresowanych” o zrealizowaniu przez wykonawcę SAVA pracy na terenie Litwy. Załączona informacja nie jest ani referencją, ani protokołem odbioru prac, tym samym nie potwierdza należytego wykonania usługi. Z informacji tej nie wynika także, aby wykonawca SAVA założył sieć monitoringu lokalnego, a zapisane jest jedynie, iż zakres prac obejmował pobranie próbki gleby i monitoring wód podziemnych. Nie wykonywał więc prac geologicznych. Informacja ta nie potwierdza także, że praca ta została wykonana z należytą starannością.

Pismem z dnia 12 maja 2010 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca SAVA otrzymał w tej samej dacie).

W dniu 12 maja 2010 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca SAVA przystąpił do protestu, przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 19 maja 2010 r. (wpływ do Odwołującego w dniu tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie, podnosząc iż Zamawiający formułując warunek określony w punkcie § 5 pkt 1.1.b SIWZ nie wskazał wprost, ani nie wymaga tego przepis powszechnie obowiązującego prawa, aby wykonawca składający ofertę zobowiązany był posiadać uprawnienia do wykonywania działalności lub czynności w zakresie unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych, czy też transportu odpadów. Zamawiający nie wyłączył możliwości wykazania spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu określonych w § 5 ust. 1 SIWZ poprzez korzystanie z zasobów innych podmiotów w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych na zasadach podwykonawstwa (§ 6 ust. 10 SIWZ).

Odnosząc się do kwestionowanego dokumentu podniósł, iż z jego treści jednoznacznie wynika prawidłowość wykonania analogicznego zamówienia do przedmiotu niniejszego zamówienia, a ponadto zawiera on wszystkie dane określone w § 6 ust. 1 pkt 5 SIWZ, tj. wartość usługi, jej przedmiot i zakres, datę wykonania oraz odbiorcę.

Pismem z dnia 27 maja 2010 r. Odwołujący złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu (wpływ pisma do Prezesa UZP w dniu 28 maja 2010 r., wpływ do Zamawiającego w dniu 27 maja 2010 r.; data nadania do UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 27 maja 2010 r.), rozszerzając zarzuty o naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W dniu 31 maja 2010 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca SAVA przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia, postanowienia SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Przede wszystkim skład orzekający Izby ustalił, że w związku z tym, iż postępowanie o przedmiotowe zamówienie, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, wszczęto w dniu 28 stycznia 2010 r., tj. w dacie przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym, a więc sprzed wejścia w życie wskazanych wyżej przepisów jednak w brzmieniu znowelizowanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591).

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, jak również Izba stwierdziła, iż Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut pierwszy dotyczący nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę SAVA ze względu na brak uprawnień tego wykonawcy do prowadzenia działalności w zakresie transportu odpadów nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w § 5 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu (...)” ust. 1, pkt 1 litera a i b) wskazał, iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności:
 - a) prowadzenia działalności w zakresie unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych na podstawie ustawy z dnia 27.04.2001 r. (...)
 - b) prowadzenia działalności w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych na podstawie ustawy z dnia 27.04.2001 r. (...),

na potwierdzenie powyższego, żądając w § 6 ust. 1 pkt 3 SIWZ przedłożenia:

1. „zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych lub umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie na odbiór i unieszkodliwianie wszystkich rodzajów odpadów powstałych podczas realizacji przedmiotowego przedsięwzięcia,
2. zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych”.

Jednocześnie Zamawiający w § 6 ust. 9 SIWZ wskazał, iż „jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w § 5 ust. 1 polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy pzp Zamawiający wymaga złożenia pisemnego oświadczenia tych podmiotów, do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.”

Nadto Zamawiający w § 26 i 27 SIWZ dopuścił możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcom.

Wykonawca SAVA, na potwierdzenie powyższego, w załączeniu do złożonej oferty złożył umowę o usługi przewozowe odpadów zawartą z firmą ANNEBERG TRANSPOL INT. Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze zawartą „za okres 03.03.2010-31.12.2010” (s. 134 - 138 oferty) oraz decyzję dla przedmiotowej firmy zezwalającą na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów (s. 211-221 oferty).

Odwołujący podniósł, iż posiadanie uprawnień nie jest objęte art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, tak więc wykonawca w tym zakresie nie może polegać na podwykonawcach.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwie słuszność ma Odwołujący, twierdząc, iż uprawnienie wykonawcy do opierania się na potencjale podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczy jedynie niektórych spośród warunków wymienionych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Jak bowiem wynika z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp uprawnienie to nie obejmuje m.in. warunku posiadania uprawnień.

Niemniej jednak mimo, iż postanowienia SIWZ, dotyczące uprawnień podmiotu trzeciego są błędne, to jednak przy tak sformułowanych postanowieniach SIWZ, jak ma to

miejsce w niniejszym stanie faktycznym i braku określenia części, których nie można powierzyć podwykonawcom, a więc dopuszczeniu tym samym możliwości powierzenia podwykonawcy i tej części, dla wykonania której wymagane jest stosowne zezwolenie stwierdzić należy, że Zamawiający dopuścił możliwość wykazania się przez wykonawców nie tylko wiedzą i doświadczeniem, ale i uprawnieniami innego podmiotu, stosowne postanowienie zamieszczając w § 6 ust. 9 SIWZ. Zamawiający, używając bowiem sformułowania „o których mowa w § 5 ust. 1”, rozszerzył katalog, w oparciu o który wykonawcy mogli opierać się na potencjale podmiotów trzecich. Przedmiotowe postanowienie niewątpliwie wskazywało, że dotyczy także uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności zawartych w § 5 ust. 1 pkt 1 SIWZ, zwłaszcza że – jak zgodnie oświadczyli Zamawiający i Przystępujący, a czemu Odwołujący nie zaprzeczył – na terenie Rzeczypospolitej Polskiej nie ma podmiotu, który posiadałby wszelkie wskazane w SIWZ zezwolenia. Wymagane zezwolenia są bowiem niezbędne jedynie przy wykonywaniu niewielkiej części przedmiotowego zamówienia, a mianowicie do transportu odpadów i ich unieszkodliwiania. Nadto każdy z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, zgodnie z postanowieniami SIWZ, mógł korzystać z podwykonawcy, a wykonawcy ubiegając się o udzielenie zamówienia w niniejszym postępowaniu, korzystali w tym bądź innym zakresie z uprawnień podwykonawców. Zamawiający zaś, dokonując oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, uznał iż jego intencją było wykazanie się uprawnieniami przez podmiot faktycznie wykonujący określoną czynność. A ponieważ wykonawcy nie mogą ponosić ujemnych konsekwencji określonych działań Zamawiającego należało uznać, iż stawiany przez Odwołującego zarzut nie potwierdził się.

Zarzut drugi dotyczący nie załączenia do oferty wykonawcy SAVA „Wykazu wykonanych usług” potwierdził się. Natomiast nie potwierdził się zarzut nie złożenia przez tego wykonawcę dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usług.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w § 6 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” ust. 1, pkt 5 wskazał, iż żąda przedłożenia „wykazu wykonanych usług (...), oraz załączenia dokumentu potwierdzającego, że te usługi zostały wykonane należyście.”

Wykonawca SAVA w załączeniu do złożonej oferty przedłożył dokument wystawiony przez UAB TOKSIKA (s. 30-31 oferty).

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Bezspornym jest, iż wykonawca SAVA w załączeniu do oferty celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, składając dokumenty określone w § 6 ust. 1 pkt 5 SIWZ, złożył jedynie dokument wystawiony przez UAB TOKSIKA.

Dokument ten, jak podniósł Przystępujący, w istocie stanowi referencje zawierające wszystkie niezbędne elementy wymagane przez Zamawiającego, a mianowicie zakres prac tożsamy z pracami objętymi zamówieniem, ich wartość, datę wykonania i odbiorcę. Nie zawiera jednak sformułowania „referencje”, co w ocenie Odwołującego, dokument ten dyskwalifikuje.

Niemniej jednak stwierdzić należy, iż dokument referencji nie musi wprost zawierać sformułowania „referencje”, ani też stwierdzenia, że określona usługa została wykonana należycie. Istotne jest bowiem, aby z treści tego dokumentu wynikała prawidłowość wykonania prac. Tak więc każdorazowo oceniając treść przedłożonego dokumentu analizie należy poddać użyte w nim słownictwo. W dokumencie wystawionym przez UAB TOKSIKA użycie m.in. sformułowań „zapewniła doskonale kierowanie pracami”, „dzięki posiadanemu doświadczeniu i gruntownej wiedzy (...) bez jakichkolwiek incydentów lub wypadków i zgodnie z harmonogramem”, „chcielibyśmy bardzo wyrazić nasze zadowolenie”, „chcielibyśmy podziękować firmie SAVA GmbH & Co. KG za fachową współpracę”, „liczymy na dalszą współpracę” niewątpliwie oznacza wyrażenie pozytywnej opinii o wykonanej pracy, a zatem potwierdza jej należyte wykonanie. Dokument taki nie musi bowiem zawierać dokładnego zakresu, dat, jak i wartości zamówienia, a jedynie potwierdzać należyte wykonanie określonej usługi. Skoro jednak Odwołujący kwestionuje zakres usług wykazanych przez wykonawcę SAVA stwierdzić należy, iż z treści przedłożonego dokumentu wynika, iż wskazany w nim zakres prac nie stanowi enumeratywnego wyliczenia, a ma jedynie charakter przykładowy. Zamawiający w treści SIWZ nie wskazał również jak szczegółowo należy opisać zakres wymaganych prac, wskazując jedynie, iż należy tego dokonać „w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu”. Natomiast – jak podniósł Zamawiający na rozprawie – monitoring wód podziemnych, a więc czynność, którą wskazano w dokumencie złożonym przez wykonawcę SAVA, bezsprzecznie oznacza, iż wykonawca ten najpierw musiał założyć sieć monitoringu wód podziemnych, a następnie przeprowadzić badanie próbek tych wód. Wskazał także, że także Odwołujący zakresu zrealizowanych prac również nie opisał w sposób tak szczegółowy, jak wymaga tego od wykonawcy SAVA.

Tak więc mimo, iż treść przedłożonego dokumentu potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, tym niemniej wykonawca dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu zobowiązany był złożyć dwa dokumenty. Pierwszym z nich powinien być wykaz, drugim zaś dokument potwierdzający należyte wykonanie określonych prac. Niewystarczającym jest więc złożenie tylko jednego dokumentu, w tym przypadku dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie prac, nawet jeżeli jego „treść zawierałaby wszystkie informacje wymagane dla przedstawienia w wykazie (rodzaj, wartość, daty

wykonania, odbiorców).” (W.Dzierżanowski, Dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2009, s. 51).

Tym samym stwierdzić należy, że skoro wykonawca SAVA nie złożył „Wykazu wykonanych usług”, co sam Zamawiający przyznał na rozprawie, a złożenie którego było wymagane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to Zamawiający zobowiązany jest wezwać tego wykonawcę, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do jego uzupełnienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego i ograniczając je do wysokości 3 600,00 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

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 ze 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

^{*} niepotrzebne skreślić