

Sygn. akt: KIO 2730/11

**WYROK**  
**z dnia 3 stycznia 2012 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 stycznia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2011 r. przez **Odwołującego** – REMONDIS Bydgoszcz Sp. z o.o., ul. Inwalidów 45, 85-749 Bydgoszcz, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Miasto Bydgoszcz, ul. Grudziądzka 9-15, 85-130 Bydgoszcz,

przy udziale **Wykonawcy** - Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o., ul. Prądocińska 28, 85-893 Bydgoszcz, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – REMONDIS Bydgoszcz Sp. z o.o., ul. Inwalidów 45, 85-749 Bydgoszcz, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – REMONDIS Bydgoszcz Sp. z o.o., ul. Inwalidów 45, 85-749 Bydgoszcz, 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 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 **Bydgoszcy**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Miasto Bydgoszcz (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Oczyszczanie miasta Bydgoszczy oraz oczyszczanie miejsc przystankowych, torowisk przy przystankach tramwajowych i pętli na terenie miasta Bydgoszczy, w zakresie i na warunkach określonych w załącznikach nr 1 i 2 do SIWZ.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 2 listopada 2011 r., poz. 2011/S 210-342853 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).

W dniu 21 grudnia 2011 r. Remondis Bydgoszcz Sp. z o.o., (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zakwestionowała prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej w części III i IV i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 - 3 Prawa zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy,
- 2) art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - naruszenie zasady jawności postępowania poprzez stosowanie niejednorodnych kryteriów oceny ofert i ustalania spełnienia warunków przez wykonawców,
- 3) art. 9 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - naruszenie zasady pisemności postępowania poprzez niezastosowanie wobec ww. wybranego wykonawcy kryteriów określonych w SIWZ przez Zamawiającego m.in. w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia,
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych - zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania oraz nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż złożył oświadczenie, że posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia, mimo że takiej wiedzy i doświadczenia nie posiada,
- 5) art. 26 ust. 1, 3 i 4 Prawa zamówień publicznych - poprzez wybór wykonawcy, który nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym m.in. oświadczeń, że usługi, które mają potwierdzać jego doświadczenie zostały wykonane przez niego należycie,

6) art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt. 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Opadów ProNatura Sp. z o.o., którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o. z w Bydgoszczy na pakiety III i IV ww. zamówienia publicznego, mimo iż wykonawca ten w ocenie Odwołującego nie ma wiedzy i doświadczenia niezbędnego do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazywał na zakres przedmiotu zamówienia i jego specyfikę oraz wartość zamówienia - kwota podana przez Zamawiającego w dniu otwarcia ofert na pakiet IV wynosi: 235 635,74 zł brutto, a na pakiet III - 230 568,84 zł brutto.

Aby wykazać się posiadaniem odpowiedniego doświadczenia, należało przedstawić wykaz usług wraz z referencjami – tymczasem wybrany wykonawca przedstawił wykaz 5 usług, z których tylko 3 były potwierdzone referencjami załączonymi do oferty. Dodatkowo usługi potwierdzone referencjami były niższej wartości, niż przedmiot zamówienia

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazywał, że zadania obecnie realizowane przez ProNatura w zakresie oczyszczania Miasta Bydgoszczy (rejon I i VI oraz II i V – pozycje 2 i 3 wykazu, które nie zostały potwierdzone referencjami) o wartości 585 368,08 zł i 687 743,50 nie są wykonywane należycie. Wydział Gospodarki Komunalnej i Ochrony Środowiska Urzędu Miasta Bydgoszczy stale nalicza kary dla firmy Pronatura sp. z o.o. Wysokość naliczonych kar przez ww. Wydział jest zbliżona do wartości zamówienia publicznego. Dlatego też ProNatura nie złożyła dokumentów potwierdzających, że ww. usługi zostały wykonane należycie.

Odwołujący zauważał, że jedynym wspólnikiem spółki ProNatura jest gmina Miasto Bydgoszcz. Stąd trudno nie ulec wrażeniu – jak twierdził Odwołujący - że w niniejszym postępowaniu Zamawiający preferuje spółkę, w której jest jedynym wspólnikiem, naruszając przy tym samodzielnie określone warunki udziału w postępowaniu oraz zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący podkreślał, że jeśli Gmina organizuje zamówienie publiczne, gdyż ma zamiar zlecić realizację usług na podstawie zawartej umowy, wówczas ma obowiązek przestrzegać ustalonej procedury postępowania, w tym także podstawowych warunków udzielania zamówień publicznych. Takie same reguły

postępowania winny się w takim przypadku odnosić zarówno do spółki gminnej, jak również do pozostałych wykonawców. Art. 26 ust. 1 Prawa zamówień publicznych obliguje zamawiającego do żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne, co w niniejszej sprawie ma niewątpliwie miejsce. Oświadczenia i dokumenty, które potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ustala w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przedmiotowej sprawie, mimo wymogów postawionych wykonawcom w pkt 5.3. oraz 6.1. pkt 3 SIWZ, Zamawiający w praktyce nie dopilnował, czy wybrany wykonawca spełnił postawione warunki. Co więcej można mieć pewność, iż Zamawiający ma świadomość, że wybrany wykonawca nie spełnia tych warunków. To bowiem Zamawiający samodzielnie nalicza mu kary umowne z tytułu nienależytego wykonywania innego zamówienia publicznego o podobnym charakterze. Wie tym samym, że usługi, które mają potwierdzać doświadczenie w realizacji usług podobnych do przedmiotu zamówienia nie są wykonywane należycie. Dokonując oceny ofert Zamawiający zignorował fakt, że wymaganych dokumentów nie złożyła spółka ze 100% udziałem Zamawiającego. Pomiął również okoliczność, iż spółka ta nie posiada wymaganej wiedzy i doświadczenia, gdyż obecnie wszystkie usługi na rzecz Zamawiającego wykonuje nienależycie. W konsekwencji Odwołujący twierdził, że Przystępujący został potraktowany preferencyjnie w przedmiotowym postępowaniu.

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, a Przystępujący zostałby wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W pkt. 5.3 SIWZ Zamawiający żądał od wykonawców, w celu wykazania posiadania odpowiedniego doświadczenia zawodowego, wykazania się należytym wykonaniem „co najmniej 1 zamówienia w przedmiocie oczyszczania np. ulic, chodników, przystanków, alejek, parkingów, skwerów itp.”, a także przedstawienie wykazu wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie.

2. Przystępujący do oferty załączył wykaz (strony w ofercie bez numeracji, kopia oferty w aktach sprawy) pięciu usług, z których następujące trzy były potwierdzone referencjami:

1) Miasto Bydgoszcz - na zadania porządkowe w okresie od 06.10.2010r do 27.10.2010r., na kwotę 7 500,50 zł (pozycja 1),

2) Lafarge Kruszywa i Beton Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - na zagospodarowanie odpadów oraz oczyszczenie (zamiatanie placu o powierzchni 2000 m<sup>2</sup>) w Bydgoszczy na kwotę 580,00 zł (pozycja 4),

3) Miasto Bydgoszcz - na oczyszczenie chodników w okresie od 25.10.2011r. do 10.11.2011 r. na kwotę 7 386,42 zł (pozycja 5).

Pod tabelą zawierającą wykaz, Przystępujący podał informację, że załączone do oferty referencje dotyczą jedynie powyższych pozycji.

W pozycji 2 i 3 wykazu Przystępujący podał usługi wykonywane dla Miasta Bydgoszcz, na znacznie większe kwoty. Nie załączył dla tychże usług żadnych referencji. Odwołujący twierdził, że te właśnie usługi nie są realizowane należycie i z tego tytułu naliczono kary umowne (złożył na rozprawie pismo, w którym Miasto Bydgoszcz potwierdził wysokość naliczonych kar umownych).

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba uznała, że odwołanie nie jest zasadne. Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w taki sposób, że zasadniczo każda usługa polegająca na oczyszczaniu jakiegokolwiek powierzchni zewnętrznej (katalog rodzajów powierzchni w opisie warunku był podany przykładowo, a więc był otwarty), bez względu na jej wartość - spełniałaby jego wymogi. Skoro Zamawiający nie postawił żadnego warunku brzegowego co do wartości wykonywanych usług, nie można oceniać usług, którymi wykazują się wykonawcy, którzy złożyli oferty, przez pryzmat wartości przedmiotu zamówienia, wbrew temu, co chce Odwołujący. Skoro warunek udziału w postępowaniu nie został zakwestionowany przez środki ochrony prawnej (w terminie, który biegł od opublikowania ogłoszenia i SIWZ), jest wiążący dla wszystkich wykonawców w taki sposób (w takich granicach), w jaki został określony przez Zamawiającego. Dodatkowych wymogów nie można dointerpretować, odwołując się do przedmiotu zamówienia czy jego wartości.

W związku z tym, że aby wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, wystarczyło wykazać się jedną usługą, już którakolwiek z pozycji wykazu udokumentowanych referencjami (z pozycji 1, 4 i 5 wykazu), potwierdziła, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu. Obowiązek wezwania do uzupełnianie dokumentów przewidziany w art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie zaktualizował się więc w takiej sytuacji – Zamawiający nie miał powodu, aby wzywać Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, skoro dokumenty załączone do oferty potwierdzały, że Przystępujący warunek udziału w postawaniu spełnia. Nie ma również obowiązku po stronie wykonawcy załączać do wykazu dokumentów potwierdzających należyte wykonanie wszystkich usług załączonych do wykazu. Gdyby w ogóle nie załączono żadnych referencji, wówczas zaistniałoby po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania do uzupełnienia, ale jeżeli załączono dokumenty, z których wynika, że wykonawca wykonał co najmniej jedną usługę polegającą na oczyszczaniu naliczycie – w takiej sytuacji obowiązek ten się nie ziścił.

W przedmiotowej sprawie nie można również twierdzić, że Przystępujący podał nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania. Przedstawienie w wykazie usług, co do których wykonawca nie może się wykazać odpowiednimi referencjami (choćby z powodu, że usługa została wykonana nienależycie) nie ma wpływu na wynik postępowania, skoro niezależnie od powyższego wykonawca wykazał się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w granicach określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu i SIWZ. Sama okoliczność nienależytego wykonania zamówienia czy naliczenia kar umownych z tytułu nienależytego wykonywania umowy nie dyskwalifikuje wykonawcy z postępowania. Skoro Przystępujący wykazał się wykonaniem co najmniej jednej usługi polegającej na oczyszczaniu, spełnił warunek udziału określony przez Zamawiającego, zatem nie została podstawa do wykluczenia go z postępowania i nie ma podstaw, aby twierdzić, że został potraktowany przez Zamawiającego preferencyjnie.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 – 3, art. 8 ust. 1, art. 9 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 1,3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt. 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

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:**

.....