

WYROK

z dnia 2 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2013 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę

VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A. ul. Zagańska 232a, 25-563 Kielce

w postępowaniu prowadzonym przez

Związek Celowy Gmin MG-6, ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski

przy udziale wykonawcy **TEW Gospodarowanie Odpadami Sp. z o.o. ul. Szosa Bytomska 1, 67-100 Kielcz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A. tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od VEOLIA Usługi dla Środowiska S.A. na rzecz Związku Celowego Gmin MG-6 kwotę 134 zł 00 gr (słownie: sto trzydzieści cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Związek Celowy Gmin MG-6 w Gorzowie Wielkopolskim prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbieranie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Związku Celowego Gmin MG-6 – Sektor II” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 lipca 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 127-218378. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

22 sierpnia 2013 r. odwołujący – Veolia Usługi dla Środowiska S.A. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 24 ust. 1 pkt 11 i ust. 4 w zw. z art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych i z § 3 ust. 1 pkt 7 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) przez zaniechanie wykluczenia z postępowania TEW Gospodarowanie Odpadami Sp. z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale VI ust. 2 pkt g) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. nie przedstawił aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych i z § 3 ust. 1 pkt 7) ww. rozporządzenia przez zaniechanie wezwania TEW Gospodarowanie Odpadami Sp. z o.o. do złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych,

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i w zw. z art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych i z § 1 ust. 1 pkt 3) ww. rozporządzenia przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Laguna Sp. z o.o. w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, zgodnie z wymaganiami określonymi w rozdziale VI ust. 1 pkt c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,

4. art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych i z § 1 ust. 1 pkt 3) ww. rozporządzenia przez zaniechanie wezwania Laguna Sp. z o.o. do złożenia wykazu usług głównych zgodnego z wymaganiami rozdziału VI ust. 1 pkt c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia i do złożenia wyjaśnień odnośnie przedstawionego wykazu w zestawieniu z dokumentami referencji,

5. art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez niezastosowanie wobec TEW Gospodarowanie Odpadami Sp. z o.o. oraz Laguna Sp. z o.o. przepisów wskazanych w punktach 1-4.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenie z postępowania wykonawców: TEW Gospodarowanie Odpadami Sp. z o.o. i Laguna Sp. z o.o. i uznanie ich ofert za odrzucone,
3. nakazanie zamawiającemu wezwania TEW Gospodarowanie Odpadami Sp. z o.o. do przedłożenia aktualnych na dzień składania ofert informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczących wszystkich członków zarządu tej spółki,
4. nakazanie zamawiającemu wezwania Laguna Sp. z o.o. do złożenia prawidłowego dokumentu wykazu głównych usług potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w rozdziale VI ust. 1 pkt c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia i złożenia wyjaśnień odnośnie właściwego okresu wykonywanych usług,
5. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania wg norm przepisanych i zgodnie ze spisem kosztów.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że zamawiający dokonał wyboru oferty TEW Gospodarowanie Odpadami Sp. z o.o. niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wykonawca ten podlega wykluczeniu z powodu niezłożenia aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącej członków zarządu: Bartosza L. i Dariusza B. Załączone do oferty tego wykonawcy informacje z KRK dotyczące wyżej wskazanych osób ograniczają się wyłącznie do zapytania wskazanego przez samego wykonawcę w punkcie 11. „Zapytania o udzielenie informacji o osobie” w ściśle ograniczonym zakresie tj. „Prawo zamówień publicznych art. 24 ust. 1 pkt 4-8”. Wykonawca w powyższym wniosku samodzielnie określił zakres informacji z KRK, który chce pozyskać i ograniczył go wyłącznie do punktu 4-8 art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie przedstawił zatem aktualnej informacji z

Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, a taki dokument był wymagany przez zamawiającego.

Zamawiający powinien egzekwować od wykonawców ustalone przez siebie warunki dokładnie w sposób, w jaki zostały przewidziane. W rozdziale VI ust. 2 pkt g) specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca przedłoży aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Zamawiający zaniechał wezwania tego wykonawcy do przedłożenia dokumentu aktualnej informacji z KRK.

Zgodnie z ust. 1 pkt c) rozdziału VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wykazu głównych usług według załącznika nr 4 do specyfikacji, w którym wykonawca miał wskazać usługi na łączną wartość brutto minimum 1.000.000.00 PLN polegające na odbieraniu w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy, odpadów komunalnych z nieruchomości oraz załączyć dowody potwierdzające, że usługi te wykonane zostały należycie.

Wykonawca Laguna Sp. z o.o. złożył wykaz, w którym wskazywane przez niego terminy wykonania zamówienia i odnoszące się do nich kwoty nie pokrywają się z terminami podanymi przez odbiorców tych usług w załączonych referencjach. Przykładowo z referencji od Spółdzielni Mieszkaniowej „Dolinka” w Gorzowie Wlkp. wynika, że wykonawca w latach 2011-2013 wykonał należycie usługi odbioru odpadów komunalnych o łącznej wartości 1.768.383,90 zł, a w wykazie głównych usług sam wykonawca podaje przy tej samej kwocie, co wskazana w referencjach, termin wykonania zamówienia: „od 01.10.2000 – ”.

Wszystkie pozostałe referencje, z wyjątkiem pochodzących od Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej, w zestawieniu z wykazem głównych usług wypełnionym przez wykonawcę wskazują na inny okres realizacji usług niż podany w referencjach przez odbiorców usług.

W tych okolicznościach trudno uznać, czy kwoty wskazane w wykazie odnoszą się do lat 2011-2013, czy też do dłuższego niż 3 lata okresu wykonywania usług.

Zgodność dat realizacji usług z informacjami wynikającymi z referencji jest istotna z uwagi na zakres określony przez zamawiającego oczekiwania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, tj. wykazania wykonania usług o łącznej wartości min. 1 mln zł realizowanych w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert, nie zaś w ciągu 13 lat.

Z uwagi na powyższe nieścisłości i rozbieżność pomiędzy wykazem głównych usług a załączonymi referencjami zamawiający powinien wezwać Laguna Sp. z o.o. do złożenia prawidłowego dokumentu wykazu oraz do złożenia wyjaśnień.

W sytuacji, w której zamawiający dokonywał oceny i wyboru ofert bez wcześniejszego wezwania wykonawcy, nie istniały podstawy do zweryfikowania przedstawionego wykazu głównych usług i przyjęcia przez zamawiającego, że załączone dokumenty potwierdzają spełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, zatem wykonawca powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a jego oferta uznana za odrzuconą w oparciu o art. 24 ust. 4.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na rzecz zamawiającego od odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W ocenie zamawiającego brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy TEW Gospodarowanie Odpadami Sp. z o.o. w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z § 3 pkt 7 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Wykonawca ten złożył na dzień otwarcia ofert zaświadczenie o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego z adnotacją „NIE FIGURUJE”. Niezawarcie w treści nawiązania do art. 24 ust. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych co do zasady potwierdza również brak podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie tego przepisu, jeżeli bowiem dane osobowe osoby lub podmiotu zbiorowego, których dotyczy zapytanie lub wnioski, nie są zgromadzone w Krajowym Rejestrze Karnym i zostały wydane z adnotacją na zapytaniu „NIE FIGURUJE”, osoba taka lub podmiot zbiorowy w ogóle nie figuruje w Rejestrze z tytułu skazania za jakiegokolwiek przestępstwo. Skoro więc dana osoba w ogóle nie figuruje w Krajowym Rejestrze Karnym, to również nie została skazana za przestępstwo, o którym mowa w art. 9 oraz art. 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. poz. 769).

Ponadto TEW Gospodarowanie Odpadami Komunalnymi Sp. z o. o. złożył oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, w którym oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc również jego punktu 11.

Powyższy sposób udzielania informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczy zarówno przypadku, gdy w zapytaniu lub wniosku określono zakres i rodzaj danych, które mają być przedmiotem informacji, jak również przypadku, gdy nie został on w ogóle określony.

W § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 maja 2012 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz.U. z 2012 r. poz. 518) określono, że jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek: 1) nie są zgromadzone w Rejestrze, 2) są zgromadzone w Rejestrze z zastrzeżeniem, o którym mowa w art. 20 ust. 1c ustawy, przy czym skazanie objęte zastrzeżeniem jest jedynym skazaniem osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek – zapytanie lub wniosek zwraca się podmiotowi zapytującemu lub wnioskodawcy z adnotacją „NIE FIGURUJE”. Stosownie do § 9 ust. 1 ww. rozporządzenia, jeżeli dane osobowe osoby, której dotyczy zapytanie lub wniosek, są zgromadzone w Rejestrze, informacji o osobie z Rejestru udziela się na formularzu, o którym mowa w § 8 pkt 2. Do informacji załącza się nadesłane zapytanie lub wniosek. Oznacza to, że także brzmienie przepisu wykonawczego dotyczącego Krajowego Rejestru Karnego dopuszcza jeden sposób podania informacji o osobie w przypadku niepopelnienia przestępstwa w znaczeniu formalnym.

Przełożony przez wykonawcę Laguna Sp. z o.o. wykaz głównych usług został sporządzony na załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i stanowi oświadczenie wykonawcy. Wykonawca dla usług o charakterze ciągłym konsekwentnie nie wpisywał dat końca ich realizacji, gdyż byłoby to nieprawdą – usługi są ciągle realizowane. W takiej sytuacji nie ma przesłanki, aby uznać taki dokument za wadliwy i żądać jego uzupełnienia. Dołączone do wykazu listy referencyjne i inne dokumenty poświadczające wykonanie usług mogą stanowić uzupełnienie informacji o wykonanych lub wykonywanych usługach i tak jest w tym przypadku. List referencyjny Spółdzielni Mieszkaniowej „Dolinka” w Gorzowie Wielkopolskim stanowi dokument poświadczający jednoznacznie wykonanie usługi w latach 2011-2013 o łącznej wartości 1.768.383,90 zł, co potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca TEW Gospodarowanie Odpadami Komunalnymi Sp. z o. o. wnosząc o oddalenie odwołania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny nie jest sporny pomiędzy stronami.

Co do zarzutu dotyczącego przedstawienia przez TEW Gospodarowanie Odpadami Komunalnymi Sp. z o. o. nieprawidłowej informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla członków zarządu spółki Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Wykonawca ten załączył do oferty informację z Krajowego Rejestru Karnego w postaci standardowego formularza „Zapytania o udzielenie informacji o osobie” opatrzonego przez Punkt Informacyjny Krajowego Rejestru Karnego adnotacją „NIE FIGURUJE w Kartotece Karnej KRK”. Oba formularze zawierały w punkcie 11. pod nazwą „Wskazanie postępowania, w związku z którym zachodzi potrzeba uzyskania informacji o osobie” wpis „Prawo zamówień publicznych, art. 24 ust 1 pkt 4-8”. Natomiast w punkcie 13. formularza pod nazwą „Zakres danych, które mają być przedmiotem informacji o osobie” brak jest jakichkolwiek wpisów.

Należy zwrócić uwagę, iż wskazanie w punkcie 11. zapytania postępowania, o którym mowa w art. 6 ust. 1 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym, w związku z którym zachodzi potrzeba uzyskania informacji o osobie dotyczy zapytań kierowanych przez sądy, Trybunał Stanu i Trybunał Konstytucyjny, prokuratorów, policji, organy prowadzące postępowania i wykonujące orzeczenia w sprawach karnych, karno-skarbowych i o wykroczenia, organy administracji, pracodawców itd. Natomiast osoby fizyczne kierująca zapytanie ich dotyczące, nie muszą wskazywać przyczyn takiego zapytania (art. 19 ust. 3 ustawy).

Z kolei osoby pytające nie ograniczyły zapytania poprzez wskazanie zakresu danych, które mają być przedmiotem informacji o osobie.

Tym samym można przyjąć, iż, punkt informacyjny KRK udzielił odpowiedzi w pełnym zakresie danych z Rejestru, a informacja „NIE FIGURUJE” oznacza, że zachodzi sytuacja opisana w § 9 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 2 maja 2012 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym, tj. osoba, której dotyczy zapytanie, nie figuruje w tym rejestrze. Samo zapytanie zaś nie jest błędne i stanowi dowód na okoliczność braku skazania również za przestępstwo, o którym w ustawie z dnia 15 czerwca

2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Tym samym zamawiający poprawnie uznał, że wykonawca udowodnił, iż nie podlega wykluczeniu.

Co do zarzutu dotyczącego wad treści wykazu usług przygotowanego przez Laguna Sp. z o.o. Izba uznała, że również ten zarzut się nie potwierdził.

Wykonawca ten wskazał w przedmiotowym wykazie szereg usług, które wykonał lub wykonuje. W kolumnie odnoszącej się do wartości zamówienia wskazał kwoty, a w kolumnie dotyczącej okresu wykonywania usług daty, które w dużej części wykraczają poza wymagany przez zamawiającego okres trzyletni liczony wstecz od upływu terminu składania ofert.

Rzeczywiście, na podstawie tak przygotowanego wykazu można mieć wątpliwości, czy podane przez wykonawcę kwoty odnoszą się do wymaganego dla spełnienia warunku okresu 3 lat, czy też całości umów, które to wątpliwości powinny być rozwiane poprzez stosowne wyjaśnienia, które ewentualnie mogą skutkować też uzupełnieniem dokumentu.

Jednak w połączeniu z informacjami pochodzącymi od odbiorców tych usług, którzy potwierdzając ich należyte wykonanie wskazują też wartość usług wykonanych w latach 2011-2013, łatwo można dostrzec, iż są to te same kwoty, które wykonawca wskazał w wykazie usług. Zatem w konsekwencji zamawiający zyskał wyjaśnienia, jakiego okresu wykonywania umowy dotyczą podane kwoty. Nie ma więc potrzeby, by tę kwestię wyjaśniać (jest to jednoznaczne) lub tym bardziej dokument uzupełniać (nie wskazano okoliczności, które wskazywałyby, że kwoty te są błędne czy nieprawdziwe).

Dotyczy to również dat wykonania usług. Owszem, szczególnie w pozycji 1. dotyczącej Spółdzielni Mieszkaniowej „Dolinka” wykonawca podał datę rozpoczęcia świadczenia usługi oraz myślnik (w znaczeniu „do”), który wskazywałby, iż powinien być dalszy ciąg, tj. data zakończenia, brak też określenia typu „nadal”. Jednak wobec wiedzy wynikającej z innych dokumentów, iż usługa jest wciąż świadczona, zbędne jest wzywaniem wykonawcy, by *pro forma* taką informację wpisał.

Tym samym Izba nie stwierdziła ani podstaw do wykluczenia wykonawcy Laguna Sp. z o.o., ani zaniechania zamawiającego w zakresie wyjaśnienia lub uzupełnienia tych dokumentów.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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: