Sygn. akt: KIO 497/19

WYROK

z dnia 12 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Anna Wojciechowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 kwietnia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2019 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (pełnomocnik) z siedzibą w Chorzowie oraz J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „EKO - GLOB" Przedsiębiorstwo Komunalne K. J. z siedzibą w Bełsznicy** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Godów**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (pełnomocnik) z siedzibą w Chorzowie oraz J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „EKO - GLOB" Przedsiębiorstwo Komunalne K. J. z siedzibą w Bełsznicy** i

2.1.Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (pełnomocnik) z siedzibą w Chorzowie oraz J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „EKO - GLOB" Przedsiębiorstwo Komunalne K. J. z siedzibą w Bełsznicy,**

2.2.Zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (pełnomocnik) z siedzibą w Chorzowie oraz J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „EKO - GLOB" Przedsiębiorstwo Komunalne K. J. z siedzibą w Bełsznicy**na rzecz **zamawiającego Gminy Godów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach.**

Przewodniczący:……..

Sygn. akt KIO 497/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Godów - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *pn. Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz nieczystości stałych. Numer referencyjny: FZ-ZP.271.1.16.2018.* Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia20 grudnia 2018 r., za numerem 2018/S 245-561166. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm., zwanej dalej „ustawą pzp").

W dniu 22 marca 2019 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (pełnomocnik) z siedzibą w Chorzowie oraz J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „EKO - GLOB" Przedsiębiorstwo Komunalne K J. z siedzibą w Bełsznicy – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w zakresie części 1 zamówienia pn. Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Godów w latach 01.04.2019 — 30.06.2020, a mianowicie:

1. Wyboru oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego „Komunalnik" Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdrój jako najkorzystniejszej;

2. Zaniechania wykluczenia Komunalnik i odrzucenia oferty Komunalnik;

3. Zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp, przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający

uczciwą konkurencję oraz nierówne traktowanie wykonawców, a to poprzez nieuzasadniony wybór oferty Komunalnik, zaniechanie odrzucenia oferty Komunalnik, a w ślad za tym zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, przez zaniechanie wykluczenia Komunalnik w sytuacji, w której wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu;

3. art. 24 ust. 4 ustawy pzp, przez wybór oferty Komunalnik jako najkorzystniejszej w sytuacji gdy oferta Komunalnik winna zostać uznana za odrzuconą;

4. art. 91 ust. 1 ustawy pzp, przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) Unieważnienie czynności wyboru oferty Komunalnik jako najkorzystniejszej w zakresie Zadania nr 1;

2) Ponowne przeprowadzenie badania i oceny ofert w zakresie Zadania nr 1;

3) Wykluczenie Komunalnik i uznanie oferty Komunalnik za odrzuconą z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu;

4) Wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej z zakresie Zadania nr 1;

5) Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, iż zgodnie z brzmieniem SIWZ pkt 5.1 (Warunki udziału w postępowaniu), 5.1.3 (zdolności technicznej lub zawodowej); warunki dla części 1, Zamawiający wymagał następującego doświadczenia : 5.1.3.1 W okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonali lub wykonują minimum 1 usługę odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy w ciągu następujących po sobie 12 miesięcy o masie łącznej odebranych odpadów nie mniejszej niż 2000 Mg/rok, w ramach którego Wykonawca przekazywał wszystkie odebrane od właścicieli nieruchomości zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych. Termin składania ofert w Postępowaniu upływał w dniu 5 lutego 2019r. Na wykazanie powyższego warunku wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia, zgodnie z pkt 7.1.4 SIWZ, wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 lutego 2019r. Komunalnik przedstawił min. wykaz - doświadczenie wykonawcy z dnia 11 lutego 2019r. wraz z referencjami firm: 1. Transgór S.A. z siedzibą w Rybniku z dnia 31 stycznia 2019r. 2. EKO M. G., J. K., A S. Sp. j. z siedzibą w Rybniku z dnia 31 stycznia 2019r.

Zamawiający w dniu 19 lutego dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej dla Zadnia nr 1 i wybrał ofertą Komunalnik. Następnie w dniu 25 lutego 2019 r. Zamawiający poinformował, że uchyla czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i przystępuje do ponownego badania i oceny ofert. Po ponownym badaniu i ocenie ofert w dniu 12 marca 2019 r. Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej dla Zadania nr 1 i ponownie wybrał ofertę Komunalnik. Odwołujący podkreślił, że ponowny wybór oferty Komunalnik nastąpił po ponownym wezwaniu Zamawiającego (błędnie opartym o art. 26 ust. 1 ustawy pzp zamiast prawidłowo o art. 26 ust. 3 ustawy pzp) do złożenia dokumentów (z dnia 4 marca 2019 r.) w tym wykazu - doświadczenia wykonawcy. Nowy wykaz wraz z referencjami Wykonawca Komunalnik złożył w dniu 8 marca 2019 r.

Odwołujący wskazał, że termin składania ofert minął w dniu 5 lutego 2019 r., więc oczywistym jest, że Komunalnik nie wykazał niezbędnego elementu warunku udziału, o którym mowa powyżej, a to aby wykazywana usługa trwała przez okres co najmniej następujących po sobie 12 miesięcy. Komunalnik powołał się na realizację usługi w okresie 01.03.2018 - 28.02.2019, który to okres 12 miesięcy wykracza poza datę terminu składania ofert. Zatem na dzień

składania ofert powołana usługa nie trwała przez okres wymaganych SIWZ co najmniej następujących po sobie 12 miesięcy. Podniósł, że w doktrynie i orzecznictwie KIO ugruntowane jest stanowisko, iż warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia bezwzględnie muszą być spełnione na dzień składania ofert. Powołał się na wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2018 r., sygn. akt: KIO 65/18.

Tym samym Zamawiający działając prawidłowo powinien na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz ust. 4 ustawy wykluczyć Komunalnik, a jego ofertę uznać za odrzuconą, natomiast jako ofertę najkorzystniejszą dla Zadania nr 1 wybrać ofertę Odwołującego.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania w dniu 8 kwietnia 2019 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „Komunalnik" Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdrój.

Izba ustaliła, co następuje:
W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że wobec niedochowania terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, zgłoszone przystąpienie nie spełniało wymogów formalnych określonych w art. 185 ust. 2 ustawy i jako takie było nieskuteczne. Izba ustaliła, że Zamawiający przesłał innym wykonawcom kopię złożonego odwołania w dniu 25 marca 2019 r., a zgłoszenie przystąpienia nastąpiło w dniu 29 marca 2019 r. Zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 2 ustawy pzp: *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania […].*Mając na względzie powyższe Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało zgłoszone z 1 - dniowym opóźnieniem. Izba postanowiła nie dopuścić do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „Komunalnik" Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdrój.
Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami i zgłoszenie przystąpienia.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt 5.1.3.1. SIWZ Zamawiający postawił w postępowaniu następujący warunek udziału w zakresie zdolności technicznej; O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy, w zakresie części I: *5.1.3.1 W okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonali lub wykonują minimum 1 usługę odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy w ciągu następujących po sobie 12 miesięcy o masie łącznej odebranych odpadów nie mniejszej niż 2000 Mg/rok, w ramach którego Wykonawca przekazywał wszystkie odebrane od właścicieli nieruchomości zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych.*

Otwarcie ofert odbyło się w dniu 5 lutego 2019 r.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca Komunalnik w dniu 8 marca 2019 r. złożył wykaz na potwierdzenie doświadczenia o następującej treści: *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Jastrzębie Zdrój z nieruchomości zamieszkałych. Usługa ta obejmowała odbieranie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych w ciągu następujących po sobie 12 miesięcy. Łączna masa odebranych odpadów wyniosła powyżej 2000 Mg. Wszystkie odebrane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przekazano do RIPOK. Na kwotę 5 056 238,22 zł. Termin wykonania: 01.03.2018 do nadal, sparametryzowaliśmy wartości i ilości 01.03.2018 - 28.02.2019. Generalny Wykonawca: Eko M. ., J. K., A. S. - nieruchomości zamieszkane na terenie Miasta Jastrzębie - Zdrój; Generalny Zamawiający: Urząd Miasta Jastrzębie - Zdrój.* Do wykazu Wykonawca dołączył referencje firmy EKO M. G., J. K. A S. Sp. j. z siedzibą w Rybniku, w których

stwierdzono m.in. że wykonawca Komunalnik: *jako Podwykonawca świadczy usługi na rzecz Miasta Jastrzębie-Zdrój w przedmiocie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych na podstawie zawartej umowy z dnia 25.01.2018 r. w okresie od 01.03.2018 r. do nadal. Całkowita wartość wykonanej usługi do dnia 28.02.2019 r. wynosi 5.056.238,22 złotych. Za okres od 01.03.2018 r. do 28.02.2019 r. z posesji zamieszkałych zostały odebrane niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, odpady zielone, odpady wielogabarytowe, odpady segregowane oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania w ilości 11.737,99 Mg. […] Niniejszy dokument jest uzupełnieniem listu referencyjnego z dnia 31.01.2019 r.*

W myśl art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp: *Z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu […]*

Po pierwsze podkreślenia wymaga, że przedmiotem rozstrzygania przez Izbę jest prawidłowość czynności Zamawiającego w postępowaniu w oparciu o dokumenty, które legły u podstaw decyzji Zamawiającego. W niniejszej sprawie jest to czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dokonana na podstawie dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku zdolności technicznej przez Wykonawcę Komunalnik w dniu 8 marca 2019 r.

Zaznaczenia także wymaga, że warunek udziału w postępowaniu wykonawca jest zobowiązany spełnić najpóźniej na dzień składania ofert, a nie na dzień składania dokumentów potwierdzających jego spełnienie. W myśl znowelizowanych przepisów ustawy pzp wykonawca może oczywiście przedstawić dokumenty aktualne na dzień ich złożenia, ale potwierdzające spełnienie warunku na dzień składania ofert.

W niniejszej sprawie kwestią sporną stała się interpretacja warunku w zakresie zdolności technicznej - doświadczenia wykonawcy.

Należy zauważyć, że Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu, którego interpretacja może budzić wątpliwości. Zamawiający powinien był sprecyzować brzmienie tego warunku w sposób jednoznaczny. Jednakże, na obecnym etapie postępowania nie jest możliwa zmiana treści warunku a wykonawców obowiązuje jego brzmienie nadane w specyfikacji. Podkreślenia wymaga, że niejednoznaczność czy brak precyzji brzmienia warunku udziału, zgodnie z utrwalonym poglądem Izby, nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, który składając ofertę w postępowaniu stara się wykazać jego spełnienie.

Zdaniem Izby nie można podzielić stanowiska Odwołującego, iż z treści ww. warunku udziału wynika, że usługa miała być wykonywana przez co najmniej 12 miesięcy. Takie twierdzenie stanowi nadinterpretację warunku. Z jego treści wynika bowiem, że jeśli wykonawca na dzień składania ofert nadal wykonuje usługę, która obejmuje 12 następujących po sobie miesięcy, to również spełnia warunek udziału w postępowaniu. Bezspornym było, że na dzień składania ofert Wykonawca Komunalnik był jeszcze w trakcie wykonywania usługi, która w sumie obejmowała 12 miesięcy. Z treści warunku nie wynika aby Zamawiającemu zależało na wyłonieniu wykonawcy, który wykonywał usługę przez określony czas, a raczej na ciągłości samej usługi i odebrania w ramach jej realizacji określonej ilości odpadów. Odwołujący nie zakwestionował niespełnienia warunku w odniesieniu do ilości zebranych odpadów, która znacznie przekraczała minimalną ilość wymaganą przez Zamawiającego. Logicznym jest, że wykonawca który w krótszym okresie czasu jest w stanie zebrać większą ilość odpadów daje rękojmię należytej realizacji zamówienia. Podkreślić należy, że interpretacja przeprowadzona przez Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w treści warunku, który nie zawiera wymagania „co najmniej" 12 miesięcy.

Dlatego też, Izba uznała, że Wykonawca Komunalnik spełnił warunek udziału w postępowaniu, a Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 oraz § 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty zastępstwa prawnego na podstawie faktury VAT przedłożonej przez Zamawiającego na rozprawie.
Izba nie uwzględniła kosztów w wysokości 1 572,30 z tytułu kosztów zastępstwa prawnego, stosownie bowiem do § 3 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 2018 r. poz. 972), do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż 3 600,00 zł.

Przewodniczący:……...