

WYROK

z dnia 24 stycznia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Remondis spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa - w trybie przetargu nieograniczonego na „*utrzymanie zieleni niskiej oraz utrzymanie czystości i porządku na terenach parków, skwerów i zieleńców administrowanych przez Dzielnicę Śoliborz m. st. Warszawy w latach 2011-2013*”, przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego POLSUPER spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Robót Ogrodniczych Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia wykonawcy Remondis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie a także odrzucenia oferty tego wykonawcy;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego Remondis spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 15.034 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy trzydziestu czterech złotych, zero groszy) przez Zamawiającego – Miasto Stołeczne Warszawa, na rzecz Odwołującego Remondis spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*utrzymanie zieleni niskiej oraz utrzymanie czystości i porządku na terenach parków, skwerów i zieleńców administrowanych przez Dzielnicę Śoliborz m. st. Warszawy w latach 2011-2013*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia wynosi 5.700.515,28 zł (1.484.895,88 euro).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S242-370028 w dniu 14 grudnia 2010r.

Zamawiający w dacie 5 stycznia 2011r. powiadomił wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego POLSUPER spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Miejskiego Przedsiębiorstwa Robót Ogrodniczych Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie a także o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty złożonej przez Odwołującego.

Od czynności odrzucenia oferty, Odwołujący w dniu 14 stycznia 2011r. wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu, pomimo faktu, iż wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu;
- 2) art. 24 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nie zawiadomienie

Wykonawcy o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu oraz przez niepodanie wystarczającego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty - w sposób, który pozwalałby określić przyczyny wykluczenia i umożliwić Wykonawcy obronę w postępowaniu odwoławczym;
3) art. 43 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez określenie terminu składania ofert krótszego niż 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną;

KIO 85/11 2

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie przez Zamawiającego oferty Wykonawcy, która to oferta nie podlegała odrzuceniu, bowiem nie dotyczyła wykonawcy wykluczonego z postępowania, ani wykonawcy którego oferta nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 5) art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nie podanie wystarczającego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty - w sposób, który pozwalałby określić przyczyny odrzucenia i umożliwić Wykonawcy obronę w postępowaniu odwoławczym;
- 6) art. 91 a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez rezygnację z przeprowadzenia aukcji elektronicznej, mimo braku ku temu podstaw;
- 7) art. 91 b ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez niezaproszenie wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej;
- 8) art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 91 a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wybór oferty w drodze oceny ofert, bez przeprowadzenia aukcji elektronicznej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia Wykonawcy Remondis Spółki z o.o. z udziału w postępowaniu;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Wykonawcy Remondis Spółki z o.o.;
- 3) powtórzenia wszystkich czynności zamawiającego poczynawszy od otwarcia ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 4) przeprowadzenia przez Zamawiającego aukcji elektronicznej, jako wyboru oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że:

- wartość zamówienia w postępowaniu przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc kwotę 193.000 Euro dla usług. W takiej sytuacji, stosownie do art. 43 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie; ogłoszenie o zamówieniu zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym w dniu 9 grudnia 2010 r., co oznacza, iż termin do składania ofert nie mógł upłynąć wcześniej, aniżeli w dniu 18 stycznia 2011 r.;

KIO 85/11 3

- nie jest wykluczonym, iż w należycie wyznaczonym okresie związania ofertą mogło pojawić się więcej oferentów, jednak wobec zbyt krótkiego czasu nie mieli oni możliwości czy to zebrania referencji, czy też uzyskania zapewnień od swoich podwykonawców, iż ci udzielą im środków niezbędnych dla wykonania zamówienia, „używając” referencji;

- zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, Wykonawca musi spełniać wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia, poprzez wykazanie, iż zrealizował lub realizuje co najmniej dwie usługi [wykonane/wykonywane w warunkach miejskich na terenach parków, skwerów i zieleńców, każda z usług wykonana/wykonywana przez okres nie krótszy niż dwa miesiące], obejmujące swym zakresem zamykanie placów i alejek parkowych o łącznej powierzchni nie mniejszej niż 5 ha, o wartości brutto nie mniejszej niż 5 000,- zł [każda usługa];

- zrealizowanie czterech usług, obejmujących swym zakresem czynności wymienione w opisie ww. warunku na obszarze o łącznej powierzchni 10,54 ha [gdzie wartość każdej z czterech usług przekraczała 5.000 zł], stanowi spełnienie wymogu udziału w postępowaniu;

- skoro w opisie wymogu użyto słowa „o łącznej” powierzchni nie mniejszej niż 5ha, ilość hektarów składających się na każdą usługę może być dowolna, niemniej łącznie muszą to być minimum 2 usługi i razem minimum 5 hektarów;

- nie jest zrozumiałe, dlaczego Zamawiający wskazuje, iż sformułowanie „każda usługa” dotyczy również wymogu powierzchni powyżej 5 ha, skoro wymóg „każda usługa” znajduje się w zupełnie innej części zdania wielokrotnie złożonego [po przecinku] i wyraźnie dotyczy tylko i wyłącznie ceny; nie ulega zatem wątpliwości, iż dozwolone jest łączenie powierzchni, natomiast niemożliwe jest łączenie wartości usług, bowiem tylko do tego wymogu zaznaczono, iż każda musi mieć wartość powyżej 5.000 zł brutto;

- treść wezwania nie tłumaczy stanowiska Zamawiającego, ani nie uzasadnia przyjętej przezeń wykładni specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający całkowicie błędnie interpretuje jasną językowo konstrukcję tego wymogu, w szczególności poprzez pominięcie w wezwaniu frazy „o łącznej” i jej znaczeniu dla treści wymogu;

- czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty narusza art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem brak było podstaw do jej odrzucenia [w tym do uprzedniego wykluczenia wykonawcy, której to czynności Zamawiający w ogóle nie dokonał w toku postępowania]. Zamawiający do dnia rozstrzygnięcia przetargu nie wykluczył Wykonawcy z postępowania, więc odrzucanie jego oferty na podstawie rzekomego uprzedniego

KIO 85/11 4

wykluczenia jest również niezgodne z ustawą [art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych]. Takie opisanie swoich czynności wobec Wykonawcy nie koresponduje również z treścią art. 24 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wadliwy i niejasny dla Wykonawcy sposób określenia wykluczenia Wykonawcy/odrzućenia jego oferty determinuje wnioski odwołania i przejawia się zarówno w unieważnieniu czynności wykluczenia, jak i czynności odrzucenia oferty;

- złożono w postępowaniu trzy ważne oferty, co stosownie do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ustawy zobowiązywało Zamawiającego do przeprowadzenia aukcji.

Do postępowania wywołanego wniesieniem odwołania przez wykonawcę Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłosili przystąpienie i zostali dopuszczeni do postępowania odwoławczego stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: POLSUPER spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Ogrodniczych Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie.

Zamawiający w dniu 21 stycznia 2011r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożone przez wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania Zamawiający będzie obowiązany uznać ofertę Odwołującego za ważną i przeprowadzić z udziałem

KIO 85/11 5

Odwołującego przewidywaną w ogłoszeniu o zamówieniu w razie złożenia co najmniej trzech nie podlegających odrzuceniu ofert aukcję elektroniczną w celu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W analizowanej sprawie dopatrzoneo się takich naruszeń. I tak, uzasadniając dokonane rozstrzygnięcie, w zakresie podniesionych zarzutów uwzględniono okoliczności:

1. W części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt 1.2 Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, przewidujący obowiązek, aby wykonawcy *realizowali/realizują co najmniej*:

- a) **dwie usługi** (*wykonane/wykonywane w warunkach miejskich na terenach parków, skwerów i zieleńców*), obejmujące swym zakresem koszenie trawników na terenie płaskim o łącznej powierzchni nie mniejszej niż 15 ha, o wartości brutto nie mniejszej niż 15 000,- zł (każda usługa);
- b) **dwie usługi** (*wykonane/wykonywane w warunkach miejskich na terenie parków, skwerów i zieleńców*, każda usługa wykonana/wykonywana przez okres nie krótszy niż dwa miesiące), obejmujące swym zakresem zamykanie placówi alejek parkowych o łącznej powierzchni nie mniejszej niż 5 ha, o wartości brutto nie mniejszej niż 5 000,- zł (każda usługa).

Sporną w analizowanej sprawie stała się kwestia spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, w części opisanej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w części III pkt 1.2 b), a przede wszystkim rozumienie tego postanowienia specyfikacji, a następnie, czy Odwołujący warunek ten spełnia czy też nie. Odwołujący wykazuje, iż wymagane, by wykonawca zamykał odpowiednie przestrzenie o powierzchni co najmniej 5 ha dotyczy łącznie obu wymaganych usług [co oznacza, że powierzchnie zamykane z obu tych usług można zsumować], Zamawiający zaś stoi na stanowisku, że z konstrukcji zdania opisującego sporny warunek wynika obowiązek wykazania się dwoma usługami, z których każda z osobna winna dotyczyć powierzchni co najmniej 5 ha i mieć wartość nie mniejszą niż 5.000 zł.

W pierwszym rzędzie dostrzeżenia wymaga, że zacytowane wyżej postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia [część III pkt 1.2 ppkt b)] wykazuje dostrzegalne niedostatki staranności, które pozwalają różnie interpretować intencje Zamawiającego w zakresie postawionego warunku udziału w postępowaniu. Te odmienne interpretacje ujawniły się na

KIO 85/11 6

etapie postępowania odwoławczego [a wcześniej – w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego: na etapie składania przez Odwołującego oferty, wezwania Zamawiającego do jej uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wreszcie w odpowiedzi Odwołującego na to wezwanie], gdy strony postępowania: Zamawiający oraz Odwołujący prezentowali różne rozumienie tego samego postanowienia.

Należy przypomnieć ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, będących wynikiem błędów lub braku wymaganej staranności przy sporządzaniu dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, w tym w szczególności przy dokonywaniu czynności o szczególnej doniosłości dla wykonawców, stanowiącej opis warunków udziału w postępowaniu. Należy w tym miejscu podkreślić, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu, wyznaczając wykonawcom ramy, w jakich mogą się poruszać celem złożenia poprawnej, niepodlegającej odrzuceniu oferty. Wszelkie nieścisłości, sprzeczności w jej brzmieniu winny być traktowane w sposób nie wywołujący negatywnych skutków dla wykonawców, którzy w dobrej wierze składają w odpowiedzi na jej postanowienia swoje oferty.

Dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Odwołującego – jej odrzucenie, poprzedzone wezwaniem z dnia 23 grudnia 2010r. do uzupełnienia wykazu usług, może wskazywać na wyrażoną następnie intencję Zamawiającego, która jednak nie uzyskała wystarczająco jasnego brzmienia w specyfikacji, a mogła być co najwyżej w sposób pośredni wydedukowana przez wykonawców. Rozłożenie akcentów wskazanego warunku, jego konstrukcja nie pozwala uznać, że wskazany zapis jest jednoznaczny. Na gruncie treści postanowienia część III pkt 1.2 ppkt b specyfikacji istotnych warunków zamówienia można bowiem dojść do zarówno do wniosku, że postawiono w postępowaniu wymaganie wykazania się doświadczeniem w zamykaniu powierzchni 5 ha w odniesieniu do wszystkich wykazywanych usług rozpatrywanych łącznie, jak uprawniona jest taka interpretacja wskazanego postanowienia, zgodnie z którą wykonawcy obowiązani byli wykazać się realizacją przynajmniej dwóch usług zamykania odpowiednich powierzchni, z których każda samodzielnie dotyczyła powierzchni co najmniej 5 ha. Konstrukcja wskazanego postanowienia, w szczególności ujęcie wymagania by sporna część warunku dotyczyła obu usług w nawiasie następującym po wskazaniu minimalnej wartości brutto, jak również podanie, iż warunek co najmniej 5 ha powierzchni zamykanej

KIO 85/11 7

dotyczy „łącznej” powierzchni, bez sprecyzowania czy owa łączna powierzchnia odnosi się do placów i alejek ujętych w jednej usłudze czy też może wszystkich wykazywanych usług, czy wreszcie przynajmniej dwóch usług, jakich wymaga Zamawiający, nie pozwala jednoznacznie, z całą pewnością przesądzić jednej jego interpretacji.

Istotnie, Wykonawcy w spornym zakresie zaniechali zadawania pytań w odniesieniu do brzmienia spornego postanowienia specyfikacji, które wydawałyby się zasadnymi, biorąc pod uwagę ujawniające się na gruncie postępowania odwoławczego nieścisłości tego zapisu. Powyższe jednak nie zdejmuje z Zamawiającego odpowiedzialności za poprawne przygotowania postępowania i nie wywołujące wątpliwości opracowanie najważniejszego dokumentu postępowania, jakim jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Niewątpliwą na gruncie przedmiotowego postępowania jawi się okoliczność, że wykonawcy w odpowiedzi na brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia złożyli oferty, które odpowiadały na postawione warunki i zaprezentowane w specyfikacji informacje. Jeśli te informacje, poprzez niedostateczną precyzję i staranność, skutkowały złożeniem przez wykonawców ofert niezgodnych z intencją Zamawiającego czy też niewykazaniem warunków udziału w postępowaniu, to nie można ich obarczać skutkami takiego działania Zamawiającego. Dokument tej rangi co specyfikacja istotnych warunków zamówienia powinien być bowiem zredagowany w taki sposób, aby dokładnie i w sposób zrozumiały dla adresatów zawartych w nich norm wyrażał intencje zamawiającego.

Jeśli zatem Zamawiający tak ukształtował postępowanie, że zapisy opracowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadzały wykonawców w błąd i dawały możliwość różnej interpretacji jej postanowień, czego następstwem mogło być odrzucenie oferty, winien podjąć starania w celu zniwelowania skutków takiego działania i przyjąć na siebie konsekwencje własnej niestaranności. W przeciwnym bowiem wypadku skutkami nieprecyzyjnego opisu warunków udziału w postępowaniu zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zostaliby obciążeni wykonawcy. Przenoszenie ciężaru i skutków braku precyzji Zamawiającego na wykonawców, przejawiające się odrzuceniem oferty stanowiłoby nadużycie prawa, które nie zasługuje na ochronę. Postępowanie o zamówienie publiczne musi uwzględniać pewną równość reguł zarówno wobec wykonawców, jak i zamawiającego. Jakkolwiek postępowanie to jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, wykonawcy winni zatem wykazać należytą staranność przejawiającą się zawodowym charakterem jej działalności, co

KIO 85/11 8

stawia zasadnym oczekiwanie dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, starannego ich przeanalizowania ale staranność ta nie może sięgać tak daleko, by stawiać wobec wykonawców postulat wnioskowania na podstawie niejednoznacznych w treści dokumentów postępowania o intencji zamawiającego.

Na podstawie analizy treści przytoczonego postanowienia uznano zatem, że warunek ten obejmuje swym zakresem – wbrew twierdzeniu Zamawiającego – obowiązek wykazania się doświadczeniem w realizacji co najmniej dwóch usług zmiatania przestrzeni o powierzchni łącznej minimum 5 ha i wartości nie mniejszej niż 5.000 zł każda, przy czym, konieczność spełniania przez każdą z usług z osobna dotyczy jedynie wartości 5.000 zł.

Odwołujący w złożonym wykazie wykonanych usług [Wykaz zamówień wykonanych/wykonywanych w ciągu ostatnich 3 lat – str. 108 oferty Odwołującego] na potwierdzenie spełniania przytoczonego warunku wykazał usługi: 1) zmiatanie placów i alejek parkowych na rzecz Urzędu Dzielnicy Praga Południe w Warszawie o powierzchni 1,32 ha o wartości brutto 14.043,31 zł [poz. 1 wykazu]; 2) zmiatanie placów i alejek parkowych na rzecz Urzędu Dzielnicy Praga Południe w Warszawie o powierzchni 2 ha o wartości brutto 64.751,05 zł [poz. 2 wykazu]; 3) zmiatanie placów i alejek parkowych na rzecz Dzielnicy Praga Południe w Warszawie o powierzchni 2 ha o wartości brutto 40.895,40 zł [poz. 3 wykazu]; 4) zmiatanie dróg parkowych, schodów i chodników na rzecz Zakładu Usług Komunalnych w Szczecinie o powierzchni 5,22 ha o wartości brutto 32.891,18 zł [poz. 5 wykazu] a także zmiatanie placów i alejek na rzecz Dzielnicy Włochy w Warszawie o powierzchni 1,31 ha i wartości brutto 2.096,00 zł [poz. 4 wykazu] oraz zmiatanie dróg parkowych, schodów i chodników na rzecz Zakładu Usług Komunalnych w Szczecinie o powierzchni 2 ha i wartości brutto 2.973,23 zł [poz. 6 wykazu].

Z powyższego wynika, że Odwołujący spełnił postawiony warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia: wykazane w pozycjach 1, 2, 3 i 5 wykazu usługi wyczerpują bowiem postawiony przez Zamawiającego w części III pkt 1.2 ppkt b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunek.

2. Nie uwzględniono natomiast argumentacji Odwołującego, zgodnie z którą uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty poprzez nie zawiera wystarczającego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty - w sposób, który pozwalałby określić przyczyny odrzucenia i umożliwić Wykonawcy obronę w postępowaniu odwoławczym, a także że nie zawiadomiono Wykonawcy o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu. Istotnie, uzasadnienie decyzji Zamawiającego

KIO 85/11 9

zawiera jedynie wskazanie podstawy prawnej – art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych a także wzmiankę, że *Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku określonego w części III SIWZ pkt 1.2 ppkt b*, niemniej jednak tak zakomunikowana wykonawcom decyzja Zamawiającego została poprzedzona wezwaniem do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunku podmiotowego określonego w Części III pkt 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia [pismo Zamawiającego z dnia 23 grudnia 2010r., UD-XVIII-ZZP/EJA/3412/70/2/10], w którym szczegółowo podano braki ujawniające się – zdaniem Zamawiającego – w ofercie Odwołującego. Te same okoliczności [niespełnienie warunku udziału w postępowaniu], oznaczone poprzez wskazanie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia stały się powodem odrzucenia oferty Odwołującego. Ponadto Zamawiający wprost nie wskazał w piśmie stanowiącym informację o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego, że Odwołującego wykluczył z postępowania, niemniej jednak wskazana podstawa prawna tej decyzji pozwala uznać, że Zamawiający jakkolwiek nie wyartykułował tego wyraźnie, dokonał wykluczenia wykonawcy z postępowania, czego następstwem było odrzucenie oferty tego wykonawcy. Powyższe przekonuje, że na podstawie tak opisanej decyzji Zamawiającego Odwołujący miał wystarczającą wiedzę o przyczynach odrzucenia Jego oferty [a także – wykluczenia z postępowania], pozwalającą mu na podjęcie właściwie ukierunkowanej obrony swoich interesów w tym postępowaniu, co też uczynił wnosząc odwołanie. Tym samym należało uznać, iż zakres informacyjny uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego pozwolił Odwołującemu prowadzić rzeczową polemikę z argumentami, które przemawiały za wykluczeniem z postępowania i odrzuceniem jego oferty, czego wyrazem jest choćby złożenie wystarczająco uzasadnionego odwołania, co czyni podniesiony w tym zakresie zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych bezzasadnym. Wskazane uchybienia, w tym przede wszystkim niezamieszczenie w piśmie skierowanym do Odwołującego informacji o wykluczeniu z postępowania a porzucenie jedynie na podaniu podstawy prawnej pośrednio odsyłającej do czynności wykluczenia wykonawcy pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. Podobnie, nie mógł zostać uwzględniony zarzut naruszenia art. 43 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez określenie terminu składania ofert krótszego niż 40 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich drogą elektroniczną – zarzut ten, jako dotyczący ogłoszenia o zamówieniu mógł być podnoszony

KIO 85/11 10

tylko w terminie dziesięciu dni od upublicznienia tego dokumentu, zaś na obecnym etapie postępowania z całą pewnością jest spóźniony.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało podane do publicznej wiadomości dnia 14 grudnia 2010 r. Termin na wniesienie odwołania w tym zakresie [dziesięciodniowy od dnia ogłoszenia] już upłynął, nie sposób zatem aktualnie, na obecnym etapie postępowania skutecznie kwestionować brzmienia ogłoszenia. Zgodnie bowiem z treścią art. 182 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8; lub 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 powołanej ustawy.

Powyższe decydowało o nieuwzględnieniu tych zarzutów odwołania oraz argumentacji, które zmierzały do zakwestionowania poprawności zapisów ogłoszenia. Zarzuty te – jako że

dotyczą brzmienia ogłoszenia mogły być podnoszone tylko w terminie dziesięciu dni od opublikowania tego dokumentu, zaś na obecnym etapie postępowania z całą pewnością są spóźnione.

4. Wskazane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 91 a ust. 1, 91 b ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 w związku z treścią art. 91 a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszą się do zaniechania przez Zamawiającego przeprowadzenia aukcji elektronicznej, niezaproszenia wykonawców do tej aukcji a także do wyboru najkorzystniejszej oferty w drodze oceny ofert bez przeprowadzania aukcji elektronicznej. Wymienione zaniechania i czynności Zamawiającego stanowią konsekwencję wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia Jego oferty. Uznanie zasadności zarzutu dotyczącego bezzasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia Jego oferty determinuje również uznanie, że Zamawiający – w wykonaniu niniejszego wyroku – zobowiązany będzie do przeprowadzenia aukcji elektronicznej z udziałem trzech wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym Odwołującego.

KIO 85/11 11

Reasumując, potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu, pomimo faktu, iż wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu a także art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie przez Zamawiającego oferty Wykonawcy, która to oferta nie podlegała odrzuceniu, bowiem nie dotyczyła wykonawcy wykluczonego z postępowania, ani wykonawcy którego oferta nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powyższe naruszenie przepisów miało wpływ na wynik postępowania [art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych], co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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]. Nie uznano wniosku o koszty postępowania Odwołującego, w części dotyczącej przyznania wynagrodzenia pełnomocnika na kwotę 3.600 zł, z uwagi na to, że ustawodawca w przepisach dotyczących postępowania odwoławczego [rozporządzenie *Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania*] nie przyjął, wzorem kpc [art. 109 kpc, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2002r., w spr. II CK 134/02] zasad przyznawania kosztów na podstawie oświadczenia [spisu kosztów] wymagając udokumentowania poniesienia odpowiednich, uzasadnionych kosztów rachunkiem składanym do akt sprawy. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. *Ordynacja podatkowa* [tekst jedn. Dz. U. z 2005r. Nr 8 Poz. 60 z późn. zm.] oraz *Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach* [Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm]. Skoro takiego rachunku nie złożono – wskazane wynagrodzenie pełnomocnika nie mogło zostać zasądzone.

Przewodniczący:

KIO 85/11 12