

WYROK
z dnia 20 października 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Grzegorz Mazurek
Izabela Niedziałek

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ECO-ABC Sp. z o.o., 97-400 Bełchatów, ul. Przemysłowa 7 oraz Port Service Sp. z o.o., 80-601 Gdańsk, ul. Mjr. H. Sucharskiego 75** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Uniwersytecki im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy, 85-094 Bydgoszcz, ul. M. Skłodowskiej-Curie 9** protestu z dnia 12 września 2008r.

przy udziale **Centrum Onkologii im. Prof. Franciszka Łukaszczyka, 85-796 Bydgoszcz, ul. dr. I. Romanowskiej 2** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: ECO-ABC Sp. z o.o., 97-400 Bełchatów, ul. Przemysłowa 7 oraz Port Service Sp. z o.o., 80-601 Gdańsk, ul. Mjr. H. Sucharskiego 75

i nakazuje:

-
- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: ECO-ABC Sp. z o.o., 97-400 Bełchatów, ul. Przemysłowa 7 oraz Port Service Sp. z o.o., 80-601 Gdańsk, ul. Mjr. H. Sucharskiego 75,**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty **1893 zł 60 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset dziewięćdziesiąt trzy złote sześćdziesiąt groszy) przez **Konsorcjum: ECO-ABC Sp. z o.o., 97-400 Bełchatów, ul. Przemysłowa 7 oraz Port Service Sp. z o.o., 80-601 Gdańsk, ul. Mjr. H. Sucharskiego 75** na rzecz **Szpitala Uniwersyteckiego im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy, 85-094 Bydgoszcz, ul. M. Skłodowskiej-Curie 9,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
 - 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ECO-ABC Sp. z o.o., 97-400 Bełchatów, ul. Przemysłowa 7 oraz Port Service Sp. z o.o., 80-601 Gdańsk, ul. Mjr. H. Sucharskiego 75.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych z podgrupy 18 01 z terenu Szpitala Uniwersyteckiego im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy, którego dotyczy odwołanie wniesione przez **Konsorcjum firm Port Serwis sp. z o.o. w Gdańsku oraz ECO-ABC sp. z o.o. w Bełchatowie, którego liderem**

jest ECO-ABC sp. z o.o. w Bełchatowie zwany dalej „Odwołującym”, jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego przez **Szpital Uniwersytecki im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy**, zwaną dalej: „Zamawiającym”.

Po otrzymaniu informacji o wynikach postępowania, Odwołujący złożył dnia 12 września 2008 roku protest, a następnie, wobec oddalenia protestu dnia 19 września 2008 r.,

2

złożył w dniu 24.09.08 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych za pośrednictwem poczty.

W proteście i odwołaniu wskazał, że Zamawiający określił w treści SIWZ szczegółowo przedmiot zamówienia, sposób wykonania, wartość, warunki udziału w postępowaniu oraz niezbędne dokumenty i oświadczenia, jakie powinni dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dla potwierdzenia spełniania warunków, Zamawiający w pkt 6.2.1 SIWZ zobowiązał wykonawców do złożenia wykazu zrealizowanych usług w okresie ostatnich trzech lat (...) wraz z dokumentami (np. referencjami) potwierdzającymi należyte wykonanie usług o wartości nie mniejszej niż 250.000 zł. Ponadto w pkt 6.3 żądał załączenia do oferty polisy lub innego dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie od OC w zakresie prowadzonej działalności na kwotę na mniejszą niż 100.000 zł.

Odwołujący stwierdził, że wybrana oferta Centrum Onkologii nie spełnia ww. wymogów co oznacza, że wykonawca nie wykazał niezbędnego doświadczenia oraz, że znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Wykonawca ten złożył wykaz zrealizowanych usług (karta 12 oferty) oraz 4 dokumenty na potwierdzenia należytego wykonania. Wykazane usługi nie mieszczą się w warunkach SIWZ, a wykaz zawiera liczne nieprawdziwe dane.

Odwołujący wskazał, że:

1/ usługa nr 1 na rzecz Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką w Bydgoszczy nie została jeszcze wykonana, trwa od 1.04.06 r. i kończy się 31.03.09 r., tj. prawie rok po ogłoszeniu. Cena tej oferty 390.600 zł dotyczy pełnych 36 miesięcy obowiązywania umowy, a podana kwota 333.668,20 zł po 25 miesiącach wykonywania umowy, jest z pewnością zbyt duża. Usługa ta nie powinna być zatem uwzględniana przy ocenie doświadczenia wykonawcy;

2/ usługa nr 2 wykonana rzecz Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa nie przekracza wymaganej przez SIWZ kwoty 250.000 zł, gdyż wynosi 107.856 zł i umowa jest w toku realizacji;

3/ wartość usługi nr 3 na rzecz Szpitala Powiatowego sp. z o.o. w Gołubiu-Dobrzyniu nie przekracza kwoty 250.000 zł i nie może być uwzględniona.;

4/ z usługi nr 4 na rzecz Kujawsko – Pomorskiego Centrum Pulmonologii w Bydgoszczy wynika, że była wykonywana od lipca 2006 do lipca 2008 roku i polegała na odbiorze 36.600 kg odpadów rocznie; nie była zatem wykonana w całości przed ogłoszeniem przetargu w niniejszym postępowaniu. Z ustalonej na 73.200 kg ilości odpadów wynika, że wartość tego zamówienia nie mogła przekroczyć kwoty 150.000 zł, a nie jak podano w wykazie – 263,7 tys. zł. Aby osiągnąć kwotę podaną w zestawieniu cena usługi powinna wynosić 3,60 zł na 1 kg odpadów, co jest kwotą nierealną.

3

Przedstawione braki w ocenie Odwołującego wskazują, że wykonawca nie wykazał posiadania wymaganego doświadczenia zgodnie z pkt 6.2.1 SIWZ i art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, a zatem powinien być wykluczony, a jego oferta odrzucona.

Odwołujący wskazał również, że Centrum Onkologii nie złożyło wraz z ofertą wymaganego dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia OC. Wprawdzie wykonawca ten załączył polisę OC, ale obejmuje ona jedynie ubezpieczenie działalności w zakresie ochrony zdrowia (PKD 85.11), tj. ubezpiecza szkody wyrządzone osobom trzecim w związku z działalnością polegającą na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, posiadanym mieniem, a także wskutek przeniesienia choroby zakaźnej oraz wyrządzone przy wykonywaniu funkcji administracyjnych. Ponadto wykonawca rozszerzył ochronę ubezpieczeniową na szkody powstałe w rzeczach oddanych na przechowanie, szkody powstałe wskutek wypadku przy pracy, szkody w nieruchomościach i ruchomościach

użytkowanych od osób trzecich na podstawie różnego rodzaju umów.

Z powyższego zestawienia, nie wynika w ocenie Odwołującego ochrony działalności polegającej na odbiorze, transporcie i utylizacji odpadów medycznych, co oznacza nie wykazanie spełnienia wymogów SIWZ i art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, co powinno skutkować wykluczeniem Wykonawcy i odrzuceniem jego oferty.

Odwołujący powołując art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wskazał na swój interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej.

W odwołaniu Odwołujący wskazał naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odwołaniu wskazał ponadto, że nie otrzymał od Wykonawcy – Centrum Onkologii kopii przystąpienia (z dnia 15.09.08) do protestu, z naruszeniem art. 181 ust. 5 Pzp.

O przystąpieniu tym dowiedział się z pisma zamawiającego – rozstrzygnięcia protestu w dniu 19 września 2008 r. Odwołujący domyśla się, że do przystąpienia Centrum Onkologii złożyło swój statut oraz zapytanie do PZU S.A. o ochronę ubezpieczeniową z polisy OC. W związku z powyższym Odwołujący uznaje przystąpienie za bezskuteczne.

Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzuty w stosunku do tego wykonawcy. Ocenia, że tylko jedna usługa tj. nr 3 na rzecz Szpitala Powiatowego w Gołubiu spełnia wymóg pkt. 6.2.1 SIWZ.

Wskazując zarzuty Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty, nakazanie wykluczenia wybranego wykonawcy i odrzucenie jego oferty, nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, alternatywnie wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy.

4

Zamawiający podtrzymał argumentację z rozstrzygnięcia protestu i odpowiedzi na odwołanie. Wniósł o odrzucenie odwołania z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, gdyż protest w sprawie został wniesiony przez ECO-ABC sp. z o.o. w Bełchatowie i jest protestem złożonym w imieniu własnym („w imieniu składającej ofertę w ww. postępowaniu EKO-ABC sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie (dalej „Protestujący”)”. Natomiast, jak wskazał Zamawiający odwołanie zostało wniesione przez Konsorcjum firm Port Serwis sp. z o.o. w Gdańsku oraz ECO-ABC sp. z o.o. w Bełchatowie. Zamawiający zauważył, że legitymowani do wniesienia odwołania są uczestnicy postępowania wywołanego protestem, natomiast Konsorcjum firm Port Serwis sp. z o.o. w Gdańsku oraz ECO-ABC sp. z o.o. w Bełchatowie nie było uczestnikiem postępowania protestacyjnego. Merytoryczne zarzuty i wnioski protestu oraz odwołania Zamawiający uznał za bezzasadne, w związku z czym wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający powołał treść § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) wskazując, że zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te dostawy lub usługi zostały wykonane należycie.

Stwierdził, że możliwość wykazania się spełnieniem powyższego warunku może dotyczyć tylko i wyłącznie robót budowlanych, co wynika z treści § 1 ust. 1 pkt 1 powołanego rozporządzenia. Zamawiający przypomniał, że przedmiotem niniejszego postępowania są usługi odbioru, transportu i nieszkodliwiania odpadów medycznych, a więc świadczenie okresowe i ciągłe. Oczywiście jest zatem, że intencją Zamawiającego było potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez wykaz wykonanych lub wykonywanych dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania. Przeprowadził zatem postępowanie z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Ponadto Zamawiający wskazał, że z treści pkt 6.2.1 SIWZ wynika, iż wartość wskazanych usług nie mogła być niższa niż 250.000 zł, co oznacza, iż żądał podania przez wykonawców

podania wartości całkowitej zrealizowanych usług, która nie może być mniejsza niż wartość wskazana w SIWZ, tj. 250.000 zł, a zatem nietrafne jest stanowisko Odwołującego, że

5

Zamawiający zażądał od wykonawców, aby każda jednostkowa wartość wymienionych w załączniku nr 5 usług nie była mniejsza od 250.000 zł.

Zamawiający powołał na tę okoliczność wyrok ZA z dnia 30 marca 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-878/06 oraz z dnia 20 lipca 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/856/07 i 872/07, a także wyrok z dnia 22 stycznia 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-40/07 i UZP/ZO/0-41/07.

Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 15 września 2008 Wykonawca Centrum Onkologii w Bydgoszczy wykazał, że zarzuty Odwołującego są bezpodstawne.

Zamawiający powołał się ponadto na treść pkt 6.3 i 6.3.1 SIWZ w kontekście treści przedłożonej przez wybranego Wykonawcę polisy ubezpieczeniowej odpowiedzialności cywilnej zakładu opieki zdrowotnej. Jak wynika ze statutu wykonawcy, może on prowadzić działalność m. in. w zakresie utylizacji odpadów medycznych i żywnościowych co oznacza, że przedłożona polisa obejmuje również odpowiedzialność cywilną w zakresie świadczenia usług unieszkodliwiania odpadów. Okoliczność tę potwierdził ubezpieczyciel – PZU w piśmie dnia 19 września 2008r.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w pełni poparł stanowisko i argumenty podniesione na potwierdzenie stanowiska Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść ofert oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, ustalił i zważył, co następuje.

Oceniając wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania z uwagi na fakt, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, gdyż protest w sprawie został wniesiony przez ECO-ABC sp. z o.o. w Bełchatowie i jest protestem złożonym w imieniu własnym („w imieniu składającej ofertę w ww. postępowaniu EKO-ABC sp. z o.o. z siedzibą w Bełchatowie (dalej „Protestujący””, odwołanie zostało wniesione przez Konsorcjum firm Port Serwis sp. z o.o. w Gdańsku oraz ECO-ABC sp. z o.o. w Bełchatowie, skład orzekający Izby nie uwzględnił tego wniosku. W ocenie Izby niesporne jest, że oferta w postępowaniu została złożona przez Konsorcjum firm Port Service sp. z o.o. w Gdańsku oraz ECO-ABC sp. z o.o. w Bełchatowie z pełnomocnikiem (liderem), tj. ECO-ABC sp. z o.o. w Bełchatowie działający na podstawie pełnomocnictwa, którego zakres nie był kwestionowany w toku postępowania. Jak wynika z treści protestu, częściowo cytowanego przez Zamawiającego, protest został złożony w imieniu „składającej ofertę...”, co w świetle niespornego faktu złożenia oferty wspólnej wymaga oczywistego stwierdzenia, iż jest to protest oferenta złożony przez Pełnomocnika. Zauważyć przy tym należy, że Zamawiający rozpatrzył protest merytorycznie uznając tym samym, że został on wniesiony przez podmiot mający interes prawny, tj. ten, który złożył ofertę, a zatem, mimo nieprecyzyjnego określenia podmiotu,

6

jakim jest Konsorcjum, uznał skuteczność wniesienia tego środka ochrony prawnej przez uprawniony podmiot. Tym samym, Izba nie podziela poglądu, że legitymowanie do wniesienia protestu i odwołania są samodzielnie podmioty, które nie złożyły samodzielnie ofert.

Skład orzekający ustalił, że Odwołujący wnosząc odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego posiada interes prawny - materialnoprawną przesłankę do rozpatrzenia odwołania, wynikającą z treści art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów jego oferta byłaby uznana za najkorzystniejszą.

Oceniając zarzuty odwołania, które zostały prawidłowo poprzedzone protestem, skład orzekający Izby stwierdza, co następuje.

Zgodnie z pkt 6.2 SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wykazu zrealizowanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz

załączenia dokumentów „potwierdzających (np. Referencje), że usługi te zostały wykonane należycie (zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ), przy czym wartość wykazanych usług nie może być mniejsza niż: pakiet 1 - 250.000 zł” (podkreślenie składu orzekającego Izby). Izba stwierdziła, że istotnie powołane postanowienia SIWZ są daleko nieprecyzyjne, a co więcej, brak jest w SIWZ opisu warunków udziału w postępowaniu przez postawienie określonych wymogów, które mają być wykazane. Pkt 5 SIWZ jest bowiem w rzeczywistości jedynie powołaniem treści przepisów ustawy. Z lapidarnego zacytowanego postanowienia pkt 6.2.1 SIWZ nie wynika, czy wartość usług, tj. 250.000 zł jest wymogiem odnoszonym do każdego kontraktu odrębnie, czy też dopuszczalne jest sumowanie wartości więcej niż jednej z realizowanych umów. Izba stwierdza, że powyższa wątpliwość nie może w tych okolicznościach skutkować negatywnie w stosunku do wykonawcy, który złożył ofertę, w tym wypadku Przystępującego. Oceniając zarzut uwzględniania przez Zamawiającego umów będących w trakcie realizacji, tj. nie zakończonych mimo treści załącznika nr 5 – formularza wykazu usług wykonanych z treścią kolumny ostatniej „Data wykonania (data początkowa – data końcowa)” Izba uznaje, że Zamawiający nie ograniczył jednoznacznie możliwości wykazywania usług będący w toku wykonywania. Jest bowiem notoryjnie znana okoliczność, że w szeregu stosowanych formularzach, w których należy wskazywać okres zdarzeń datami, stosuje się również zamiast daty końcowej wyrażonej dniem, miesiącem i rokiem, określenie „nadal”. Praktyka taka jest w ocenie Izby dopuszczalna, zwłaszcza że, co jest niesporne między stronami, rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów /.../ dopuszcza w § 1 ust. 2 pkt 2 wykazanie wykonanych

7

usług nie zakończonych umów, co należy uznać za mające zastosowanie w sprawie wobec braku precyzji przedmiotowego zapisu SIWZ.

Odnosząc się do drugiego zarzutu, Izba stwierdza, że do kwestionowanej oferty Wykonawca dołączył polisę stanowiącą dowód zawarcia umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie ubezpieczenia „odpowiedzialności cywilnej zakładu opieki zdrowotnej”, jakim jest Przystępujący. Biorąc pod uwagę przedmiot działalności Przystępującego, przedmiot zamówienia publicznego w niniejszej sprawie i treść przedłożonej polisy, dodatkowo potwierdzonej przez ubezpieczyciela w odpowiedzi na pytanie, czy polisa obejmuje w swym zakresie odpowiedzialność cywilną, w ramach prowadzonej przez wykonawcę działalności statutowej, w zakresie utylizacji odpadów medycznych, Krajowa Izba Odwoławcza uznaje, że przedmiotowy dokument polisy ubezpieczeniowej potwierdza ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, wymagane w pkt 6.3 SIWZ obowiązującej w niniejszym postępowaniu.

W okolicznościach rozpatrywanej sprawy nie ma zatem podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a w konsekwencji uznania zarzutów i wniosków odwołania za uzasadnione, co miałyby spowodować wykluczenie wykonawcy i odrzucenie kwestionowanej oferty. Tym samym Izba dokonała rozstrzygnięcia, jak w sentencji niniejszego wyroku nie znajdując również podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7, wobec nie stwierdzenia zajścia przestanki unieważnienia unormowanej w powołanym przepisie ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem kosztów dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 1893,60 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

8

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

** niepotrzebne skreślić*