

ODPI_S

Sygn. akt II Ca 710/08

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 listopada 2008 r.

Sąd Okręgowy w Białymstoku II Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Barbara Puchalska (spr.)

Sędziowie: SSO Renata Tabor

SSO Jolanta Fedorowicz

Protokolant: Zofia Szczęsnowicz

po rozpoznaniu w dniu 14 listopada 2008 r. w Białymstoku

na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego Gminę Miasta Białystok na skutek skargi Konsorcjum Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon Spółka komandytowa w Białymstoku oraz „USŁUGA” Zakład Remontowo-Budowlany Alina Stawecka w Białymstoku i Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego MPO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie

z dnia 18 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 926/08, KIO/UZP 933/08, KIO/UZP 934/08, KIO/UZP 949/08, KIO/UZP 950/08

I. oddala skargę Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego MPO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku w całości i skargę

Konsorcjum Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon Spółka komandytowa w Białymstoku oraz „USŁUGA” Zakład Remontowo-Budowlany Alina Stawecka w Białymstoku w zakresie dotyczącym punktu 1.1 zaskarżonego wyroku oraz odrzuca skargę Konsorcjum Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon Spółka komandytowa w Białymstoku oraz „USŁUGA” Zakład Remontowo-Budowlany Alina Stawecka w Białymstoku w pozostałym zakresie;

II. zasądza od Konsorcjum Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon Spółka komandytowa w Białymstoku oraz „USŁUGA” Zakład

Remontowo-Budowlany Alina Stawecka w Białymstoku na rzecz Przedsiębiorstwa Usługowo-Asenizacyjnego „Astwa” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku oraz na rzecz Gminy Miasta Białystok kwoty po 1.200 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym;

III. zasądza od Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego MPO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku na rzecz Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „Czyścioch Bis” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Suwałkach i Gminy Miasta Białystok kwoty po 1.200 złotych tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym.

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Miasta Białystok - Prezydent Miasta Białegostoku w dniu 12 maja 2008 r. wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zimowe oczyszczanie ulic na terenie miasta Białegostoku. W Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: SIWZ) zamawiający określił warunki, jakim mają odpowiadać oferty złożone przez wykonawców. Zakres zamówienia polegał na zimowym oczyszczaniu ulic na terenie miasta Białegostoku podzielonych na 6 sektorów wg załączników 1-6 do SIWZ oraz ulic nie wymienionych w załącznikach, a zlokalizowanych w obrębie danego sektora. Przedmiot zamówienia obejmował w sezonie przedzimowym, zimowym i pozimowym: odśnieżanie oraz usuwanie śliskości nawierzchni ulic, skrzyżowań na całej powierzchni, zatok, pętli autobusowych komunikacji miejskiej, przejazdów kolejowych, zatok parkingowych i parkingów leżących w pasach drogowych, a także pozostałych parkingów na terenach gminnych; w sezonie zimowym w przypadku braku opadów śniegu i śliskości: zamiatanie ulic miasta z piasku wraz z opaskami przykrawężnikowymi, powierzchniami zatok autobusowych i parkingowych i tzw. pól martwych, a w sytuacji braku opasek bezpieczeństwa, gdzie jezdnia styka się bezpośrednio z chodnikiem - wraz z krawężnikami i pasem chodnika o szerokości 0,5 m oraz wywóz odpadów do ZUOK w Hryniewiczach. Na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych zmodyfikowano treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (k. 188-191).

Dnia 4 sierpnia 2008 r. Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw J. Tarachon sp. komandytowa w Białymstoku oraz „Usługa” Zakład Remontowo-Budowlany Alina Stawecka w Białymstoku (dalej jako: Konsorcjum) w zakresie sektora I. Protest od powyższej czynności wniósł „TOP 2001” spółka z o.o. w Białymstoku. Wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego, wykluczenie z postępowania wykonawcy Konsorcjum w części zamówienia tj. zadania w sektorze I z powodu nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu takich jak: brak uprawnień niezbędnych do prowadzenia działalności przy realizacji zamówienia, brak spełnienia warunku niezbędnego doświadczenia przy realizacji zamówienia lub ewentualnie odrzucenie oferty Konsorcjum w części zamówienia tj. zadania w sektorze I zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do realnych kosztów realizacji zamówienia. Zarzucił naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 i ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.) w zw. z częścią VI ust. 1 pkt 1 i 2 ppkt a SIWZ przez przyjęcie, iż Konsorcjum spełniło warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu pomimo, iż jeden z członków Konsorcjum, tj. „Usługa” nie posiada uprawnień niezbędnych do prowadzenia działalności przy realizacji zamówienia, a Konsorcjum w całości nie spełnia warunku niezbędnego doświadczenia przy realizacji zamówienia. Wskazał na naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie gwarantujący zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i realnych kosztów jego należytego wykonania, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (k. 73-77).

Do postępowania zainicjowanego protestem wniesionym przez „TOP 2001” Sp. z o.o. w Białymstoku zgłosiło przystąpienie Konsorcjum w zakresie sektora I po stronie Zamawiającego (k. 53).

Zamawiający rozstrzygając powyższy protest w dniu 22.08.2008 r. uwzględnił protest w zakresie sektora I w części, tj. co do zarzutów dotyczących nieposiadania przez jednego z członków Konsorcjum - „Usługa” Zakład Remontowo-Budowlany Alina Stawecka uprawnień niezbędnych do prowadzenia działalności przy realizacji zamówienia oraz oddalił protest w pozostałej części (k. 87-89). W związku z częściowym uwzględnieniem protestu Zamawiający unieważnił swoją decyzję z dnia 04.08.2008 r. polegającą na uznaniu za najkorzystniejszą oferty Konsorcjum na część I zamówienia. Uznał, że jest uprawniony, aby wezwać osobno partnera Konsorcjum do uzupełnienia zezwolenia na przewóz odpadów, gdyż w dniu 22 lipca 2008 r. wzywał Konsorcjum do uzupełnienia wadliwych zezwoleń, natomiast nie wzywał do uzupełnienia brakujących zezwoleń.

Protest na czynność wyboru w zakresie sektora II oferty Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „Czyścioch Bis” Sp. z o.o. w Suwałkach (dalej jako: PUK „Czyścioch Bis” Sp. z o.o.) wniosło Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „MPO” Sp. z o.o. w Białymstoku (dalej jako: PUH „MPO” Sp. z o.o.). Zarzuciło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wybór oferty, która zawiera rażąco niską i narusza zasady uczciwej konkurencji oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez wybór oferty podlegającej odrzuceniu z powodu niezgodności z treścią SIWZ (brak oznaczeń i opisu sprzętu). Wskazując na powyższe wniósł o uchylenie czynności Zamawiającego oraz odrzucenie oferty PUK „Czyścioch bis” Sp. z o.o. w Suwałkach oraz o dokonanie ponownej oceny oferty na realizację zamówienia w zakresie sektora II i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty (k. 12-14).

Do postępowania wszczętego na skutek protestu złożonego przez PUH „MPO” Sp. z o.o. w Białymstoku w zakresie sektora II po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie PUK „Czyścioch bis” Sp. z o.o. w Suwałkach (k. 373-374).

W dniu 22 sierpnia 2008 r. Zamawiający uwzględnił protest wniesiony przez PUH „MPO” Sp. z o.o. w zakresie zarzutu nie wykazania się przez PUK „Czyścioch Bis” Sp. z o.o. sprzętem niezbędnym do realizacji II części zamówienia. W związku z faktem, że już raz w dniu 22 lipca 2008 r. wzywał wykonawcę do uzupełnienia wykazu sprzętu, Zamawiający zdecydował o wykluczeniu PUK „Czyścioch Bis” Sp. z o.o. z postępowania. Pozostałe zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie zostały uwzględnione.

Protest w zakresie sektora V wniosło Przedsiębiorstwo Usługowo-Asenizacyjne „ASTWA” Sp. z o.o. w Białymstoku (dalej jako: PU-A „ASTWA” Sp. z o.o.) zarzucając zaniechanie wykluczenia wykonawcy - Konsorcjum, z uwagi na brak uprawnień niezbędnych do prowadzenia działalności objętej zamówieniem, dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającego wykluczeniu wykonawcy Konsorcjum, zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum jako niezgodnej z SIWZ, zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zarzucił naruszenie: art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, z którego nie wszyscy partnerzy legitymowali się zezwoleniami wymaganymi do prowadzenia działalności objętej zamówieniem; naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z uwagi na brak referencji, naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum, z których jeden złożył nieprawdziwe oświadczenie, naruszenie art. 89 ust. 1 ustawy z postanowieniami części VII ust. 1 pkt 4 SIWZ, części VII ust. 1 pkt 1 SIWZ, części VII ust. 1 pkt 5 SIWZ oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4. Wniósł o dokonanie ponownej oceny ofert w zakresie sektora V, wykluczenie Konsorcjum, uznania oferty za odrzuconą w zakresie sektora V, dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie sektora V (k. 41-51).

Do postępowania zainicjowanego protestem wniesionym przez PU-A „ASTWA” Sp.

z o.o. w Białymstoku zgłosiło przystąpienie Konsorcjum w zakresie sektora V po stronie Zamawiającego (k. 53).

Zamawiający w dniu 22.08.2008 r. uwzględnił protest PU-A „ASTWA” Sp. z o.o. w zakresie dotyczącym nie wykazania się przez Konsorcjum wybranego do realizacji V części zamówienia, dysponowaniem sprzętem niezbędnym do świadczenia usługi (brak opisu sprzętu) oraz ze względu na brak uprawnień po stronie jednego z partnerów Konsorcjum do prowadzenia działalności objętej zamówieniem. W pozostałym zakresie protest oddalił. W związku z częściowym uznaniem protestu Zamawiający uwzględnił wniosek o dokonanie ponownej oceny i wyboru oferty na część V zamówienia. Nadto zapowiedział wezwanie Konsorcjum do przedłożenia pozwolenia na przewóz odpadów dla firmy „Usługa” Zakład Remontowo Budowlany Alina Stawecka oraz wezwał do uzupełnienia wykazu sprzętu o jego opis. Przyjął za wiarygodne wyjaśnienia Konsorcjum odnośnie kalkulacji ceny oferty.

Na powyższe rozstrzygnięcia Zamawiającego zostały wniesione odwołania.

W dniu 27 sierpnia 2008 r., odwołanie zostało wniesione przez Konsorcjum Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon Sp. k. i „Usługa” Zakład Remontowo Budowlany Alina Stawecka, który powołał się na swoje przystąpienie do postępowania protestacyjnego wszczętego przez PU-A „Astwa.” Zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp przez nieuzasadnione stwierdzenie, że wykaz sprzętu, jaki przedstawiło Konsorcjum nie potwierdza warunku określonego w rozdziale VI pkt 1.2 litera b tabela 1 SIWZ — posiadania niezbędnego sprzętu oraz przez bezzasadne decyzje ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty na część V zamówienia. Podkreślił, że nie było określonego w SIWZ wymogu podania marki, rodzaju, typu wydajności sprzętu. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu oddalenia protestu wniesionego przez PUA „Astwa” Sp. z o.o.

W dniu 27 sierpnia 2008 r. odwołanie wniósł PUK „Czyścioch Bis” Sp. z o.o., który powołał się na swoje przystąpienie do postępowania protestacyjnego wszczętego przez PUH „MPO” Sp. z o.o. w zakresie II części zamówienia. Zarzucił naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez nieuzasadnione stwierdzenie, że przedłożony wykaz sprzętu nie potwierdza warunków udziału określonych w rozdziale VI pkt 1.2 litera b tabela 1 SIWZ oraz przez bezpodstawne żądanie uzupełnienia wykazu sprzętu jakim dysponuje wykonawca. Jego zdaniem żądanie uzupełnienia dokumentów w zakresie danych nie wymaganych w SIWZ narusza art. 7 ust. 1 Pzp, zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Przyznał, że 22 lipca 2008 r. był wzywany do uzupełnienia wykazu sprzętu. Podał, że w wymaganym terminie uzupełnił wymieniony wykaz określając ilość sprzętu na poszczególne sektory, na które złożył ofertę. Jednocześnie uznał, że nie miał obowiązku uzupełniania opisu sprzętu, skoro zakres wymaganego opisu nie został wprost podany. Wniósł o nakazanie Zamawiającemu: oddalenia protestu z dnia 12 sierpnia 2008 r. wniesionego przez PUH MPO Sp. z o.o.; unieważnienia czynności z dnia 22 sierpnia 2008 r. o uchyleniu wyboru oferty odwołującego na część II zamówienia, dokonanej 4 sierpnia 2008 r.; unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego na część II zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosiło po stronie Zamawiającego PUH „MPO” Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 27 sierpnia 2008 r. zostało wniesione odwołanie przez PU-A „ASTWA” Sp. z o.o. na rozstrzygnięcie jego protestu i oddalenie wniosków o wykluczenie Konsorcjum i podjęcie decyzji o dokonaniu ponownej oceny ofert w odniesieniu do części V zamówienia.

Podtrzymał zarzuty protestu wraz z wnioskami o nakazanie: unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum, wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz nakazanie ponownej oceny i wyboru ofert na część V.

W dniu 27 sierpnia 2008 r. odwołanie wniósł „TOP 2001” Sp. z o.o., który podtrzymał zarzuty i wnioski protestu. Żądał unieważnienia czynności uznania za najkorzystniejszą oferty PUK „Czyścioch Bis” Sp. z o.o. na część VI zamówienia oraz

wykluczenia Konsorcjum na część I zamówienia za brak uprawnień i brak wykazania doświadczenia. Ponadto odrzucenia ofert wskazanych wyżej wykonawców ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 18 września 2008 r. wydanym w sprawach o sygnaturach akt KIO/UZP 926/08, KIO/UZP 933/08, KIO/UZP 934/08, KIO/UZP 949/08, KIO/UZP 950/08:

1.1 oddaliła odwołanie Odwołującego I Konsorcjum: Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon Sp. k. i „Usługa” Zakład Remontowo-Budowlany Alina Stawecka,

1.2 uwzględniła odwołanie Odwołującego II „Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „CZYŚCIOCH” Sp. z o.o. i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia wyboru oferty Odwołującego na część IV zamówienia,

1.3 uwzględniła odwołanie Odwołującego III Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „Czyścioch Bis” Sp. z o.o., w następującym zakresie: a. nakazała unieważnienie czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego III na część II zamówienia, b. nakazała unieważnienie czynności Zamawiającego unieważnienia wyboru oferty Odwołującego III na część II zamówienia,

1.4 uwzględniła odwołanie Odwołującego V Przedsiębiorstwa Usługowo Asenizacyjnego „ASTWA” Sp. z o.o. w następującym zakresie: a. nakazała wykluczenie Konsorcjum: Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon Sp. k. i „Usługa” Zakład Remontowo-Budowlany Alina Stawecka z postępowania na część V zamówienia, b. nakazała Zamawiającemu powtórny ocenę i wybór oferty na część V zamówienia,

1.5 uwzględniła odwołanie Odwołującego VI „TOP 2001” Sp. z o.o. w następującym zakresie: a. nakazała wykluczenie Konsorcjum: Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon Sp. k. i „Usługa” Zakład Remontowo-Budowlany Alina

Stawecka z postępowania na część I zamówienia, b. nakazała Zamawiającemu powtórny ocenę i wybór oferty na część I zamówienia

oraz orzekła o kosztach postępowania.

W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, że Konsorcjum złożyło wykaz sprzętu z wymienieniem nazwy, z podziałem na sektor I oraz sektor V i podaniem ilości sztuk. Opis sprzętu przedstawiony w złożonym wykazie, chociaż stanowi dosłowne odzwierciedlenie opisu zastosowanego przez Zamawiającego w tabeli Nr 1 w SIWZ, nie budzi w ocenie Izby zastrzeżeń. Zamawiający wymagał wprowadzić opisu sprzętu, lecz nie podał istotnych dla niego właściwości i parametrów, którymi ów sprzęt miał się charakteryzować w opisie wykonawcy. Przytoczyła treść uzasadnienia wyroku KIO/UZP 569/08, w myśl którego „Zamawiający nie widzi potrzeby określania parametrów wskazanego sprzętu z uwagi na to, że wymagał od wykonawców posiadania sprzętu o ładowności i parametrach, którym będą w stanie właściwie zrealizować przedmiot zamówienia.” Wskazała też na pogląd Krajowej Izby Odwoławczej zawarty w wyroku KIO/UZP 569/08, w myśl którego „zamawiający nie musiał stawiać w SIWZ szczegółowych wymogów i parametrów w zakresie pojemności skrzyni ładunkowej posypywarek i pojemności zbiornika na solankę, skoro postawił generalny wymóg, aby sprzęt umożliwiał realizację zamówienia”. Wskazała, że Zamawiający nie może po złożeniu ofert stawiać dodatkowych warunków udziału i oceniać ich spełnienie na podstawie nieistniejących kryteriów. Minimalny opis to powtórzenie treści z Tabeli nr 1 umieszczonej w SIWZ uzupełniony podaniem ilości sprzętu na poszczególne sektory.

Konsorcjum w przystąpieniu do postępowania wywołanego wniesieniem protestu podważało wszystkie zarzuty skierowane przeciwko jego ofercie. W odwołaniu zaś

ograniczyło się jedynie do kwestionowania jednego z zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, mianowicie dotyczącego wykazu sprzętu, z pominięciem uwzględnionego zarzutu protestu nie złożenia zezwolenia na przewóz odpadów przez każdego z partnerów Konsorcjum z osobna. W tym zatem zakresie zdaniem Izby rozstrzygnięcie protestu Przedsiębiorstwa - Usługowo Asenizacyjnego "Astwa" Sp. z o.o. stało się ostateczne, z upływem terminu do wniesienia odwołania (art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp). Konsorcjum nie wykazało naruszenia swego interesu prawnego, kwestionując jedynie decyzję Zamawiającego o uzupełnieniu opisu wykazu sprzętu, gdy ostateczna stała się decyzja o uznaniu za niepełne złożonych pozwoleń na przewóz odpadów, co eliminowało Odwołującego z postępowania.

Rozstrzygając odwołania PUA „ASTWA” Sp. z o.o. i „TOP 2001” Sp. z o.o. Izba uznała, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie dopuszcza ponownego wezwania wykonawcy o uzupełnienie tych samych dokumentów. Zamawiający nie jest uprawniony do ponownego wzywania Konsorcjum do uzupełnienia brakującego dokumentu pozwolenia na przewóz odpadów. Nie ma znaczenia, że po raz drugi pismo takie byłoby docelowo kierowane do partnera Konsorcjum. Brak zaskarżenia przez Konsorcjum uznania tego zarzutu spowodował skutek ostatecznego rozstrzygnięcia protestu w tym zakresie. W sytuacji gdy Konsorcjum nie zachowało interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia (jego V części), w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, odwołanie podlegało oddaleniu.

Rozstrzygając odwołanie PUK „Czyscioch Bis” Sp. z o.o. Izba wskazała, że pismem z dnia 22.07.2008 r. został on wezwany do uzupełnienia wykazu, ale jedynie w zakresie podania ilości sprzętu oraz numerów sektorów. Zamawiający nie kwestionował dokonanego opisu i nie wzywał do uzupełnienia opisu. Czynność Zamawiającego wezwania do uzupełnienia wykazu była prawidłowa i nie naruszała art. 26 ust. 3 Pzp, jednak obecne doszukiwanie się przez Zamawiającego braków w opisie sprzętu nie ma podstaw. Czynności Zamawiającego unieważnienia wyboru oferty PUK „Czyscioch Bis” Sp. z o.o. na część II zamówienia i wykluczenia odwołującego z tej części postępowania naruszało art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Dlatego Izba uwzględniła odwołanie.

Rozstrzygając odwołanie PUA „ASTWA” Sp. z o.o. Izba wskazała, że zasługiwało ono na uwzględnienie w zakresie dotyczącym nie przedłożenia decyzji uprawniających partnera Konsorcjum Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon Sp. k. to jest firmy "Usługa" Zakład Remontowo Budowlany Alina Stawecka do przewożenia odpadów, jak było to wymagane w przywołanych wyżej postanowieniach SIWZ. Izba podkreśliła, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie dopuszcza ponownego wezwania wykonawcy o uzupełnienie tych samych dokumentów. Zamawiający nie jest uprawniony do ponownego wzywania Konsorcjum do uzupełnienia brakującego dokumentu pozwolenia na przewóz odpadów. Nie ma znaczenia, że po raz drugi pismo takie byłoby docelowo kierowane do partnera Konsorcjum. Skoro mimo pierwszego wezwania Konsorcjum, traktowane jako jeden wykonawca, o czym stanowi art. 23 ust. 3 Pzp nie uzupełniło wymaganych zezwoleń, obowiązkiem Zamawiającego było wykluczenie Konsorcjum z postępowania na część V zamówienia. Przez zaniechanie wykluczenia wymienionego wykonawcy Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wobec powyższego Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp za zasadny. Podkreśliła, iż nie budzi jej zastrzeżeń sposób skalkulowania ceny oferty, ani opis sprzętu przedstawiony w wykazie, wzorowany na opisie z tabeli nr 1 w SIWZ. Konsorcjum złożyło wykaz sprzętu z wymienieniem nazwy, z podziałem na sektor I oraz sektor V oraz podaniem ilości sztuk jednostek. Za bezzasadny uznała zarzut wadliwego wykazu wykonanych usług. Konsorcjum Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon Sp. k. i "Usługa" Zakład Remontowo Budowlany Alina Stawecka w wykazie zrealizowanych zamówień podał letnie oczyszczanie ulic miejskich Miasto Białystok wartość 575361,76 zł., termin realizacji 2004 -2006, gdzie zamawiającym było Miasto Białystok. Należyte wykonanie prac zostało potwierdzone referencjami dla partnera Konsorcjum firmy "Usługa" Zakład Remontowo Budowlany Alina Stawecka. W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Izba ustaliła, że Zamawiający wyczerpał procedurę przewidzianą art. 90 ust. 1 i 2 Pzp. Czynności Zamawiającego dotyczące sprawdzenia ceny oferty były prawidłowe. Brak było uzasadnionych podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum, z uwagi na bezzasadność zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny na część V zamówienia. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 1, art. 22 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania znalazł potwierdzenie. Z tych względów odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Co do zarzutów odwołującego "TOP 2001" Sp. z o.o. nie posiadania przez partnera Konsorcjum "Usługa" Zakład Remontowo Budowlany Alina Stawecka zezwolenia na przewóz odpadów Izba uznała je za zasadne. Z tego względu Zamawiający uwzględnił protest, co jest równoznaczne z wykluczeniem Konsorcjum z postępowania na część I zamówienia. W ocenie Izby nie było dozwolone ponowne wzywanie Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu pozwolenia na przewóz odpadów. Zarzut braku wykazania doświadczenia zawodowego Konsorcjum nie znalazł potwierdzenia. Został złożony wykaz, który obejmuje jedną wymaganą usługę o wartości ponad 500 000 zł, w przewidzianym okresie, potwierdzoną referencjami. Nie ma istotnego znaczenia, że świadczenie tej usługi rozpoczęło się wcześniej niż trzy lata przed wszczęciem postępowania. Zamawiający wzywał Konsorcjum w sprawie wyjaśnienia elementów ceny oferty i uzyskał wyjaśnienia, które w ocenie Izby zasadnie uwzględnił. Pismem z dnia 13 sierpnia 2008 r. Konsorcjum zostało wezwane do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie I części zamówienia. Izba wyraziła przekonanie, iż brak jest możliwości szerszego porównania cen ofert. Na poszczególne części zamówienia zostały złożone po 2 oferty. Jeżeli nawet najkorzystniejsze zawierają ceny znacząco niższe od ofert sklasyfikowanych na drugiej pozycji, to nie dowodzi to automatycznie zastosowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy odbiegającej od cen rynkowych tego typu usług. Nie daje możliwości porównania wartość szacunkowa zamówienia określona za całość w kwocie 3821 028,09 euro. Sam Zamawiający zauważył, że z uwagi na zmianę zasad odpłatności i kalkulowania stawek odrębnie za akcję czynną i bierną zimowego

oczyszczania ulic, nie może ściśle porównać zaoferowanych cen z kształtowaniem się kosztów w ubiegłych okresach. Zamawiający przeprowadził postępowanie sprawdzające zaoferowanych cen ofert i porównywał ceny wykonawców wybranych do realizacji poszczególnych części zamówienia z cenami ofert złożonych innym zamawiającym na terenie Polski północno wschodniej. Ceny najkorzystniejszych ofert w tym postępowaniu nie odbiegają zaś od podanych stawek ani od skalkulowanych przez Zamawiającego. Zamawiający, w ocenie Izby zasadnie przyjął wyjaśnienia w sprawie ceny oferty. Elementy kalkulacyjne uzasadniające podaną cenę oferty i ich wyjaśnienie są wiarygodne. Odwołujący „TOP 2001” Sp. z o.o. nie udowodnił, że za podaną przez konkurentów cenę nie jest możliwe poprawne zrealizowanie zamówienia.

Izba wskazała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie części I zamówienia, że względu na zarzut podniesiony wobec oferty Konsorcjum w odniesieniu do braku uprawnień dla partnera Konsorcjum Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon Sp. k. i "Usługa" Zakład Remontowo Budowlany Alina Stawecka do przewożenia odpadów. Zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania naruszyło art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Z tych względów Izba orzekła na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 Pzp. O kosztach orzeczono na mocy art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Skargę od powyższego wyroku wniosło Konsorcjum - Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon sp. k. oraz USŁUGA Zakład Remontowo Budowlany Alina Stawecka, zaskarżając go w zakresie pkt 1.1, 1.4 i 1.5 i zarzucając mu:

- naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że zamawiający nie może wzywać Konsorcjum do uzupełnienia oferty o zezwolenie na prowadzenie działalności w wymaganym zakresie przez partnera Konsorcjum tj. firmę „Usługa” Zakład Remontowo - Budowlany Alina Stawecka, jak też wadliwe ustalenie, iż w przypadku ponownego wezwania przedmiotem wezwania skierowanego do skarżącego w trybie art. 26 ust 3 ustawy prawo zamówień publicznych będą tożsame dokumenty,
- naruszenie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy prawo zamówień publicznych przez jego niewłaściwe zastosowanie w przedmiotowej sprawie skutkujące wykluczeniem skarżącego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przed wyczerpaniem trybu przewidzianego art. 26 ust 3 ustawy,

- naruszenie art. 187 ust. 4 pkt 3 w związku z art. 180 ust 7 ustawy prawo zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia odwołania wniesionego przez „TOP 2001” Sp. z o. o. pomimo, że i protest z dnia 12 sierpnia 2008r. i odwołanie zostały podpisane przez osobę, która nie legitymowała się ważnym pełnomocnictwem do reprezentowania tego wykonawcy w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych,
- naruszenie art. 191 ust. 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez rozpoznanie zarzutów zawartych w odwołaniu, a nie podniesionych w proteście „TOP 2001” sp. z o.o. w Białymstoku oraz wydanie orzeczenia w zakresie zarzutów, które nie były podniesione w proteście złożonym przez „TOP 2001”,
- naruszenie art. 179 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że odwołujący nie zachował interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, co w ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej nie uprawniało go do skutecznego skorzystania ze środka ochrony prawnej w tym z odwołania,

Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o:

1. zmianę wyroku z dnia 18 września 2008r. Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w sprawie sygn. akt KIO/UZP 926108, KIO/UZP 933/08, KIO/UZP 934/08, KIO/UZP 949/08 i KJO/UZP 950108 w zaskarżonej części przez:

- uwzględnienie odwołania wniesionego przez Konsorcjum: Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon Spółka komandytowa 15-482 Białystok ul. Fabryczna 1 i „Usługa” Zakład Remontowo - Budowlany Alina Stawecka 15-776 Białystok ul. Konstytucji 3 Maja 24/4,
- oddalenie odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Usługowo - Asenizacyjne „ASTWA” Sp. z o. o. 15-102 Białystok ul. Kombatantów 4,
- odrzucenie, ewentualnie oddalenie odwołania wniesionego przez „TOP 2001” Sp.z.o.o. 15-113 Białystok ul. Ge. Wł. Andersa 38.

2. zasądzenie od uczestników postępowania na rzecz skarżącego kosztów procesu; ewentualnie o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i umorzenie postępowania.

Skargę na powyższe rozstrzygnięcie wniosło również Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „MPO” Sp. z o.o. Zaskarżonemu wyrokowi zarzuciło naruszenie przepisów PZP, w szczególności:

1. naruszenie art. 191 ust. 2 ustawy pzp, poprzez uwzględnienie odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „CZYŚCIOCH Bis” Sp. z o.o. (dalej: Przeciwnik skargi) poprzez błędną interpretację:

- a. art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy PZP,
- b. art. 24 ust 1 pkt 10 ustawy PZP,
- c. art. 26 ust 3 ustawy PZP.

W związku z powyższym skarżący wniósł o zmianę wyroku poprzez:

- 1. oddalenie odwołania wniesionego przez Przeciwnika Skargi;
- 2. zasądzenie od Przeciwnika Skargi na rzecz Skarżącego kosztów postępowania przed Sądem Okręgowym wg norm prawem przepisanych.

Wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu przedmiotowej skargi, ponieważ w wyniku wydania przez KIO nieprawidłowego i niezgodnego z prawem wyroku w/w

zamówienie publiczne (sektor II) zostanie udzielone wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu. W przypadku prawidłowego orzeczenia przez KIO to oferta Skarżącego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „MPO” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku oraz skarga Konsorcjum Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon Spółka komandytowa w Białymstoku i „USŁUGA” Zakład Remontowo-Budowlany Alina Stawecka w Białymstoku (dalej jako: Konsorcjum) w zakresie dotyczącym punktu 1.1 zaskarżonego wyroku, są bezzasadne i podlegają oddaleniu. Skarga Konsorcjum w pozostałym zakresie, to jest dotyczącym punktu 1.4 i 1.5 zaskarżonego wyroku, jako niedopuszczalna, podlega zaś odrzuceniu. Sąd Okręgowy badając z urzędu kwestię ewentualnego unieważnienia postępowania nie dostrzegł uchybień stanowiących podstawę nieważności.

W pierwszej kolejności należy przedstawić argumenty przemawiające za odrzuceniem skargi Konsorcjum w przedstawionym powyżej zakresie.

Zgodnie z treścią art. 194 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007.223.1655 j.t.; dalej jako: Pzp) na orzeczenie Izby stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego przysługuje skarga do sądu, w myśl zaś ustępu 2, w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. Konstrukcja prawna skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jest zatem upodobniona niejako do apelacji. Wystarczającą przyczyną wniesienia skargi jest niezadowolenie podmiotu z orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, czyli tzw. zasada *gravamen*. Sąd Okręgowy w tym postępowaniu stanowi zaś drugą instancję merytoryczną, w której następuje ponowne badanie sprawy. Celem skargi jest zatem ponowna merytoryczna ocena całokształtu okoliczności w zakresie żądań zgłoszonych w odwołaniu.

Skarżący orzeczenie Izby musi być jednakże podmiotem legitymowanym do wniesienia skargi. W świetle art. 194 ust. 1 Pzp, legitymacja do wniesienia skargi służy odwołującemu jako stronie inicjującej postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą, a na mocy art. 179 ust. 1a ustawy służy także zamawiającemu. Jednocześnie w doktrynie nie budzi obecnie wątpliwości, iż sformułowanie „uczestnicy postępowania odwoławczego” użyte w art. 194 ust. 1 ustawy odnosi się zarówno do stron, jak i interwenientów przystępujących do postępowania odwoławczego w trybie art. 184 ust. 4 Pzp (Tak: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Komentarz do art. 194 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223.1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III). W myśl art. 184 ust. 4 zd. 1 Pzp uczestnik postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego najpóźniej do czasu otwarcia posiedzenia składu orzekającego Izby, wskazując swój interes prawny w przystąpieniu i stronę, do której przystępuje.

Na podkreślenie zasługuje teza wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30.10.2003 r., w którym stwierdził, iż „wykonawca nie będący uczestnikiem postępowania odwoławczego (a więc nie mający samodzielnej legitymacji do wniesienia skargi), który ma interes prawny w zaskarżeniu wyroku Zespołu Arbitrów na korzyść zamawiającego lub odwołującego się, może po wydaniu wyroku zgłosić interwencję uboczną połączoną z wniesieniem skargi” (Zob. M. Płużański, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, 2. wydanie, Warszawa 2007, s. 640). W ocenie Sądu Okręgowego orzeczenie to, choć wydane w

oparciu o nieobowiązujący już stan prawny, nie straciło na aktualności. Zgodnie bowiem z art. 194 ust. 2 ustawy, w zakresie nieuregulowanym w Prawie zamówień publicznych stosuje się odpowiednio przepisy KPC o apelacji, a zwłaszcza art. 367-391 kpc. Odpowiednie zastosowanie znajduje zatem również art. 76 kpc, zgodnie z którym kto ma interes prawny w tym, aby sprawa została rozstrzygnięta na korzyść jednej ze stron, może w każdym stanie sprawy aż do zamknięcia rozprawy w drugiej instancji przystąpić do tej strony (interwencja uboczna).

Konsorcjum zaskarżyło wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 września 2008 r. w zakresie punktu 1.1, 1.4 i 1.5. W punkcie 1.4 zaskarżonego wyroku Izba uwzględniła odwołanie Przedsiębiorstwa Usługowo-Asenizacyjnego „ASTWA” Sp. z o.o. i nakazała wykluczenie Konsorcjum z postępowania na część V zamówienia oraz nakazała Zamawiającemu powtórna ocenę i wybór oferty na część V zamówienia. W punkcie 1.5 zaskarżonego orzeczenia uwzględniła zaś odwołanie „TOP 2001” Sp. z o.o. i nakazała wykluczenie Konsorcjum na część I zamówienia oraz powtórna ocenę i wybór oferty na część I zamówienia.

Jak wynika z akt niniejszej sprawy, w postępowaniu odwoławczym dotyczącym części I zamówienia (sektor I) rozpoczętym na skutek odwołania „TOP 2001” Sp. z o.o. w Białymstoku, stronami były wyłącznie Zamawiający - Prezydent Miasta Białegostoku oraz „TOP 2001” Sp. z o.o. Konsorcjum nie było w tym postępowaniu odwołującym, ani też nie zgłosiło przystąpienia do postępowania w trybie art. 184 ust. 4 ustawy. Jednocześnie Konsorcjum wnosząc przedmiotową skargę nie połączyło jej ze zgłoszeniem interwencji ubocznej. W dacie wniesienia skargi co do punktu 1.5 zaskarżonego wyroku Konsorcjum nie było zatem uczestnikiem postępowania odwoławczego, ani też nie posiadało przymiotu interwenienta ubocznego. Oznacza to, że Konsorcjum nie należy do kręgu podmiotów legitymowanych do wniesienia skargi w tym zakresie, a sama skarga jako niedopuszczalna podlega odrzuceniu.

Dodać w tym miejscu należy, iż hipotetyczna możliwość zgłoszenia przez Konsorcjum interwencji ubocznej po stronie zamawiającego wraz ze złożeniem skargi na wyrok KIO i tak nie doprowadziłaby do uzyskania zamierzonego przez skarżącego skutku. Stosownie bowiem do treści art. 79 zdanie 2 kpc czynności procesowe podjęte przez interwenienta ubocznego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której interwenient przystąpił. Zamawiający zaś /do którego ewentualnie mogłoby przystąpić Konsorcjum / wnosil na rozprawie przed Sądem Okręgowym o odrzucenie i częściowe oddalenie skargi Konsorcjum.

Zbliżona sytuacja wystąpiła co do skargi Konsorcjum w zakresie dotyczącym punktu 1.4 zaskarżonego wyroku, a odnoszącym się do części V zamówienia (sektor V). W postępowaniu o udzielenie zamówienia w sektorze V doszło do wyboru jako najkorzystniejszej, oferty Konsorcjum Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon Sp. k. i „USŁUGA” Zakład Remontowo-Budowlany Alina Stawecka. Protest na powyższą czynność Zamawiającego zgłosiła PU-A „ASTWA” Sp. z o.o. w Białymstoku, a przystąpienie do postępowania protestacyjnego zgłosiło Konsorcjum. Od rozstrzygnięcia protestu zostały następnie wniesione dwa odwołania - odpowiednio przez Konsorcjum oraz PU-A „ASTWA” sp. z o.o. w Białymstoku. Konsorcjum zaskarżyło rozstrzygnięcie jedynie w części, a mianowicie ograniczyło się do kwestionowania jednego z zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, to jest wykazu sprzętu, z pominięciem uwzględnionego zarzutu protestu nie złożenia zezwolenia na przewóz odpadów przez każdego z partnerów Konsorcjum z osobna. Konsorcjum w odwołaniu podnosiło, iż załączony do oferty wykaz sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia w sektorze V spełnia wymogi określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy polegający na wadliwym przyjęciu, że zamawiający dokonał bezskutecznego wezwania skarżącego do uzupełnienia dokumentów skarżący (tj. Konsorcjum) podniósł dopiero w wywiedzionej skardze.

W zakresie sektora V odwołanie na rozstrzygnięcie protestu wniosła również PU-A „ASTWA” Sp. z o.o., która podtrzymała zarzuty i wnioski zgłoszone w proteście, w tym między innymi brak legitymowania się przez jednego z partnerów Konsorcjum uprawnieniami niezbędnymi do prowadzenia działalności objętej zamówieniem, a mianowicie

pozwolenia na transport odpadów oznaczonych kodem 16.81 i 20.03 zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach. Konsorcjum nie przystąpiło jednakże do odwołania wniesionego przez PU-A „ATSWA” Sp. z o.o., mimo iż Zamawiający pismem z dnia 22.08.2008 r. zawiadomił Mobilną Obsługę Przedsiębiorców Jarosław Tarachon sp. k. w Białymstoku o złożeniu odwołań przez „TOP 2001” sp. z o.o. w zakresie sektora I oraz przez PU-A „ASTWA” sp. z o.o. w zakresie sektora V.

Oznacza to, że Konsorcjum tworzone przez partnerów: Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon Sp. k. i „USŁUGA” Zakład Remontowo-Budowlany Alina Stawecka w Białymstoku nie było uczestnikiem postępowania odwoławczego w części dotyczącej spełnienia wymogu z rozdziału VI pkt 1 ppkt 1 SIWZ, to jest co do zarzutu nieposiadania przez „USŁUGA” Zakład Remontowo-Budowlany Alina Stawecka wskazanych zezwoleń. Skoro skarżący nie był uczestnikiem postępowania odwoławczego w tym zakresie, to nie ma legitymacji do zaskarżenia wyroku Izby w tej części. Nie może zatem skutecznie podnosić zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.

Z powyższych względów skarga w zakresie dotyczącym punktu 1.4 oraz 1.5 zaskarżonego wyroku, jako niedopuszczalna, podlegała odrzuceniu na mocy art. 197 ust. 1 ustawy. Równocześnie zbędna była merytoryczna ocena trafności zarzutów zawartych w skardze Konsorcjum, a dotyczących naruszenia przepisów art. 187 ust. 4, art. 191 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W tym miejscu należy ustosunkować się do skargi Konsorcjum w zakresie dotyczącym punktu 1.1 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, który również odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sektorze V.

Jak wynika z pisemnych motywów zaskarżonego wyroku, Izba podzieliła stanowisko skarżącego, iż sporządzenie wykazu sprzętu według opisu zastosowanego przez Zamawiającego w tabeli Numer 1 jest zgodne z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wykaz sprzętu złożony przez Konsorcjum zawiera bowiem nazwy sprzętu oraz dokonano podziału na sektor I i sektor V z podaniem ilości sztuk. Jednocześnie Zamawiający nie załączył wzoru wykazu sprzętu, ani nie sprecyzował wymogów odnoszących się do opisu sprzętu. W ocenie Izby tak sporządzony przez Konsorcjum wykaz nie budzi zastrzeżeń, gdyż Zamawiający nie może żądać od wykonawcy spełnienia wymogów, których nie uwzględnił w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Mimo powyższego odwołanie wniesione przez Konsorcjum zostało oddalone z uwagi na fakt, iż odwołujący nie wykazał naruszenia interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w zakresie sektora V w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, a zatem nie był uprawniony do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej.

Sąd Okręgowy w pełni podziela powyższe stanowisko Izby.

Jak wynika z akt niniejszej sprawy, Zamawiający uwzględnił protest PU-A „ASTWA” Sp. z o.o. w Białymstoku jedynie w zakresie dotyczącym braku dysponowania przez Konsorcjum odpowiednim sprzętem (brak opisu sprzętu) oraz braku uprawnień po stronie jednego z partnerów Konsorcjum do prowadzenia działalności objętej zamówieniem oddalając protest w pozostałej części. Zamawiający błędnie zaś uznał, że jest uprawniony do osobnego wezwania partnera Konsorcjum do uzupełnienia zezwolenia na przewóz odpadów, gdyż w dniu 22.07.2008 r. wezwał Konsorcjum do uzupełnienia wadliwych zezwoleń oraz wskazał, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie /np. Konsorcjum/ każdy z nich powinien oddzielnie udokumentować, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 i 2 Pzp oraz wezwał do uzupełnienia wykazu sprzętu o jego opis. Skoro ponowne wezwanie do uzupełnienia wymaganych zezwoleń było niemożliwe, Zamawiający winien był wykluczyć Konsorcjum w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp. Z uwagi na powyższe Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie PU-A „ASTWA” Sp. z o.o. wykluczyła Konsorcjum z postępowania na część V zamówienia i nakazała Zamawiającemu ponowną ocenę i wybór oferty co do tej części zamówienia. Jak stanowi zaś art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy, w przypadku wniesienia odwołania protest jest ostatecznie rozstrzygnięty z dniem wydania postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze albo wyroku Izby (lit. a) albo z dniem wydania

wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie przez sąd okręgowy, o którym mowa w art. 195 ust. 1, albo z upływem terminu do wniesienia skargi, o którym mowa w art. 195 ust. 2, jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20.000.000 euro, a dla dostaw lub usług - 10.000.000 euro (lit b). Wartość szacunkowa całości zamówienia na zimowe oczyszczanie ulic Białegostoku wynosi powyżej 206.000 euro, a zatem w sprawie ma zastosowanie ustęp 2 punkt 3 litera a powołanego przepisu. Oznacza to, że z chwilą wydania wyroku Izby protest PU-A „ATSWA” Sp. z o.o. został ostatecznie rozstrzygnięty, a zatem decyzja o wykluczeniu Konsorcjum podlega wykonaniu.

W świetle powyższego skarżący aktualnie nie zachował interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w sektorze V w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Zgodnie z treścią powołanego przepisu środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcom i uczestnikom konkursu, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, z zastrzeżeniem ust. 1b. Oznacza to, że możliwość skutecznego wnoszenia środków odwoławczych jest uzależniona od kumulatywnego zaistnienia trzech przesłanek: naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, powstania uszczerbku w interesie prawnym w uzyskaniu zamówienia podmiotu legitymowanego lub możliwość powstania uszczerbku w tym interesie oraz zaistnienia związku przyczynowego pomiędzy wskazanym powyżej uszczerbkiem w interesie prawnym wykonawcy a naruszeniem przepisów ustawy. Podkreślenia wymaga, iż ochronie podlega tylko interes prawny, nie zaś interes faktyczny. Interes prawny w uzyskaniu zamówienia musi zaś odnosić się do konkretnego postępowania, w którym jest wnoszony środek odwoławczy. Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 05.12.2005 r. (UZP/ZO-3620/05, Rzeczpospolita, 13.12.2005 r. [w:] M. Płużański, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 589) stwierdził, że dążenie do unieważnienia postępowania nie mieści się w pojęciu interesu prawnego definiowanego jako dążenie do uzyskania zamówienia, zaś sama możliwość uczestniczenia w następnym postępowaniu przez wykonawcę, który nie ma szans na uzyskanie zamówienia (np. z powodu odrzucenia oferty, które nie zostało oprotestowane), nie jest wystarczającą podstawą do skutecznego wnoszenia środków ochrony prawnej.

Powyższe przesłanki mają charakter materialnoprawny, a zatem ich zaistnienie warunkuje uwzględnienie wniesionego środka. Brak uszczerbku w interesie prawnym wykonawcy w uzyskaniu zamówienia albo nienaruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy oznacza, że odwołanie bądź skarga, wniesione w takich warunkach, zostaną oddalone. Skoro Konsorcjum zostało skutecznie wykluczone przez Krajową Izbę Odwoławczą z postępowania na udzielenie zamówienia w sektorze V na skutek częściowego uwzględnienia odwołania PU-A „ASTWA” Sp. z o.o., to nie ma obecnie interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w omawianym zakresie. Zarzut naruszenia art. 179 ust. 1 Pzp przez Krajową Izbę Odwoławczą należy zatem uznać za bezzasadny.

Z tych względów skarga Konsorcjum: Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw Jarosław Tarachon sp. k. oraz „USŁUGA” Zakład Remontowo-Budowlany Alina Stawecka w Białymstoku odnosząca się do punktu 1.1 zaskarżonego wyroku podlegała oddaleniu.

Skargę Przedsiębiorstwa Usługowo-Handlowego „MPO” Sp. z o.o. w Białymstoku należy oddalić w całości.

Skarżący wywodził, iż oferta PUK „Czyścioch Bis” Sp. z o.o. w Suwałkach winna podlegać odrzuceniu z uwagi na brak oznaczeń i opisu sprzętu przeznaczonego do realizacji zamówienia, co zdaniem skarżącego stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Analiza materiału dowodowego prowadzi do wniosków, iż zarzut jest chybiony. Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny stanu faktycznego przyjmując, iż wykaz sprzętu złożony przez PUK „Czyścioch Bis” Sp. z o.o. jest zgodny z treścią SIWZ, gdyż wobec braku określenia przez Zamawiającego zakresu żadanego opisu sprzętu wystarczające było podanie danych zawartych w tabeli Numer 1 SIWZ. Sąd Okręgowy podziela stanowisko Izby i zaprezentowaną przez nią argumentację.

Zgodnie z treścią rozdziału VI punkt 1 pkt 2 litera b SIWZ o zamówienie mogli

ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. dysponują sprawnym sprzętem niezbędnym do wykonania przedmiotu zamówienia na dany sektor, wymienionym w Tabeli Nr 1. W tabeli tej Zamawiający podał wykaz sprzętu zawierający pewne elementy opisu oraz minimalną ilość sprzętu na dany sektor. Wskazano mianowicie, iż wykonawca ma dysponować sprzętem typu: plugo-posypywarko-solarka wraz z nośnikiem (proekologiczne urządzenie z elektronicznym dozowaniem materiałów szorstkich i solanki) (Lp.1), ciągnik z plugiem (Lp.2), wytwornica solanki (wodnego roztworu NaCl) ze zbiornikiem na jej magazynowanie o min. poj. 5000 l (Lp.3), pojazd z zamontowanym plugiem z lemieszem umożliwiającym usuwanie naboju śnieżnego (Lp.4), maszyny drogowe takiej jak równiarka, ładowarka (Lp.5), mechaniczna zmiatarka uliczna z możliwością zraszania materiału zbieranego, gromadząca materiał zbierany w zbiorniku własnym lub w zbiorniku ułożonym w zestawie (Lp.6). W celu udokumentowania spełnienia warunków wykonawca miał załączyć zgodnie z rozdziałem VII pkt 1 ppkt 5 SIWZ wykaz niezbędnego do wykonania zamówienia sprzętu, jakim dysponuje (z podaniem nazwy i opisu sprzętu oraz ilości sztuk) w podziale na poszczególne sektory. Zamawiający nie podał jednak wzoru wymaganego wykazu sprzętu, ani nie określił, jak precyzyjny ma być opis sprzętu, nie stawiał też wymogów co do marki sprzętu i poszczególnych parametrów. Jednocześnie w rozdziale XVII pkt 3 SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawcę, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, do dostarczenia Zamawiającemu przed zawarciem umowy „kserokopii dowodów rejestracyjnych środków transportu i sprzętu, którym wykonawca dysponuje, zgodnie z zapisami w rozdz. VI pkt 2 lit.b”.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia poza przykładową Tabelą Numer 1 oraz powyższym zapisem w rozdziale XVII nie zawiera innych wymogów co do opisu sprzętu, ani sporządzenia wykazu. Pewne wymogi co do parametrów sprzętu oraz bardziej szczegółowe elementy opisu zostały sprecyzowane w Załączniku nr 8 do SIWZ „Zasady i technologia wykonania prac”, a w szczególności w punktach 2.1, 3.2, 3.4.1, 3.4.2, 4.5 i 4.6. W sposób bardziej szczegółowy określono w nich wymagania odnośnie sprzętu do odśnieżania, w tym m.in. plugów, samochodów ciężarowych, nośników plugów odśnieżnych oraz sprzętu i urządzeń do usuwania śliskości oraz załadunku środków chemicznych i uszorstniających (k. 172-178). Następnie na mocy art. 38 ust. 4 Pzp dokonano modyfikacji treści SIWZ, w tym Załącznika nr 8 dokonując zmian m.in. w zakresie treści punktów 3.2 i 4.5 (k. 188-191). Z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie wynika jednakże, by opis sprzętu miał zostać sporządzony zgodnie z wymogami wskazanymi w Załączniku Nr 8.

Skoro Zamawiający nie określił w SIWZ wzoru wykazu, to należy uznać, iż wymagania co do sprzętu określone w tabeli uznawał za wystarczające do ustalenia, czy dany sprzęt jest niezbędny do wykonania zamówienia i pozostawił wykonawcom pewną swobodę w zakresie opracowania wykazu. Izba w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia wskazała w tym przedmiocie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej wydany w sprawie przedmiotowego zamówienia o sygnaturze KIO/UZP 569/08, w którym za słuszne uznano stanowisko Zamawiającego, iż „nie musiał on stawiać w SIWZ szczegółowych wymogów i parametrów w zakresie pojemności skrzyni ładunkowej posypywarek i pojemności zbiornika na solankę, skoro postawił generalny wymóg, aby sprzęt umożliwiał realizację zamówienia”; „wykonawcy mają zatem pewną swobodę, jednakowoż ograniczoną innymi wymogami SIWZ dotyczącymi sposobu realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia”. W świetle powyższego również w niniejszej sprawie Zamawiający nie był zobligowany do szczegółowego precyzowania wymagań sprzętowych. Skoro Zamawiający nie określił w SIWZ parametrów sprzętu niezbędnego do realizacji zadania, to najwyraźniej jego celem nie było zobligowanie wykonawców do sporządzenia szczegółowego opisu sprzętu, a jedynie sporządzenie takiego wykazu, który umożliwiłby ocenę, czy dany wykonawca dysponuje sprzętem pozwalającym na wykonanie zamówienia. Jednocześnie dostrzec trzeba, iż uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mimo ogólnych sformułowań postanowień SIWZ w zakresie sprzętu, nie kwestionowali ich treści w trybie protestu, co umożliwia regulacja art. 180 ust. 3 ustawy. W konsekwencji postanowienia SIWZ stały się wiążące zarówno w stosunku do Zamawiającego, jak i do wykonawców. Powyższe przemawia za uznaniem, iż każdy sprzęt, który spełnia wymogi określone w rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 lit b SIWZ (Tabela Nr 1) będzie kwalifikował wykonawcę do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jak wynika z akt sprawy, PUK „Czyścioch Bis” Sp. z o.o. w Suwałkach zgłaszając swój udział w postępowaniu na udzielenie zamówienia dołączył do oferty niepełny wykaz sprzętu, w którym nie podano ilości sprzętu, ani numerów sektorów, których wykaz dotyczy. W związku z powyższym pismem z dnia 22.07.2008 r. został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia braków w zakresie podania ilości sprzętu i numerów sektorów, przy czym Zamawiający nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia opisu sprzętu (k. 253). Trafnie zatem Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że sporządzenie wykazu sprzętu zgodnie z przykładową Tabelą Nr 1, nawet w drodze jej odwzorowania, odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Jak wskazano powyżej, w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie zawarto bowiem wymogów co do parametrów sprzętu, marki, pojemności etc., ani nie wskazano, iż opis sprzętu winien zostać sporządzony zgodnie z Załącznikiem Nr 8. Sama Tabela Nr 1 zawiera zaś pewne elementy opisu. PUK „Czyścioch Bis” Sp. z o.o. odwzorował powyższą tabelę i załączył do swej oferty wykaz z podaniem nazwy sprzętu, jego opisem i po wezwaniu - uzupełnił o ilość sztuk z zaznaczeniem sektorów. Nie był wzywany przez Zamawiającego do uzupełnienia opisu sprzętu, a zatem obecnie Zamawiający nie może stawiać dodatkowych warunków i doszukiwać się braków w opisie sprzętu sporządzonym przez PUK „Czyścioch Bis” Sp. z o.o. Skoro bowiem w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymogi sprzętowe określono w sposób przedstawiony w Tabeli nr 1, to wykonawca nie ma obowiązku wykraczać niejako poza treść SIWZ i doprecyzowywać w ofercie parametry posiadanego sprzętu. Na marginesie należy wskazać, iż również wykonawcy PUH „MPO” Sp. z o.o. oraz PU-A „ASTWA” Sp. z o.o. w załączonych przez siebie wykazach sprzętu nie podali precyzyjnych parametrów i właściwości sprzętu, a jedynie wskazali na marki i typy posiadanych maszyn i pojazdów.

W świetle powyższego Sąd Okręgowy podziela zdanie Izby, że w przedmiotowej sprawie minimalny możliwy opis odpowiadający treści SIWZ to powtórzenie treści Tabeli Nr 1, uzupełniony podaniem ilości sprzętu z podziałem na sektory. Uznanie tak sporządzonego wykazu przez Zamawiającego za wadliwy i z tych względów wykluczenie PUK „Czyścioch Bis” Sp. z o.o. stanowiło w istocie naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający żądał bowiem spełnienia wymogów, które nie były zawarte w treści SIWZ. Z tych przyczyn uwzględnienie przez Izbę odwołania PUK „Czyścioch Bis” Sp. z o.o. należy uznać za trafne, zaś zarzuty skarżącego PUH „MPO” Sp. z o.o. dotyczące naruszenia powołanych przepisów oraz art. 26 ust. 3 ustawy za bezzasadne.

Postanowienia SIWZ określające warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria oceny spełnienia tych warunków były jednakowe dla wszystkich oferentów, przy czym zostały sformułowane w sposób ogólny, nie utrudniający uczciwej konkurencji. Firma PUK „Czyścioch Bis” Sp. z o.o. w Suwałkach spełniła zaś warunki określone przez Zamawiającego, a jej oferta jest zgodna z postanowieniami SIWZ. Wybór powyższej oferty jako najkorzystniejszej nastąpił zaś wyłącznie z uwagi na najniższą oferowaną cenę usługi, przy czym nie można uznać, by ustalenie ceny usługi na takim poziomie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Reasumując, wobec wskazanego wyżej braku podstaw skarga PUH „MPO” Sp. z o.o. podlegała na mocy art. 198 ust. 2 Pzp oddaleniu w całości, zaś skarga Konsorcjum w zakresie dotyczącym punktu 1.1 zaskarżonego wyroku. W pozostałym zakresie skargę Konsorcjum odrzucono na mocy art. 197 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono w oparciu o art. 98 § 1 i 3 kpc oraz § 10 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 2 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r., Nr 163, poz. 1349 ze zm.) i § 11 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 2 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. z 2002 r., Nr 163, poz. 1348 ze zm.).

irawo mocne

Na oryginale właściwe podpisy

Za zgodność

STARSZY SEKRETARZ SADOWY

Barwra Birula (