

WYROK
z dnia 14 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Ernest Klauziński

Magdalena Grabarczyk

Marek Koleśnikow

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2019 r. i w dniu 13 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2019 r. przez wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o. o.

z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Stołeczne Warszawa, przy udziale:

- A) wykonawcy W. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BYS – W. B. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BYS – W. B. z siedzibą w Warszawie oraz ATF Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Mirosławcu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- C) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. z siedzibą w Warszawie, Jarper Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kosowskiej zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- D) wykonawcy J. Z., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PPHU Lekaro J. Z. z siedzibą w Gliniance zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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.

.....
.....
.....

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa (dalej Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbiór odpadów komunalnych z terenu nieruchomości położonych w m.st. Warszawie, od 1.1.2019 r.”

(znak postępowania: ZP/GP/271/IV-172/18) zwane dalej Postępowaniem. Postępowanie podzielone jest na dziewięć części (zadań). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 września 2018 r. pod numerem 2018/S 173-392688. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 28 stycznia 2019 r. wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) czynności i zaniechania Zamawiającego:

1. zaniechania odrzucenia w zakresie:

- a) Części 1 i 2 – oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. z siedzibą w Warszawie, Jarper Sp. z o.o. z siedzibą w Wólce Kosowskiej (dalej: Konsorcjum Partner),
- b) Części 1 – oferty złożonej przez W. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Byś – W. B. z siedzibą w Warszawie

(dalej: „Byś”),

- c) Części 3 – oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BYŚ – W. B. z siedzibą w Warszawie oraz ATF Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Mirosławcu (dalej „Konsorcjum Byś-ATF”)

– mimo, że oferty te podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, ponieważ ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

2. Zaniechania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp oraz zaproszenia do aukcji:

- a) Konsorcjum Partner w zakresie Części 1 i 2,
b) Byś w zakresie Części 1,
c) Konsorcjum Byś-ATF w zakresie Części 3

– i przeprowadzenia aukcji elektronicznej z udziałem tych podmiotów, mimo, że ich oferty we wskazanym wyżej zakresie podlegały odrzuceniu, ponieważ ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

3. Przyznania ww. wykonawcom zawyżonej punktacji w kryteriach pozacenowych

i poinformowania o otrzymanej przez Konsorcjum Partner i Byś zawyżonej ocenie punktowej.

4. Zaniechania wyjaśnienia z ww. wykonawcami okoliczności istotnych z punktu widzenia oceny ofert tych wykonawców w zakresie kryteriów pozacenowych, w tym rzetelności oświadczeń wykonawców w zakresie punktacji w kryteriach pozacenowych.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 15 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej Uznk) przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Partner w Części 1 i 2, Byś w Części 1 i Konsorcjum Byś-ATF w zakresie Części 3, mimo, że ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ wskazani wykonawcy złożyli nierzetelne i niemożliwe do spełnienia przez te podmioty oświadczenia dotyczące okoliczności warunkujących uzyskanie punktacji w kryteriach pozacenowych tylko w celu uzyskania maksymalnej punktacji i uzyskania zamówienia;
2. art. 91b ust. 1 Pzp przez zaproszenie do aukcji elektronicznej Konsorcjum Partner w zakresie Części 1 i 2, Byś w Części 1 i Konsorcjum Byś-ATF w zakresie Części 3, oraz przeprowadzenie w dniu 24 stycznia 2019 r. aukcji elektronicznej z udziałem tych wykonawców, mimo, że ich oferty podlegały odrzuceniu, ponieważ ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 5 ust. 2 pkt 1 Uznk przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwą konkurencję polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert Konsorcjum Partner w zakresie Części 1 i 2, Byś w Części 1 i Konsorcjum Byś-ATF w zakresie Części 3, mimo, że ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ wskazani wykonawcy złożyli nierzetelne i niemożliwe do spełnienia przez te podmioty oświadczenia dotyczące okoliczności warunkujących uzyskanie punktacji w kryteriach pozacenowych tylko w celu uzyskania maksymalnej punktacji i uzyskania zamówienia;
4. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91b ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający równe traktowanie wykonawców oraz uczciwą konkurencję polegające na zaproszeniu do aukcji elektronicznej Konsorcjum Partner w zakresie Części 1 i 2, Byś w Części 1 i Konsorcjum Byś-ATF w zakresie Części 3, oraz przeprowadzeniu w dniu 24 stycznia 2019 r. aukcji elektronicznej z udziałem tych wykonawców, mimo, że ich oferty podlegały odrzuceniu, ponieważ ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
5. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia z Konsorcjum Partner okoliczności istotnych z punktu widzenia oceny ofert tego wykonawcy w Części 1 i 2, Byś w Części 1 i Konsorcjum Byś-ATF w Części 3 zakresie kryteriów pozacenowych, w tym rzetelności oświadczeń Konsorcjum Partner, Byś i Konsorcjum Byś-ATF w zakresie punktacji w kryteriach pozacenowych, przez co postępowanie prowadzone było w sposób naruszający równe traktowanie wykonawców oraz prowadzący do wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza;
6. art. 91 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 91b Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 przez przyznanie Konsorcjum Partner w zakresie Części 1 i 2, Byś w Części 1 i Konsorcjum Byś-ATF w zakresie Części 3 zawyżonej punktacji w kryteriach pozacenowych, co mogło prowadzić do wyboru wykonawcy, którego oferta nie była najkorzystniejsza;
7. art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawców: Konsorcjum Partner w zakresie Części 1 i 2, Byś w Części 1 i Konsorcjum Byś-ATF w zakresie Części 3, którzy w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na podejmowane przez niego decyzje w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności aukcji elektronicznej z dnia 24 stycznia 2019 r. w zakresie Części (Zadania) 1, 2 i 3,
2. unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej Konsorcjum Partner w zakresie Części 1 i 2, Byś w Części 1 i Konsorcjum Byś-ATF w zakresie Części 3,
3. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Konsorcjum Partner w zakresie Części 1 i 2, Byś w Części 1 i Konsorcjum Byś-ATF w zakresie Części 3 oraz dodatkowo wykluczenia tych wykonawców i uznania ich ofert za odrzucone, ewentualnie wyjaśnienia z Konsorcjum Partner w zakresie Części 1 i 2, Byś w Części 1 i Konsorcjum Byś-ATF w zakresie Części 3 okoliczności istotnych dla uzyskania punktacji w kryteriach pozacenowych oraz weryfikacji przyznanej punktacji w kryteriach pozacenowych;
4. powtórzenie aukcji elektronicznej z udziałem wykonawców, których oferta nie podlegała odrzuceniu, w tym bez udziału Konsorcjum Partner w zakresie Części 1 i 2, Byś w Części 1 i Konsorcjum Byś-ATF w zakresie Części 3, ewentualnie powtórzenia aukcji po weryfikacji punktacji w kryteriach pozacenowych.
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający przewidział następujące kryteria oceny ofert:

1. Cena – 60%.
2. Kryterium środowiskowe – 20%.
3. Kryterium jakościowe – 20%.

Zgodnie z pkt 27.3 SIWZ w kryterium środowiskowym Zamawiający przyznawał za przeznaczenie do realizacji danej części przedmiotu zamówienia pojazdów bezpylnych o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej 3,5 tony spełniających normę emisji spalin: Euro 6 lub wyższą – 2 punkty, Euro 5 – 1 punkt. Pojazdy musiały być przypisane do konkretnego zadania, a zasadę utrzymania przez cały okres realizacji zamówienia floty zgodnej z warunkami zadeklarowanymi w kryterium środowiskowym zawarto w § 10 ust. 3 wzoru Umowy. Zamawiający przewidział odpowiednie przeliczenia punktacji w każdej z Części przedmiotu zamówienia.

Punkt 27.4 SIWZ wskazywał, że celem wprowadzenia tego kryterium pozacenowego jest uzyskanie przez zamawiającego na jak najwcześniejszym etapie realizacji zamówienia pełnego oczekiwanego zakresu informacji o odbieranych odpadach komunalnych. Zamawiający miał przyznać punkty wykonawcom, którzy zaoficerowali wysoki poziom jakości usługi przed upływem 9 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi. Punkty miały zostać obliczone proporcjonalnie do deklarowanego okresu. W związku maksymalna liczba punktów (20) miała być przyznana, jeżeli wykonawca od pierwszego miesiąca świadczenia usługi zadeklarował, że będzie wykonywał zamówienie wszystkimi pojazdami spełniającymi wymagania określone w §§ 11-16 OPZ. Oświadczenie w zakresie kryterium środowiskowego i jakościowego należało złożyć w formularzu oferty.

Oświadczenia dotyczące okoliczności mających znaczenie dla przyznania punktacji w kryteriach pozacenowych zawarte w ofercie Konsorcjum Partner w zakresie Części 1 i 2 oraz Byś w zakresie Części 1 i Konsorcjum Byś-ATF w Części 3 miały w ocenie Odwołującego charakter całkowicie nierealny i nakierowane były wyłącznie na uzyskanie maksymalnej punktacji w kryteriach pozacenowych w celu uzyskania zamówienia, mimo braku możliwości ich dochowania i faktycznej realizacji. Zamawiający całkowicie zaniechał weryfikacji rzetelności ww. oświadczeń i możliwości ich spełnienia w okolicznościach postępowania przez Konsorcjum Partner oraz Byś i Konsorcjum Byś-ATF. Tymczasem badanie i ocena ofert wymagało od Zamawiającego kompleksowej analizy zawartych w nich oświadczeń, w szczególności w odniesieniu do kryteriów oceny ofert o tak znaczącej wadze – po 20% w każdym z kryteriów pozacenowych, łącznie maksymalnie 40%. Każde z kryteriów pozacenowych znacząco wpływało na ostateczną ocenę ofert, zatem weryfikacja treści ofert w zakresie decydującym o przyznanej punktacji pod kątem ewentualnego czynu nieuczciwej konkurencji była obowiązkiem Zamawiającego. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem nierzetelne lub nierealne deklaracje w zakresie kryteriów pozacenowych zawarte w ofercie są kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Złożenie ofert jedynie z pozoru najkorzystniejszych, o których od początku wiadomo, że nie będą mogły być wykonana na warunkach, które zdecydowały o ich wyborze, bez wątplenia stanowiło naruszenie dobrych obyczajów i prowadziło do naruszenia interesu wykonawców oferujących realne warunki wykonania zamówienia, pozbawiając ich de facto możliwości konkurencji.

Zamawiający nie mógł zatem zaakceptować ofert, zawierających nierzetelne lub niemożliwe do wykonania deklaracje, nakierowane wyłącznie na sztuczne zwiększenie punktacji w kryteriach pozacenowych, ponieważ ich złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 15 ust. 2 pkt 1 Uznk. Wykonawcy podjęli działania mające na celu wymuszenie na zamawiającym wyboru ich ofert, ograniczając jednocześnie w istotny sposób możliwość dokonywania przez zamawiającego zakupu u innych przedsiębiorców. Oferty Konsorcjum Partner, Byś i Konsorcjum Byś-ATF były zatem pozornie korzystne, ponieważ faktycznie nie zapewniały Zamawiającemu osiągnięcia celów, które stały u podstaw kryteriów pozacenowych. Dla Części 1 Konsorcjum Partner przedstawiło na potrzeby kryterium środowiskowego listę 15 pojazdów: 10 spełniających normę spalania Euro 6 i 5 spełniających normę spalania Euro 5, za które otrzymało 17,24 punktu. Równocześnie zadeklarowało spełnienie kryterium jakościowego od pierwszego dnia pierwszego miesiąca świadczenia usługi, za co otrzymało 20 punktów. W Części 2 Konsorcjum Partner przedstawiło na potrzeby kryterium środowiskowego listę 25 pojazdów bezpylnych: 15 spełniających normę spalania Euro 6 i 10 spełniających normę spalania Euro 5, za które otrzymało 20 punktów. Równocześnie zadeklarowało spełnienie kryterium jakościowego od pierwszego dnia pierwszego miesiąca świadczenia usługi, za co także otrzymało 20 punktów. Wykonawca Byś w Części 1 przedstawił listę 15 pojazdów: 11 spełniających normę spalania Euro 6 i 4 spełniające normę spalania Euro 5, za które otrzymał 17,93 punktów oraz zadeklarował spełnienie kryterium jakościowego od pierwszego dnia pierwszego miesiąca świadczenia usługi, za co otrzymał 20 punktów, przy czym w zakresie 8 pojazdów Euro 6 i 4 Euro 5 zadeklarował dysponowanie nimi. W Części 3 Konsorcjum Byś-ATF przedstawiło listę 25 pojazdów: 15 spełniających normę spalania Euro 6 i 10 spełniające normę spalania Euro 5, za które otrzymało 20 punktów oraz zadeklarował spełnienie kryterium jakościowego od pierwszego dnia pierwszego miesiąca świadczenia usługi, za co otrzymał 20 punktów. Żadnym z tych pojazdów nie dysponowało.

Zgodnie z wymaganiami SIWZ oświadczenie wykonawcy na potrzeby kryterium jakościowego, że od pierwszego dnia pierwszego miesiąca świadczenia usługi będzie wykonywał zamówienie wszystkimi pojazdami spełniającymi wymagania określone w §§ 11-16 OPZ oznaczało, że od pierwszego dnia pierwszego miesiąca po zakończeniu okresu przygotowawczego trwającego 3 miesiące (pierwszy dzień czwartego miesiąca po zawarciu umowy) wykonawca będzie wykonywał usługę pojazdami, które są wyposażone we wszystkie systemy wymagane §§ 11-16 OPZ. W konsekwencji do tego czasu wykonawca musi być w pełni gotowy do wykonywania usługi w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ. Poza dysponowaniem w pełni wyposażonymi pojazdami, wykonawca musi także dokonać zakupu i rozstawienia pojemników, ich „zaczepienia”, zakupu worków oraz zrealizować wszystkie pozostałe obowiązki niezbędne do rozpoczęcia realizacji usług. Konsorcjum Partner, Byś i Konsorcjum Byś-ATF zadeklarowali pełną gotowość do realizacji usług

od pierwszego dnia pierwszego miesiąca świadczenia usługi, mimo, że nie realizowali zamówień na taką skalę, jaka wynika ze złożonych przez tych wykonawców ofert. W skład Konsorcjum Partner, podobnie jak w przypadku Byś wchodziły niewielkie podmioty, które do tej pory obsługiwały gminy ościenne, gdzie warunki świadczenia usług są odmienne niż w m.st. Warszawa. Wymagania określone w §§ 11-16 OPZ mają charakter unikalny, nie są stosowane w innych gminach. Ich spełnienie wymaga znacznych nakładów finansowych związanych z przygotowaniem się do świadczenia usługi oraz doposażenia w niezbędny potencjał techniczny konieczny do świadczenia usług, co poza środkami finansowymi wymaga także czasu. Gminy ościenne, w których podmioty te realizują odbiór odpadów, nie wymagają systemu wagowego, systemu RFID i skomplikowanego, unikatowego na skalę kraju systemu przesyłania danych i rozliczeń. W przypadku Konsorcjum Byś-ATF wykonawca ATF Sp. z o.o. Sp. k. jest zaangażowany w realizację szeregu usług, które także nie wymagają dysponowania potencjałem takim jak obsługa m.st. Warszawa. Konsorcjum Partner w Części 1 i Części 2 i Byś w Części 1 oraz Konsorcjum Byś-ATF w Części 3 zadeklarowali w kryterium jakościowym realizację usług przy spełnieniu wymagań §§ 11-16 OPZ zamówienia od pierwszego dnia pierwszego miesiąca świadczenia usług, do czego niezbędne są m.in. pojazdy wyposażone we wszystkie systemy wymagane w §§ 11-16 OPZ. W ocenie Odwołującego było całkowicie niemożliwe, aby członkowie Konsorcjum Partner, Byś czy Konsorcjum Byś-ATF dysponowali wolnymi pojazdami w liczbie niezbędnej do świadczenia usług, na które złożyli oferty. Zdaniem Odwołującego w Części 1 i 2 niezbędna była znacznie większa liczba pojazdów niż ta, której dotyczyła deklaracja w kryterium środowiskowym (ponad 30 w Części 1, ponad 40 w Części 2). Podobnie było dla Części 3 – członek Konsorcjum Partner, wykonawca Jarper Sp. z o.o. zaangażowany jest świadczenie usług do końca 2019 r. w mieście i gminie Grodzisk Mazowiecki i gminie Żabia Wola. To samo dotyczy członka Konsorcjum Byś-ATF – wykonawcy ATF Sp. z o.o. Sp.k. oraz wykonawcy Byś, który wykorzystuje swój potencjał w świadczonych usługach. Istnieje znaczne prawdopodobieństwo, że pojazdy wskazane na potrzeby kryterium środowiskowego wykorzystywane są do świadczenia usług w innych gminach oraz wykazywane na potrzeby uczestnictwa w innych postępowaniach. Zatem wbrew oświadczeniu, Byś nie dysponował tymi pojazdami na potrzeby przedmiotowego zamówienia (przykładowo w przetargu w gminie Izabelin Byś zadeklarował pojazdy Euro 6 (w tym 4 bezpyłne). W zakresie Konsorcjum Byś-ATF, wykonawca nie dysponował żadnym pojazdem, lecz dopiero będzie je pozyskiwał, a aktualny potencjał jest wykorzystywany w realizowanych usługach. Z pewnością Konsorcjum Partner nie dysponuje pojazdami wyposażonymi w sposób wymagany w §§ 11-16, ponieważ wymagania m.st. Warszawy były bardzo wysokie i unikatowe. Odwołujący wskazał, że na rynku nie są dostępne pojazdy w takim wyposażeniu i w takiej liczbie, jaka jest niezbędna, aby wypełnić deklarację Konsorcjum Partner. Wykonawca ten zadeklarował realizację części 1 zamówienia 15 pojazdami spełniającymi normy spalania Euro 5 i 6, przy czym obecnie dysponuje jedynie 6. Z kolei w Części 2 w ramach kryterium środowiskowego Konsorcjum Partner zadeklarowało realizację zamówienia aż 25 pojazdami spełniającymi normę emisji spalin Euro 5 i 6, przy czym obecnie dysponuje tylko 2. To samo dotyczy Byś i Konsorcjum Byś-ATF.

Konsorcjum Partner poza realizacją innych wymagań w ramach umowy, w ciągu 3 miesięcy będzie zobligowane pozyskać/zakupić kilkadziesiąt pojazdów niezbędnych do świadczenia usługi i wyposażyć je we wszystkie niezbędne systemy, o których mowa w §§ 11-16 OPZ.

Na rynku nie ma odpowiedniej ilości dostępnych pojazdów zgodnych z wymaganiami zamawiającego, a cykl produkcyjny pojazdów przekracza okres 3 miesięcy. Nie ma zatem realnej możliwości, aby Konsorcjum Partner świadczyło usługę zgodnie z oświadczeniem zawartym w ofercie od pierwszego dnia pierwszego miesiąca jej wykonywania. To samo dotyczy pozostałych wykonawców. W konsekwencji będą oni zmuszeni do pozyskania kilkadziesiątu pojazdów, przy czym musiałyby to nastąpić zaledwie w terminie 3 miesięcy, w którym należy dodatkowo zrealizować wszystkie pozostałe obowiązki niezbędne do świadczenia usług (w tym zakupić, „zaczepować” i rozstawić pojemniki, zakupić worki itd.). Jest całkowicie nierealne, aby cały powyższy zakres został zrealizowany przez tych wykonawców w ciągu 3 miesięcy, czego wykonawcy byli świadomi lub też przy dołożeniu należytej staranności powinni być świadomi. Oświadczenia dotyczące punktacji w kryteriach pozacenowych miały na celu tylko zapewnienie dodatkowej punktacji, możliwości zaoferowania wyższej ceny i zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia, a nie faktyczną realizację zgodnie z treścią ofert. Nie sposób zakładać, aby przed zawarciem umowy, wykonawcy, którzy nie posiadają stosownego potencjału, przygotowywali się do jej wykonania.

Bierność Zamawiającego w weryfikacji ofert Konsorcjum Partner, Byś i Konsorcjum Byś-ATF pod kątem możliwości ich odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w ocenie Odwołującego uzasadniała także zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wniesienia zażalenia na wywołanie postępowania w kryteriach pozacenowych, co naruszyło zasadę równości i uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz art. 7 ust. 3 Pzp, ponieważ prowadziło do wyboru wykonawcy wbrew wynikającym z SIWZ kryteriom oceny ofert. W konsekwencji zaproszenie do udziału w aukcji i możliwość uzyskania zamówienia uzyskali bowiem wykonawcy, których oferty podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, co skutkowało także naruszeniem art. 91b Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Przywołane powyżej okoliczności wypełniły także dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zgodnie z którym wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Punktacja w kryteriach pozacenowych dotyczyła kategorii informacji, o których mowa w tym przepisie, ponieważ mogła zdecydować o uzyskaniu zamówienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego,

że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawców: Byś, konsorcjum Byś-ATF i konsorcjum Partner do postępowania po stronie Zamawiającego oraz Lekaro po stronie Odwołującego. Przystąpienie nastąpiło z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Pzp, w tym z wykazaniem interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść stron, do których przystąpili wskazani wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zamawiający w części III SIWZ „Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym”, pkt 12.2, sformułował następujące warunki udziału w postępowaniu:

„12.2.1. Za spełniających warunki udziału w postępowaniu Zamawiający uzna Wykonawców, którzy:

12.2.1.1. posiadają wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych, wskazanych w § 4 ust. 2 OPZ od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Prezydenta m.st. Warszawy, zgodnie z art. 9c ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018 r. poz. 1454),

12.2.1.2. posiadają wpis do rejestru prowadzonego, na podstawie art. 49 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2018 r. poz. 992), w zakresie transportu odpadów komunalnych, wskazanych w ust. 2 opz,

12.2.1.3. wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonali należycie usługę lub usługi, polegające na odbiorze odpadów komunalnych, w ilości nie mniejszej niż wskazane poniżej dla danego Zadania (danej Części zamówienia, o realizację której Wykonawca się ubiega) (...).

Wykonawca zobowiązany jest wykazać, że wykonał należycie usługę lub usługi, polegające na odbiorze odpadów komunalnych w ilości nie mniejszej niż: (...).”

Zamawiający nie sformułował warunków udziału w postępowaniu dotyczących potencjału technicznego. Odwołujący i Przystępujący Lekaro nie kwestionowali spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępujących po stronie Zamawiającego, zatem Izba uznała, że fakt spełnienia warunków przez wykonawców Byś, konsorcjum Byś-ATF i konsorcjum Partner jest między stronami niesporny.

Na etapie oceny ofert Zamawiający nie miał zatem podstawy do weryfikacji dysponowania przez wykonawców potencjałem technicznym w postaci pojazdów-śmieciarek, o określonych parametrach.

SIWZ (Część V „Tryb i zasady wyboru najkorzystniejszej oferty”) przewidywał następujące zasady punktacji ofert:

„26. Kryteria oceny ofert

W celu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający przyjął dla każdej z części zamówienia następujące kryteria oceny ofert przypisując im odpowiednio wagi procentowe:

Cena brutto – 60%

Kryterium środowiskowe – 20%

Kryterium jakościowe – 20% (...)

27. Zasady oceny ofert według ustalonych kryteriów (...):

27.3. Kryterium „Kryterium środowiskowe” — waga 20 % – max. 20 pkt. (...)

Zamawiający oceni, że wskazany przez wykonawcę pojazd spełnia kryterium na podstawie oświadczenia wykonawcy. Wykonawca musi dysponować wskazanymi pojazdami najpóźniej od pierwszego dnia siódmego miesiąca kalendarzowego, następującego w którym zawarto Umowę. Wykonawca przedstawi listę pojazdów bezpylnych o dopuszczalnej masie całkowitej przekraczającej 3,5 tony dla danego zadania wraz ze wskazaniem oceny punktowej (...). Wykonawca może przypisać jeden konkretny pojazd do realizacji tylko jednego konkretnego Zadania (Części zamówienia). Zamawiający oceni wyłącznie pojazdy zgłoszone przez wykonawcę do realizacji jednego wskazanego Zadania. Jeżeli wykonawca wskaże ten sam pojazd do realizacji więcej niż jednego zadania, Zamawiający pominie ten pojazd przy ocenie we wszystkich Zadaniach. Weryfikacja spełnienia przez pojazd danej normy emisji spalin nastąpi na etapie realizacji umowy w oparciu o przedstawione przez Wykonawcę dokumenty, z których jednoznacznie będzie wynikać, że wskazany pojazd spełnia specyfikację przywołanych norm EURO

5 i EURO 6. Jeżeli Wykonawca nie wywiąże się ze swojego zobowiązania, zostaną nałożone na niego kary umowne (...). Jeżeli wykonawca nie przedstawi pojazdów spełniających wymagania kryterium zgodnie z przyjętymi regułami obliczania punktacji, otrzyma zero punktów w tym kryterium.

Zamawiający zwraca uwagę, że zasady utrzymania przez cały okres realizacji zamówienia floty zgodnej z warunkami zadeklarowanymi w kryterium środowiskowym zawarto w par. 10 ust. 3 Umowy (...).

27.4. Kryterium „Kryterium jakościowe” — waga 20 % – max 20 pkt.

Celem wprowadzenia tego kryterium pozacenowego jest uzyskanie przez Zamawiającego na jak najwcześniejszym etapie realizacji zamówienia pełnego oczekiwanego zakresu informacji o odbieranych odpadach komunalnych. Dane zbierane za pomocą systemów pokładowych pojazdów umożliwiają Zamawiającemu prowadzenie efektywnej kontroli jakości świadczonych usług. Dodatkowo dane te są niezbędne m.in. do prawidłowej oceny selektywnej zbiórki odpadów przez wykonawcę, wywiązywania się mieszkańców z nałożonych na nich przepisami prawa obowiązków w zakresie segregacji odpadów

i składania deklaracji, realizacji przez wykonawcę harmonogramu odbioru odpadów właściwymi pojazdami. Dane te umożliwiają przypisanie informacji o ilości i jakości odpadów do konkretnego punktu odbioru i posłużą do sporządzania analiz systemowych oraz oceny kierunków rozwoju systemu gospodarowania odpadami. Są także podstawą rozliczeń, które zamawiający uznaje za najdokładniejsze. Kryterium odnosi się do oczekiwanego wysokiego poziomu świadczenia usługi. Zamawiający oczekuje, że wszystkie pojazdy używane przez wykonawcę do realizacji usługi najpóźniej w ciągu 9 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi zostaną wyposażone we wszystkie elementy wskazane w 11-16 OPZ. Oznacza to, że Zamawiający oczekuje, że wszyscy wykonawcy będą świadczyć usługę z zapewnieniem wysokiego poziomu informacji o świadczonej usłudze najpóźniej od pierwszego dnia dziesiątego miesiąca świadczenia usługi. Jeżeli wykonawca zadeklaruje w ofercie osiągnięcie oczekiwanego wysokiego poziomu informacji o świadczonej usłudze od 10 miesiąca otrzyma w tym kryterium zero punktów. Jeżeli wykonawca zadeklaruje w ofercie osiągnięcie oczekiwanego wysokiego poziomu informacji o świadczonej usłudze w późniejszym terminie, jego oferta zostanie odrzucona.

Weryfikacja spełnienia przez Wykonawcę zobowiązania nastąpi na etapie realizacji umowy. Jeżeli Wykonawca nie wywiąże się ze swojego zobowiązania, zostaną nałożone na niego kary umowne pod warunkami wskazanymi w umowie, a rozliczenia będą prowadzone zgodnie z regułami ustalonymi w dokumentacji postępowania. Oznacza to możliwość pominięcia w rozliczeniach z wykonawcą należności za realizację usługi pojazdami, które nie spełniają wymagań zadeklarowanych w ofercie lub wskazanych w OPZ choćby cała usługa była realizowana należycie.

Wykonawca w ofercie deklaruje, czy w momencie rozpoczęcia realizacji zamówienia lub wskazanym późniejszym terminie, ale najpóźniej od pierwszego dnia dziesiątego miesiąca liczonego od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi będzie dysponował wszystkimi pojazdami przeznaczonymi do realizacji zamówienia zgodnie z 11-16 OPZ.

Zamawiający przyznaje punkty wykonawcom, którzy zaoferują wysoki poziom jakości usługi przed upływem 9 miesięcy od dnia rozpoczęcia świadczenia usługi. Punkty obliczone zostaną proporcjonalnie do deklarowanego okresu.

W związku z tym zamawiający przewiduje przyznanie maksymalnej liczby punktów (20) jeżeli wykonawca od pierwszego miesiąca świadczenia usługi będzie wykonywał zamówienie wszystkimi pojazdami spełniającymi wymagania określone w §§ 11-16 OPZ (...).

Przytoczone fragmenty SIWZ jednoznacznie wskazują, że wykonawcy Konsorcjum Partner, Byś oraz Konsorcjum Byś-ATF w prawidłowy sposób zadeklarowali wolę wykorzystania określonej ilości pojazdów spełniających wymogi normy Euro 5 i Euro 6. W ocenie Izby nie ma podstawy do postawienia im zarzutu złożenia w celu zawyżenia punktacji ofert nierzetelnych, nierealnych deklaracji o dysponowaniu sprzętem.

Ponadto Zamawiający w toku postępowania udzielał następujących wyjaśnień w odpowiedzi na pytania zadawane przez wykonawców do treści SIWZ:

„Wyjaśnienia do treści SIWZ – Zestaw 23

Pytanie 1.

Jednym z kryterium oceny ofert jest „Kryterium środowiskowe”, Wykonawca w formularzu oferty ma wskazać pojazdy bezpyłne jakimi będzie dysponował Wykonawca do realizacji umowy spełniające normę emisji spalin EURO 5 lub EURO 6 podając markę i model.

Jednocześnie Zamawiający określa iż konkretny pojazd można wskazać do realizacji tylko jednego zadania, z zastrzeżeniem że jeżeli dany pojazd zostanie wskazany do realizacji więcej niż jednego zadania Zamawiający pominie ten pojazd w ocenie wszystkich zadań.

Jak Zamawiający zamierza weryfikować że jest to jeden i ten sam pojazd?

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, że weryfikacja co do przypisania pojazdu do danego Zadania nastąpi w oparciu o posiadaną przez Zamawiającego wiedzę, wynikającą w szczególności z wyjaśnień otrzymanych od Wykonawców. W przypadku braku wiedzy Zamawiającego co do przypisania konkretnego pojazdu do danego Zadania, Zamawiający nie będzie miał podstawy do pominięcia tego pojazdu przy ocenie oferty z tego powodu”.

Odpowiedzi stanowią dodatkowe potwierdzenie, że na etapie oceny ofert Zamawiający nie zamierzał weryfikować prawdziwości deklaracji wykonawców, co do dysponowania przez nich pojazdami zgodnymi z normami Euro 5 i Euro 6. W tej sytuacji nie ma podstaw do uznania, że argumenty Odwołującego są zasadne. Zamawiający nie oczekiwał, by wykonawcy na dzień składania ofert dysponowali określonymi pojazdami; Zamawiający nie wymagał również by wykonawcy mieli zawarte umowy kupna takich pojazdów. Deklaracje stanowiły oświadczenia, które staną się wiążące dla tego wykonawcy, z którym Zamawiający zawrze umowę o realizację przedmiotu zamówienia.

Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 Uznk jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący wskazał również na wypełnienie przesłanek z:

- art. 15 ust. 1 pkt 5 Uznk: Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy,

oraz

- art. 15 ust. 1 pkt 5 Uznk: Czyn, o którym mowa w ust. 1 pkt 5, może polegać

w szczególności na ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy.

Realizacja przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nastąpić powinna w sytuacji, w której oferta wykonawcy wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, ale zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 22 października 2002 r., II CKN 271/01, OSNC rok 2004, nr 2, poz. 26 „Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało

oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy”. Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Odwołujący powyższemu obowiązkowi

nie sprostał. W toku postępowania odwoławczego Odwołujący złożył szereg dowodów mających wykazać, że niemożliwym jest nabycie i odpowiednie do wymogów SIWZ wyposażenie pojazdów-śmieciarek w czasie pomiędzy terminem składania ofert

a momentem rozpoczęcia świadczenia w sposób zgodny z deklaracjami wykonawców. Odwołujący dowodził, że minimalny czas jest dłuższy niż ww. okres, zatem oferty wykonawców: Konsorcjum Partner, Konsorcjum Byś-ATF i Byś są nierealne do wykonania

w sposób zgodny z ich treścią, dlatego złożenie ich stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Izba wzięła jednak pod uwagę kontradwody złożone przez ww. wykonawców, mające wykazać, że są oni w stanie w szybki sposób pozyskać niezbędną liczbę pojazdów zgodnych z wymogami SIWZ, co skutecznie zaprzeczyło jednej z podstawowych tez odwołania.

Wobec uznania, że nie potwierdził się zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji Izba uznała za niezasadne dalsze zarzuty odwołania, będące konsekwencją zarzutu podstawowego.

Art. 91b ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Wobec braku podstaw do odrzucenia ofert wykonawców: Konsorcjum Partner, Konsorcjum Byś-ATF i Byś obowiązkiem Zamawiającego było zaproszenie ich do udziału w aukcji elektronicznej, zgodnie z dyspozycją wskazanego artykułu oraz postanowieniami SIWZ.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp (W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści). Zamawiający nie powziął wątpliwości związanych z treścią złożonych ofert, zatem nie zaistniały przesłanki do wezwania wykonawców do udzielenia wyjaśnień w myśl art. 87 ust. 1 Pzp.

Odwołujący nie wykazał, by informacje zawarte w ofertach wykonawców: Konsorcjum Partner, Konsorcjum Byś-ATF i Byś, które kwestionował, wprowadziły Zamawiającego w błąd. Nie było zatem podstaw, by Zamawiający zastosował art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp nakazujący wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący nie udowodnił również zarzutów związanych z naruszeniem przez Zamawiającego wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....
.....
.....