Sygn. akt: KIO 412/13

WYROK
z dnia 7 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2013 r. przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 11** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o., 81-002 Gdynia, ul. Morska 350a,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następujący sposób:
   a. rozdział 6 pkt 6.2.1 [1] siwz oraz oraz rozdział pkt 7.2.2 siwz - tak, aby w przypadku wykonawców składających wspólną ofertę warunek określony w pkt 6.2.1.1 i pkt 6.2.1.2 mógł być spełniony łącznie przez wykonawców składających ofertę wspólną i dokumenty potwierdzające ten warunek mogły być złożone przez jednego lub kliku wykonawców.
   b. sekcja III. 2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział 6 pkt 6.2.2 ppkt 1 siwz - tak, aby celem potwierdzenia warunku doświadczenia wymagane było wykazanie doświadczenia w wykonywaniu kompleksowej usługi utrzymania w czystości minimum 40 pojazdów – środków pasażerskiego transportu kolejowego wyposażonych w WC o wartości zamówienia co najmniej 1 milion złotych przez okres 12 miesięcy (gdzie każdy pojazd może pomieścić co najmniej 200 pasażerów) w okresie ostatnich 36 miesięcy przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – to w tym okresie, z jednoczesnym zdefiniowaniem przez zamawiającego pojęcia „pojazd” i dopuszczeniem do wykazania się doświadczeniem w świadczeniu kompleksowych usług utrzymania w czystości szynobusów i wagonów kolejowych.

c. sekcja III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział 7 pkt 7.2.3 siwz – tak, aby dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku była „opłacona polisa”

2. kosztami postępowania obciąża **PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o., 81-002 Gdynia, ul. Morska 350a** i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 11** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o., 81-002 Gdynia, ul. Morska 350a,** na rzecz **Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 11** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 412/13

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług utrzymania w czystości elektrycznych zespołów trakcyjnych.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 lutego 2013 roku pod nr 2011/S 030-047226.

W dniu 22 lutego 2013 roku odwołujący – Impel Cleaning Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisie sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz określenie dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków a także wzoru umowy;
2. art. 22 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 23 ustawy Pzp poprzez ustalenie wobec wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia wygórowanych i nieproporcjonąlnych wymogów w zakresie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej;
3. art. 22 ust 1 pkt 2 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady, iż opis oceny spełniania warunków udziału powinien być związany z przedmiotem zamówienia i proporcjonalny do przedmiotu zamówienia,
4. art. 25 ust. 1 pkt 1 i art. 36 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2009 r. nr 226 poz. 1817) poprzez wadliwe opisanie dokumentów żądanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu - „sytuacja ekonomiczna i finansowa" - oraz sposób ich oceny przez Zamawiającego;
5. art.3531, art. 484 § 2, art. 58 § 1 i § 2 oraz art. 5 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 14 i 139 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Projektu umowy - postanowień, które są sprzeczne z zasadą swobody zawierania umów oraz są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

a. nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień Rozdziału 6 pkt 6.2.1.1 [1] Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w następujący sposób: „W przypadku Wykonawców składających wspólną ofertę warunek określony w pkt 6.2.1.2 i pkt 6.2.1.2 muszą spełniać łącznie Wykonawcy składający wspólną ofertę" oraz postanowień Rozdziału 7 pkt 7.2.2.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w następujący sposób: „Wykonawcy składających wspólną ofertę, dokumenty wymagane pkt 7.2.1 i 7.2.2. oraz 7.2.3 - winny być złożone przez tego i/lub tych Wykonawców, którzy są odpowiedzialni za spełnienie warunków,"
b. nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień Sekcji III.2.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień Rozdziału 6 pkt 6.2.2. ppkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w zakresie warunku udziału w postępowaniu w następujący sposób: „Wymagane jest wykazanie doświadczenia w wykonywaniu kompleksowej usługi utrzymania pojazdów - środków pasażerskiego transportu kolejowego lub innych środków transportu pasażerskiego, wartości zamówienia co najmniej 1 miliona złotych przez okres co najmniej 12 miesięcy okresie ostatnich 36 miesięcy przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie",
c. nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień Sekcji III.2.2) ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień Rozdziału 7 pkt 7.2.3 w zakresie wymaganego na poświadczenie spełniania warunku dokumentu w następujący sposób „Opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia",
d. nakazanie zamawiającemu zmiany postanowienia par. 8 ust. 1 Projektu umowy poprzez obniżenie kary umownej z 20% do 5%;
e. zmiany Projektu umowy poprzez dodanie postanowienia umożliwiającego Stronom rozwiązanie umowy tj.: „Każda ze stron może rozwiązać umowę z zachowaniem 3 miesięcznego terminu wypowiedzenia bez ponoszenia jakichkolwiek konsekwencji z tego tytułu."

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz mając na uwadze stanowiska stron postępowania złożone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie

Izba stwierdziła na wstępie, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, wymienione w art. 189 ust. 1 ustawy Pzp a odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania. Ponadto na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp odwołujący może doznać uszczerbku w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odnośnie zarzutu dotyczącego postanowienia rozdziału 6 pkt 6.2.1 [1] siwz oraz rozdziału 7 pkt 7.2.2. [1] siwz, Izba ustaliła, co następuje:
W rozdziale 6 pkt 6.2.1 [1] siwz zamawiający wskazał, że „w przypadku wykonawców składających wspólną ofertę warunek określony w pkt 6.2.1.1 muszą spełniać łącznie wykonawcy składających wspólną ofertę, a warunek określony w pkt 6.2.1.2 musi spełniać każdy z wykonawców składających wspólną ofertę".
W pkt 6.2.1 „Potencjał ekonomiczno – finansowy" w ppkt 2 siwz zamawiający podał, że „wykonawca winien być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę co najmniej 1 000 000 zł".
W rozdziale 7 pkt 7.2.2. [1] zamawiający podał, że „w przypadku Wykonawców składających wspólną ofertę, dokumenty wymienione w pkt 7.2.3. – winien złożyć każdy z Wykonawców składających wspólną ofertę, zaś dokumenty wymagane pkt 7.2.1 i 7.2.2. – winny być złożone przez tego i/lub tych Wykonawców, którzy są odpowiedzialni za spełnienie warunków".

Przepis art. 23 ust. 1 i 2 ustawy dopuszcza możliwość wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego. Istotą tworzenia konsorcjum jest połączenie swoich potencjałów ekonomicznych, finansowych, doświadczenia czy zasobów technicznych etc. w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego i realizacji danego przedsięwzięcia. Celem zawiązania konsorcjum jest najczęściej wspólne działanie podmiotów, których możliwości finansowe, kadrowe czy sprzętowe nie pozwalają na samodzielny udział w postępowaniu i realizację zamówienia. W przypadku składania oferty wspólnej wszystkie podmioty składające ofertę - członkowie konsorcjum są traktowani jako jeden wykonawca - w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Członkowie konsorcjum z chwilą wyboru ich oferty i zawarcia umowy ponoszą solidarną odpowiedzialność względem zamawiającego za jej właściwe wykonanie. Solidarna

odpowiedzialność oznacza pełną odpowiedzialność każdego z członków konsorcjum za wykonanie całej umowy niezależnie od ustalonego między członkami konsorcjum podziału zadań. Zamawiający w takim przypadku uprawniony jest do dochodzenia naprawienia szkody w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia od wszystkich członków konsorcjum łącznie, od kilku z nich lub każdego z osobna. Takie ukształtowanie zasad odpowiedzialności członków konsorcjum niewątpliwie ma na celu ochronę interesów zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe rozważania, stwierdzić należy, że wymóg określony przez zamawiającego w rozdziale 6.2.1 [1] in fine, aby każdy z wykonawców składający ofertę wspólną musiał posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę co najmniej 1 000 000 zł, stanowi zaprzeczenie idei konsorcjum, którego celem, co wskazano wyżej, jest połączenie potencjałów ekonomicznych i finansowych kilku podmiotów, które samodzielnie nie spełniają wymagań zamawiającego.

Ponadto na uwagę zasługuje okoliczność, że opis warunku udziału w postępowaniu podany w rozdziale 6.2.1.2 siwz będący skonkretyzowaniem warunku, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ma na celu jedynie potwierdzenie posiadania potencjału ekonomiczno – finansowego i potwierdzenie spełniania warunków opisanych przez zamawiającego na etapie oceny ofert. Nie można zatem podzielić stanowiska zaprezentowanego przez zamawiającego, że złożone przez wykonawcę do oferty polisy/polisa potwierdzające posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej będą mogły być wykorzystane na etapie realizacji zamówienia w przypadku zaistnienia szkody.

Z powyższych względów Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowień rozdziału 6.2.1 [1] in fine oraz 7.2.2.[1] siwz i nadanie im brzmienia o treści zgodnej z żądaniem odwołującego, że w przypadku wykonawców składających ofertę wspólną warunek określony w pkt 6.2.1.2 muszą spełniać łącznie wykonawcy składający ofertę wspólną. Analogicznie zmawiający winien zmodyfikować treść rozdziału 7 pkt 7.2.2.[1], w taki sposób, aby w przypadku wykonawców składających ofertę wspólną dokumenty wymienione w pkt 7.3.3 były złożone przez tego i/lub tych wykonawców, którzy są odpowiedzialni za spełnienie warunku.

Odnośnie zarzutu dotyczącego postanowień sekcji III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień rozdziału 6 pkt 6.2.2. ppkt 1 siwz, Izba ustaliła, co następuje:

We wskazanych postanowieniach, zamawiający zawarł wymóg doświadczenia zawodowego, wskazując, że „wymagane jest wykazanie doświadczenia w wykonywaniu kompleksowej usługi utrzymania w czystości minimum 40 pojazdów - środków pasażerskiego transportu kolejowego wyposażonych w WC, o wartości zamówienia co najmniej 2 miliony złotych przez

okres 12 miesięcy (gdzie każdy pojazd może pomieścić co najmniej 400 pasażerów) w okresie ostatnich 36 miesięcy przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie".
Odwołujący domagał się modyfikacji wyżej sformułowanego wymogu doświadczenia i nadania mu brzmienia o treści „wymagane jest wykazanie doświadczenia w wykonywaniu kompleksowej usługi utrzymania pojazdów - środków pasażerskiego transportu kolejowego lub innych środków transportu pasażerskiego o wartości zamówienia co najmniej 1 milion złotych przez co najmniej 12 miesięcy w okresie ostatnich 36 miesięcy przed terminem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie".

Izba wzięła pod uwagę wskazywaną przez zamawiającego specyfikę, charakter oraz zakres przedmiotowego zamówienia, które polega na świadczeniu kompleksowej usługi utrzymania w czystości elektrycznych zespołów trakcyjnych, gdzie szereg czynności wykonywanych jest w czasie krótkich postojów na stacjach w ciągłych ruchu pociągów. Niewątpliwie, należy zgodzić się z zamawiającym, że specyfika tego typu zamówienia wymaga niezwykle dobrej organizacji pracy, sprawności działania a w konsekwencji doświadczenia w realizacji tego typu zamówień. Zgodzić się należy także z zamawiającym, że zakres i rozmiar utrzymania w czystości innych środków transportu pasażerskiego, w tym miejskiego – np. tramwajów czy autobusów, które nie są wyposażone w WC jest zasadniczo inny niż zakres sprzątania w środkach transportu kolejowego wyposażonych w WC. Z tego też powodu, zdaniem Izby wymóg, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem w realizacji usług kompleksowego utrzymania w czystości pojazdów - środków pasażerskiego transportu kolejowego wyposażonych w WC jest uzasadniony. Zgodzić się należy z zamawiającym, że w zakres pojęcia środków pasażerskiego transportu kolejowego wyposażonych w WC wchodzą niewątpliwie: szynobusy oraz wagony kolejowe. Pojęcie to nie obejmuje natomiast środków transportu miejskiego, w tym tramwajów, które nie są wyposażone w WC. Celem zapewnienia przejrzystości i jednoznaczności w rozumieniu sformułowanego warunku wymaganego doświadczenia, pożądanym jest sprecyzowanie w siwz zakresu pojęciowego obejmującego „środki pasażerskiego transportu kolejowego wyposażone w WC".
Izba stwierdziła, że nie zasługuje na uznanie żądanie odwołującego, w którym domaga się on wykreślenia minimalnej ilości pojazdów, objętych usługą kompleksowego utrzymania czystości. Izba uznała, że wymóg wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu kompleksowej usługi utrzymania w czystości minimum 40 pojazdów w okresie ostatnich 36 miesięcy przed terminem składania ofert, wykonywanych przez okres co najmniej 12 miesięcy jest uzasadniony, adekwatny do zakresu przedmiotu zamówienia tym bardziej, że, jak wynika z treści załącznika nr 1 do siwz, ilość codziennych czyszczeń wykonywanych w danym punkcie czyszczeń sięga nawet 900 wagonów w miesiącu.

Przeprowadzona rozprawa wykazała, że strony postępowania różnie definiowały pojęcie „pojazd” użyte w treści rozważanego warunku wymaganego doświadczenia. Zdaniem odwołującego przez „pojazd” należy rozumieć jeden wagon, co w połączeniu z wymogiem dotyczącym pomieszczenia co najmniej 400 pasażerów, powoduje, że niemożliwym jest wykazanie się celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu świadczeniem usług czyszczenia np. szynobusów czy innych wagonów kolejowych. Z kolei zamawiający stwierdził, że pod pojęciem „pojazd” użytym w treści tego warunku rozumiał cały skład. Zdaniem Izby zachodzi konieczność zdefiniowania przez zamawiającego użytego w warunku doświadczenia pojęcia „pojazd” z jednoczesnym zmniejszeniem wymogu co do minimalnej ilości pasażerów, których ten pojazd (w rozumieniu wagon) może pomieścić. Zamawiający podczas rozprawy wyraził gotowość zmniejszenia wymogu dotyczącego minimalnej ilości pasażerów do 200 osób, tak aby doprowadzić do możliwości powołania się na doświadczenie w wykonywaniu kompleksowych usług czyszczenia pojedynczych wagonów.
Izba stwierdziła ponadto, że wartość zamówień wynosząca co najmniej 2 miliony złotych, jakimi musi wykazać się podmiot, ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, jest niemal identyczna z wartością szacunkową zamówienia publicznego, która zgodnie z oświadczeniem zamawiającego wynosi 2,5 mln zł. W tym zakresie, w ocenie Izby zasadne jest żądanie odwołującego co do zmniejszenia tej wartości do minimum 1 miliona złotych. Na możliwość dokonania zmiany w tym zakresie wyraził także zgodę w trakcie rozprawy pełnomocnik zamawiającego.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego co do niezgodności treści postanowienia sekcji III.2.2 ogłoszenia oraz rozdziału 7 pkt 7.2.3 siwz z treścią § 1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U z dnia 31 grudnia 2009 roku, nr 226, poz. 1817).
Zgodnie z przywołanym wyżej postanowieniem rozporządzenia, celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający może żądać „opłaconej polisy, a przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zdaniem Izby w tym zakresie zachodzi konieczność doprecyzowania postanowienia sekcji III.2.2 ogłoszenia oraz rozdziału 7.2.3 siwz i doprowadzenia do jego pełnej zgodności z literalnym brzmieniem § 1 ust. 1 pkt 10 przywołanego rozporządzenia przez wprowadzenie wymogu przedłożenia „opłaconej polisy”.

Wobec oświadczenia złożonego przez odwołującego do protokołu rozprawy o wycofaniu pozostałych zarzutów odwołania dotyczących naruszenia art. 353 1, art. 484 § 2, art. 58§ 1 i §2 oraz art. 5 ustawy kodeks cywilny oraz art. 14 i art. 139 ustawy Pzp przez wprowadzenie do projektu umowy postanowień, które są sprzeczne z zasadą swobody zawierania umów oraz są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, Izba pozostawiła je bez rozpoznania.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……