

WYROK

z dnia 29 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2011 r. przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12**

przy udziale wykonawcy **Wojciecha Byśkiewiczza** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „**BYŚ**” **Wojciech Byśkiewicz, ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12 i:**

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Ministerstwa Finansów, Departament Finansów Resortu, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa** kwotę **11 100 zł 00 gr.** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Finansów, Departament Finansów Resortu, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12 prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Wykonanie usługi wywozu nieczystości stałych z terenu Ministerstwa Finansów*”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 28 października 2011 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod poz. 357634.

Wykonawca - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 14 grudnia 2011 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wykluczenia go z postępowania oraz w konsekwencji odrzucenia oferty *Odwołującego* na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez uznanie, że złożona przez *Odwołującego* oferta podlega odrzuceniu,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż *Odwołujący* nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji podlega wykluczeniu z postępowania,
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż złożone przez *Odwołującego* wraz z ofertą dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, *Odwołujący* wniósł o:

- 1) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) unieważnienie odrzucenia złożonej przez *Odwołującego* oferty w postępowaniu,
- 3) dokonanie ponownego badania i oceny złożonej przez *Odwołującego* oferty,
- 4) dokonanie wyboru oferty *Odwołującego* jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 5) zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z zapisami Rozdziału VII ust. 3 pkt 2) SIWZ „*Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków*” Zamawiający określił, iż warunek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się posiadaniem aktualnego zezwolenia na zbieranie i transport odpadów obejmujących odpady z grupy 15, 17 i 20 wydane zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tekst jednolity z dnia 14 września 2010 r., Dz. U. Nr 185, poz. 1243). Odwołujący wraz z ofertą złożył stosowne decyzje, które według Odwołującego wypełniały żądanie Zamawiającego. Pismem z dnia 28 listopada 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia powyższego dokumentu, gdyż w ocenie Zamawiającego z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów nie wynikało, iż Odwołujący posiada zezwolenie na zbieranie i transport wszystkich odpadów z grup 17 i 20 wymienionych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. Nr 112, poz. 1206). Odwołujący pismem z dnia 29 listopada 2011 r. wyjaśnił, iż załączone wraz z ofertą decyzje potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 9 grudnia 2011 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Odwołujący zaznaczył również, że zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 (art. 22 ustawy Pzp) powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu Zamawiający żądając wykazania się przez wykonawców posiadaniem aktualnego zezwolenia na zbieranie i transport odpadów obejmujących odpady z grupy 15, 17 i 20 nie doprecyzował w sposób jednoznaczny, iż wykonawca musi posiadać stosowne zezwolenia na wszystkie odpady z ww. grup. Należy podnieść, iż Zamawiający zobowiązany jest do opisu sposobu dokonania oceny warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy, tych, które uważa za niezbędne dla zagwarantowania rzetelnego wykonania zamówienia, co też w niniejszym postępowaniu Zamawiający uczynił. Sposób interpretacji tak postawionego warunku nie wzbudził wątpliwości nie tylko Odwołującego, ale i czterech pozostałych wykonawców, których oferty zostały odrzucone w niniejszym postępowaniu. Żaden z wykonawców nie wnosił pytań do SIWZ w zakresie wymaganych dokumentów mających służyć wykazu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji ogólnych postanowień zawartych przez Zamawiającego w SIWZ w tym ogólnie sformułowanych warunków podmiotowych. Ponadto Odwołujący zaznaczył, iż z treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż obowiązek żądania uzupełnienia dokumentów zachodzi w dwóch sytuacjach: - gdy wykonawcy nie

złożyli oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu; - gdy wykonawcy złożyli dokumenty zawierające błędy.

W opinii Odwołującego złożona przez niego decyzja potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, który nie został sformułowany w sposób jednoznaczny. Uznanie za trafne decyzji Zamawiającego doprowadziłoby w konsekwencji do zaburzenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które stoją u podstaw prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 9 grudnia 2011 r. Zamawiający zawiadomił wykonawcę o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz w konsekwencji o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawcy Wojciecha Byśkiewiczza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” Wojciech Byśkiewicz, ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa.

Pismem z dnia 27 grudnia 2011 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m. st. Warszawie Sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 15 grudnia 2011 r.

Na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż przystąpienie wykonawcy Wojciecha Byśkniewicza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” Wojciech Byśkniewicz, ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa (dalej zwany: „Przystępującym”), po stronie Zamawiającego jest skuteczne, gdyż zgłosili oni przystąpienie w dniu 19 grudnia 2011 r. (data wpływu pisma do Prezesa Izby), tj. w 4- dniu (ponieważ 3 dzień jako dzień ustawowo wolny od pracy upływał w dniu 18 grudnia 2011 r. w niedzielę) od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania, co miało miejsce w dniu 15 grudnia 2011 r.

Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniami Rozdziału VII ust. 3 pkt 2) SIWZ „Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków” Zamawiający określił, iż warunek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się posiadaniem aktualnego zezwolenia na zbieranie i transport odpadów obejmujących odpady z grupy 15, 17 i 20 wydane zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tekst jednolity z dnia 14 września 2010 r., Dz. U. Nr 185, poz. 1243).

Zamawiający pismem z dnia 28 listopada 2011 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentu wskazującego posiadanie aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów obejmujących odpady z grupy 15, 17, 20, gdyż z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, iż posiadają państwo zezwolenie na zbieranie wszystkich odpadów z grup 17 i 20 wymienionych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. Nr 112, poz. 1206).

Pismem z dnia 29 listopada 2011 r. Odwołujący udzielił Zamawiającemu wyjaśnień wskazując, iż opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zatem według Odwołującego załączone przez niego zezwolenia są wystarczające dla spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu.

Ponadto Izba ustaliła również, że pismem z dnia 9 grudnia 2011 r. Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4

ustawy oraz w konsekwencji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron Izba stwierdziła, że odwołanie należało uwzględnić.

Przechodząc do szczegółowego omówienia zarzutu, Izba rozpatrzyła zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - poprzez wykluczenie wykonawcy z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym powyższy zarzut potwierdził się.

Spór wniesiony niniejszym odwołaniem sprowadza się do pytania jak Zamawiający rozumiał postanowienia rozdziału VII ust. 3 pkt 2), czy w świetle tak skonstruowanych wymagań należało wykazać się aktualnym zezwoleniem na zbieranie i transport odpadów obejmujących wszystkie odpady z grupy 15, 17, 20 wydane zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach czy też wystarczyło przedłożenie aktualnego zezwolenia obejmujących jakiegokolwiek odpady z grupy 15, 17, 20. Aby rozstrzygnąć niniejszy spór koniecznym jest dokonanie interpretacji tych postanowień przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Należy zdecydowanie podkreślić, że to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane, parametry. Wskazane wymagania są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Na tej podstawie bowiem wykonawcy ustalają, czy są w stanie przystąpić do postępowania podejmując decyzję o wzięciu bądź nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko przez pryzmat wymagań jasno określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert.

Niedopuszczalnym jest w opinii Izby interpretowanie postawionych wymagań na etapie złożonych ofert i „podciąganie” przyjętej interpretacji pod poszczególnych wykonawców. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymagania w sposób jasny i klarowny a następnie bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie.

Jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy,

zatem nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykluczenie wykonawcy z postępowania za niespełnienie warunków udziału może nastąpić wyłącznie w oparciu o jasno brzmiące postanowienia ogłoszenia i SIWZ.

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że co do spornych wymagań jeśli Zamawiający chciał aby postanowienie rozdziału VII obejmowało wszystkie odpady to należało powyższe odpowiednio sformułować w SIWZ, zaś Zamawiający kierując do Odwołującego pismo z dnia 28 listopada 2011 r. rozszerzył postawione w tym zakresie wymagania, używając w nim zwrotu „*zezwolenie na zbieranie wszystkich odpadów z grup (...)*”.

W niniejszym stanie faktycznym w opinii Izby wymagania Zamawiającego nie zostały w sposób jasny doprecyzowane. Skoro intencją Zamawiającego było wymaganie aktualnego zezwolenia na wszystkie odpady z grupy 15, 17, 20 to z pewnością powinien powyższe w sposób dostateczny i precyzyjny wyartykułować w SIWZ.

Izba nie dała wiary wyjaśnieniom Zamawiającego, iż nie jest on w stanie wykluczyć że będzie miał do czynienia z odpadami niebezpiecznymi oraz że na dany moment nie jest on w stanie jednoznacznie stwierdzić jakie odpady są przedmiotem niniejszego postępowania.

Izba wzięła pod rozwagę, że Zamawiający posiada doświadczenie w prowadzeniu postępowań na wykonanie usługi wywozu nieczystości stałych (prowadząc je również w 2008 r.), zatem Zamawiający jest w stanie przewidzieć co może wchodzić w zakres świadczonej usługi i jak powinny wyglądać warunki i wymagania Zamawiającego w stosunku do opisanego przedmiotu zamówienia.

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że przedmiot zamówienia obejmować ma wywóz nieczystości stałych a katalog odpadów w wymienionych grupach jest bardzo szeroki i nie wszystkie odpady (t.j. kwasy, odczynniki fotograficzne, podkłady kolejowe, itp) znajdujące się w wymienionych grupach będą przedmiotem tego zamówienia. Zatem mając powyższe na względzie Izba przyjęła, iż skoro powstały wątpliwości w rozumieniu warunku i wymagań Zamawiającego w tym zakresie to interpretacja postawionego warunku powinna być dokonana na korzyść wykonawców uczestniczących w niniejszym postępowaniu w oparciu o opisany przedmiot zamówienia.

Konkludując, zdaniem Izby wobec niedoprecyzowania wymagań w zakresie postawionego warunku brak jest podstaw do uznania w świetle postanowień SIWZ, że Zamawiający w sposób kategoryczny wymagał przedłożenia zezwolenia na zbieranie i transport wszystkich odpadów z grup 15, 17, 20 wymienionych w Rozporządzeniu Ministra

Środowiska z dnia 27 września 2001 w sprawie katalogu odpadów. Jeśli zamiarem Zamawiającego było badanie ww. warunku w sposób wskazany w piśmie z dnia 28 listopada 2011 r. to powinien w sposób wyraźny i jednoznaczny wyartykułować swoje wymagania w SIWZ, tak aby w sposób jasny i klarowny dokument ten był podstawą do oceniania ofert w niniejszym postępowaniu. Skoro więc Zamawiający nie określił w sposób kategoriyczny w SIWZ, jak należy rozumieć postawione przez niego wymagania, to na etapie badania i oceny ofert nie może ustalać, dodatkowych warunków i je doprecyzować.

Wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i w konsekwencji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów wskazanych powyżej miało istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w tym także co do uzasadnionych kosztów Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, jednakże ograniczając ich wysokość do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....