

**WYROK**  
**z dnia 28 sierpnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**   **Izabela Kuciak**  
                                  **Honorata Łopianowska**  
                                  **Jolanta Markowska**

**Protokolant:**       **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Lecha C., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą HANDEL METALAMI "LECH" Lech C., Rapice, ul. Wojska Polskiego 38, 69-108 Cybinka** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Słubice, ul. Akademicka 1, 69-100 Słubice,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o., ul. Krótka 8, 69-100 Słubice,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Lecha C, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą HANDEL METALAMI "LECH" Lech C, Rapice, ul. Wojska Polskiego 38, 69-108 Cybinka** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Lecha C., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą HANDEL METALAMI "LECH" Lech C., Rapice, ul. Wojska Polskiego 38, 69-108 Cybinka,** 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 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 Gorzowie Wielkopolskim.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Sygn. akt: KIO 1989/13**

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*wykonanie usług w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie Miasta i Gminy Słubice.*” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2013 r. pod numerem 2013/S104-178597.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ustawy Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
3. art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp przez żądanie od Odwołującego złożenia dokumentów niewskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się wykonawcy i orzeczenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w ogłoszeniu o zamówieniu, iż o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy posiadają aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzony przez Burmistrza Słubic, w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wydany na podstawie, ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 2012 r. poz. 391 ze zm.). Odwołujący zauważył, iż w opisie tego warunku Zamawiający nie określił, żeby wykonawca na etapie składania oferty posiadał aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Burmistrza Słubic w zakresie odbierania odpadów komunalnych o kodach wymienionych w przedmiocie zamówienia. Odwołujący podniósł, że nie ma takiego wymogu chociażby w rozdziale V i VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący podniósł również, że warunki udziału i wymagane na potwierdzenie ich spełnienia dokumenty, jako istotne elementy specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu powinny być precyzyjnie i jasno sformułowane. Odwołujący zwrócił uwagę, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia podlegają tzw. wykładni literalnej, co oznacza, iż liczy się ich dosłowne brzmienie. Wykonawcy nie mają zaś obowiązku domyślać się, jakie były zamiary Zamawiającego. W konsekwencji, Odwołujący stanął na stanowisku, że niejednoznaczne i nieprecyzyjne zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający powinien zawsze rozstrzygać na korzyść wykonawcy.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest *„odbieranie i zagospodarowanie (odzysk lub unieszkodliwianie wskazanych w opisie odpadów komunalnych (...)). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się we wzorze umowy – załączniku nr 6 do SIWZ”* (rozdział III SIWZ). Jednocześnie w § 1 ust. 3 i 4 projektu umowy Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do odbierania niesegregowanych odpadów komunalnych (kod odpadu 20 03 01), selektywnie zbieranych odpadów komunalnych (kody 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 07, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 08, 20 01 39, 20 01 40, 20 02 01) oraz odpadów wielkogabarytowych (kod 20 03 07) i zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego (kody 20 01 23\*, 20 01 35\*, 20 01 36).

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, stanowiąc w rozdziale V pkt 1 lit. a SIWZ, że *„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca udokumentuje posiadanie odpowiednich zezwoleń na prowadzenie działalności w zakresie objętym zamówieniem, tj.: (...) posiadanie aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzone przez Burmistrza Słubic, w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wydany na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 2012 r. poz. 391 ze zm.).”*

W celu wykazania spełnienia przedmiotowego warunku wykonawca zobowiązany był przedłożyć *„aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Słubic, w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wydany na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 2012 r. poz. 391 ze zm.).”*

Odwołujący wraz z ofertą przedłożył zaświadczenie z dnia 3 lutego 2012 r. wydane przez Burmistrza Słubic o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Pismem z dnia 31 lipca 2013 r. Zamawiający, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy

Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia „aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Słubic, w zakresie odbierania odpadów komunalnych o kodach wymienionych w przedmiocie zamówienia.” W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że: „do złożonej w niniejszym postępowaniu oferty zostało dołączone zaświadczenie z dnia 3 lutego 2012 r. o wpisie pod nr 2 do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Z rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w Gminie Słubice wynika, że wpis pod pozycją 2 przedsiębiorcy Handel Metalami „LECH” Lech Cholewa dotyczy odbierania odpadów z następujących grup: 20 03 01, 20 03 02, 20 03 03, 20 03 04, 20 03 06, 20 03 07, 20 03 99. Zgodnie ze SIWZ przedmiot zamówienia dotyczy odbierania odpadów o następujących kodach: 20 03 01, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 07, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 08, 20 01 39, 20 01 40, 20 02 01, 20 03 07, 20 01 23\*, 20 01 35\*, 20 01 36.”

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedłożył zaświadczenie z dnia 2 sierpnia 2013 r. wydane przez Burmistrza Słubic o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Z treści przedmiotowego zaświadczenia wynika, że „dnia 2 sierpnia 2013 r. rozszerzono listę odpadów (na wniosek z dnia 31 lipca 2013 r.) o następujące kody: 15 01 01, 15 01 02, 15 01 03, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 15 01 07, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 08, 20 01 23\*, 20 01 35\*, 20 01 36, 20 01 39, 20 01 40, 20 02 01.”

Pismem z dnia 7 sierpnia 2013 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że został wykluczony z niniejszego postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał: „Zgodnie z rozdziałem V SIWZ o zamówienie mogli ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 Pzp dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Zamawiający uznaje warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca udokumentuje posiadanie odpowiednich zezwoleń na prowadzenie działalności w zakresie objętym zamówieniem. Na potwierdzenie spełniania warunku zgodnie z rozdziałem VI pkt 1 b) SIWZ należało złożyć aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzony przez Burmistrza Słubic, w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (zwany dalej rejestrem), wydany na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 2012 r. poz. 391 ze zm.). Do złożonej w niniejszym postępowaniu oferty zostało dołączone zaświadczenie z dnia 3 lutego 2012 r. o wpisie pod nr 2 do rejestru. Z rejestru wynika, że wpis pod pozycją 2 przedsiębiorcy Handel Metalami „LECH” Lech C. dotyczy odbierania odpadów z następujących grup: 20 03

01, 20 03 02, 20 03 03, 20 03 04, 20 03 06, 20 03 07, 20 03 99. Zgodnie ze SIWZ przedmiot zamówienia dotyczy odbierania odpadów o następujących kodach: 20 03 01, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 07, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 08, 20 01 39, 20 01 40, 20 02 01, 20 03 07, 20 01 23\*, 20 01 35\*, 20 01 36. Dokument złożony przez wykonawcę Handel Metalami „LECH” nie potwierdzał spełniania warunku posiadania odpowiednich zezwoleń. W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 31 lipca 2013 r. wezwał do uzupełnienia w terminie do 9 sierpnia 2013 r. aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Słubic, w zakresie odbierania odpadów komunalnych o kodach wymienionych w przedmiocie zamówienia. W dniu 2 sierpnia 2013 r. Wykonawca złożył zaświadczenie o wpisie do rejestru. Z dokumentu wynika, że lista odpadów wpisana pod pozycją nr 2 dla firmy Handel Metalami „LECH” Lech C. została rozszerzona w dniu 2 sierpnia 2013 r. o następujące kody: 15 01 01, 15 01 02, 15 01 03, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 15 01 07, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 08, 20 01 23\*, 20 01 35\*, 20 01 36, 20 01 39, 20 01 40, 20 02 01. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert. Z załączonych do oferty dokumentów oraz uzupełnionych w dniu 2 sierpnia 2013 r. dokumentów wynika, że w dniu składania ofert tj. 25 lipca 2013 r. Wykonawca Handel Metalami „LECH” Lech C. nie posiadał wpisu do rejestru w zakresie odbierania odpadów objętych przedmiotem zamówienia o kodach: 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 07, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 08, 20 01 39, 20 01 40, 20 02 01, 20 01 23\*, 20 01 35\*, 20 01 36. Wykonawca posiadał jedynie wpis do rejestru w zakresie odbierania odpadów objętych przedmiotem zamówienia o kodach: 20 03 01, 20 03 07. W związku z powyższym Wykonawca na dzień składania ofert nie spełniał warunku posiadania uprawnień do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia i należało go wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.”

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Rolą wykonawcy jest zatem udowodnienie zamawiającemu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i to najpóźniej na dzień składania ofert (art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący nie spełniał warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, bowiem z treści zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej wynika, że wpis nie obejmuje odbierania wszystkich odpadów

komunalnych, które stanowią przedmiot zamówienia. Odwołujący dopiero z dniem 2 sierpnia 2013 r. uzyskał wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie, który wynika z obowiązków nałożonych na wykonawcę w niniejszym postępowaniu, jednakże uzyskanie przedmiotowego wpisu przypada na datę po terminie składania ofert.

Odwołujący powyższą okoliczność, będącą faktyczną przyczyną wykluczenia Odwołującego z postępowania, całkowicie pomija, starając się zakwestionować samą czynność wezwania do uzupełnienia aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej. Działania te nie mogą jednakże odnieść pożądanego skutku, bowiem Odwołujący formułując zarzut naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 3 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp w istocie zmierza do zakwestionowania postanowień SIWZ. Zaś zarzuty w tym przedmiocie, w świetle przepisu art. 182 ust. 2 ustawy Pzp, należy uznać za spóźnione.

Nie zasługują na aprobatę i te twierdzenia Odwołującego, wedle których postanowienia SIWZ są nieprecyzyjne a obowiązek przedłożenia aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej dotyczy działalności objętej przedmiotem zamówienia. Po pierwsze bowiem, Zamawiający w rozdziale V pkt 1 SIWZ wprost wskazuje, że warunek posiadania odpowiednich uprawnień uzna za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, iż legitymuje się zezwoleniami na prowadzenie działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Zaś przedmiot zamówienia został przez Zamawiającego wyczerpująco opisany, zarówno w rozdziale V SIWZ, jak i w projekcie umowy, nie było więc wątpliwości, odbieranie jakich odpadów komunalnych należy do obowiązków wykonawcy. Po drugie, sam ustawodawca wskazując, że o zamówienie może ubiegać się wykonawca, który spełnia warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności (art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) wyraźnie wskazuje, że chodzi o uprawnienia, które umożliwiają wykonywanie działalności objętej przedmiotem zamówienia a nie jakiegokolwiek działalności czy też działalności w zakresie węższym niż przedmiot zamówienia.

Należy również zwrócić uwagę, że twierdzenia co do braku precyzji w formułowaniu warunków udziału w postępowaniu i sposobu ich potwierdzania nie znajdują uzasadnienia i z tej przyczyny, że Odwołujący składając wniosek o rozszerzenie wpisu nie miał wątpliwości w jakim zakresie wymagane jest przez Zamawiającego prowadzenie działalności regulowanej, dotyczącej odbierania odpadów.

Co istotne również, sam Odwołujący nie kwestionował prawidłowości wezwania, przyjmując, że wpis do działalności regulowanej powinien obejmować przedmiot zamówienia. W ślad za wezwaniem złożył bowiem wniosek o rozszerzenie posiadanego wpisu w wymaganym przez Zamawiającego zakresie. Dopiero czynność wykluczenia

Odwołującego z postępowania, wskutek niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert spowodowała, że Odwołujący podjął próbę z jednej strony zakwestionowania uprawnienia do wezwania Odwołującego do uzupełnienia spornego dokumentu, z drugiej zaś wykazywania, że postanowienia SIWZ nie były w tym zakresie precyzyjne, a co za tym idzie należy je interpretować na korzyść wykonawcy. Jednakże w ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, że powyższa argumentacja powoływana jest jedynie na potrzeby strategii procesowej wykonawcy. Okoliczności, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert oraz, że Zamawiający zadośćuczynił obowiązkowi wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu są bezsporne, a zatem powołanie powyższej argumentacji było jedynym sposobem ochrony interesów Odwołującego, acz nieskutecznym, bo niemającym oparcia w niniejszym stanie faktycznym.

Nietrafny okazał się również zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający nie odrzucił bowiem oferty na mocy wskazanego przepisu, poinformował jedynie, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp). Zwrócić należy uwagę, iż Odwołujący formułując przedmiotowy zarzut potwierdza, że nie dostrzega różnicy pomiędzy uznaniem *ex lege* oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą od obowiązku zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy, w sytuacji, w której pomimo wykluczenia z postępowania lub niezaproszenia do składania ofert wykonawca składa ofertę.

Reasumując, Odwołujący nie wykazał, że na dzień składania ofert spełnił sporny warunek udziału w postępowaniu. Wręcz przeciwnie, z analizy dokumentów złożonych przez Odwołującego w sposób bezsporny wynika, że Odwołujący uzyskał wymagany dokument, ale już po terminie składania ofert. Jednocześnie kwestionowanie na obecnym etapie postępowania możliwości żądania spornego dokumentu należy uznać za spóźnione. Brak również podstaw do uznania, że obowiązek legitymowania się przedmiotowym dokumentem nie został wyartykułowany w treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu. Z tych względów czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, należy uznać za prawidłową. W konsekwencji nie mógł znaleźć potwierdzenia zarzut naruszenia przepisu art. 7 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....