

WYROK

z dnia 17 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 stycznia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 stycznia 2012 r.

przez wykonawcę: **Tomasz Cybulski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. VESTAL Tomasz Cybulski, 72-010 Police, ul. Piłsudskiego 22/11**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Kołbaskowo, 72-001 Kołbaskowo 106**

przy udziale wykonawcy: **Kinga Karolina Chomać-Piechota prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „Czerwona Kropka” Kinga Karolina Chomać-Piechota, 70-774 Szczecin, ul. Młodzieży Polskiej 16/2 – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania P.H.U. VESTAL Tomasz Cybulski z Polic, a także powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez tego wykonawcę.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Kołbaskowo i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez P.H.U.**

VESTAL Tomasz Cybulski z Polic tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2.** zasądza od **Gminy Kołbaskowo** na rzecz **P.H.U. VESTAL Tomasz Cybulski z Polic** kwotę **11696 zł 89 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sześćset dziewięćdziesiąt sześć złotych osiemdziesiąt dziewięć groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika i koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kołbaskowo – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Usługi w zakresie wywozu odpadów z pojemników do selektywnej zbiórki z terenu gminy Kołbaskowo* (oznaczenie sprawy ZP.271.38.2011).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 29 grudnia 2011 r. pod nr 432654-2011, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.kolbaskowo.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

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

2 stycznia 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu Odwołującemu – Tomaszowi Cybulskiemu prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. VESTAL Tomasz Cybulski (dalej zwanego w skrócie „VESTAL”) – zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp, uzasadniając swoją decyzję w następujący sposób: *Podstawą do wykluczenia wykonawcy jest fakt nie spełniania warunku udziału w postępowaniu jakim jest posiadanie uprawnienia do wykonywania działalności gospodarczej z zakresu przedmiotu zamówienia. Tymczasem w załączonym zaświadczeniu o ewidencji działalności gospodarczej nie widnieje określenie działalności gospodarczej dotyczącej zbierania odpadów (kod PKD 38.11.Z), aby potwierdzić aktualność wpisu został on sprawdzony w Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej Rzeczypospolitej Polskiej, a dokument wygenerowano 02.01.2012 r.* Zamawiający zawiadomił także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Kingę Karolinę Chomać-Piechotę prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Czerwona Kropka” Kinga Karolina Chomać-Piechota (dalej w skrócie zwanej „Czerwona Kropka”).

5 stycznia 2012 r. (pismem z 4 stycznia 2012 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od dokonanej przez Zamawiającego czynności wykluczenia z

postępowania, któremu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 – poprzez wadliwe przyjęcie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie spełnia warunków do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.
2. Art. 22. ust. 1 w związku z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia 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. Nr 226, poz. 1817; zwanego dalej w skrócie „rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów” – poprzez oparcie rozstrzygnięcia przetargu na wpisie z ewidencji działalności gospodarczej, pomimo iż zgodnie z tym przepisem wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie ma obowiązku przedkładać zaświadczenia z ewidencji działalności gospodarczej.
3. Art. 22 ust. 1 w zw. z art. 6 ust. 2. ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity Dz.U. z 2010 Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.; zwanej dalej w skrócie „u.s.d.g.”) w zw. z art. 40 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz.U. z 1995 Nr 88, poz. 439, z późn. zm.) – poprzez wadliwe przyjęcie, że brak w zaświadczeniu o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej wykonawcy kodu Polskiej Klasyfikacji Działalności dotyczącego zbierania odpadów (PKD 38.11.Z) jest równoznaczny z nieposiadaniem uprawnienia do wykonywania działalności odpowiadającej przedmiotowi zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności oceny ofert.

Odwołujący wskazał w następujący sposób okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Naruszenie art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4. Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 pkt 1-4 pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące między innymi posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Odwołujący powyższy warunek spełnia, co potwierdza oświadczenie stanowiące załącznik nr 2 do złożonej oferty cenowej w przedmiotowym postępowaniu. Pośrednio spełnienie wszystkich warunków przez Odwołującego wynika także z zawiadomienia Zamawiającego z 2 stycznia 2012 r., który w trakcie przeprowadzonej weryfikacji oferty, oprócz braku odpowiedniego kodu klasyfikacji PKD w zaświadczeniu o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, nie dopatrył się

innych uchybień. Utożsamianie przez Zamawiającego określonego kodu klasyfikacji PKD, w tym przypadku dotyczącego zbierania odpadów (PKD 38.11.Z), z posiadaniem uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 pzp, należy uznać za stanowisko całkowicie błędne. Przez „uprawnienia”, o których mowa powyżej, należy rozumieć w szczególności koncesje na prowadzenie danej działalności, jak też zezwolenia i licencje wymagane przepisami ustaw regulujących dany obszar życia społecznego, działalność regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, wymagającą uzyskania wpisu w odpowiednim rejestrze. Warunku posiadania odpowiednich uprawnień do wykonywania danej działalności nie należy natomiast utożsamiać z zakresem działalności uwidocznionym w dokumentach rejestrowych podmiotu (wypisie z ewidencji działalności gospodarczej, odpisie z rejestru przedsiębiorców KRS) [tak M. Stachowiak w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, LEX 2010, uwagi do art. 22]. W powyższym kontekście zwrócić należy również uwagę na trafne orzeczenie Sądu Okręgowego w Katowicach, który w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., XIX Ga 3/07, stwierdził, iż: *Brak oznaczenia w ewidencji działalności gospodarczej lub rejestrze przedmiotu działalności, którego dotyczy zamówienie publiczne, nie stoi na przeszkodzie wzięciu udziału w przetargu i udzieleniu zamówienia. Oznaczenie przedmiotu działalności, zgodne z przedmiotem zamówienia nie jest ustawowym warunkiem uczestnictwa w przetargu ani prowadzenia działalności gospodarczej w danej dziedzinie, a ma jedynie charakter informacyjno-statystyczny* [wyrok za M. Stachowiak w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz*, LEX 2010, uwagi do art. 22).

Tym niemniej podkreślić należy, że Odwołujący posiada uprawnienia do zbierania odpadów, a co za tym idzie, do świadczenia usług w zakresie wywozu odpadów z pojemników do selektywnej zbiórki zgodnie z przedmiotem zamówienia. Potwierdzają to m.in. następujące dokumenty: umowa z 14 grudnia 2011 r. pomiędzy P.H.U. VESTAL Tomasz Cybulski a Zakładem Odzysku i Składowania Odpadów Komunalnych w Leśnie Górnym, której przedmiotem jest współpraca w zakresie dostarczania i przyjmowania do zagospodarowania odpadów wytworzonych na terenie powiatu polickiego oraz poza nim, jak również decyzja Starosty Polickiego z 30 listopada 2011 r., zezwalająca Odwołującemu na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie zbierania i transportu odpadów wskazanych w tej decyzji. Za pośrednictwem Zakładu Odzysku i Składowania Odpadów Komunalnych odwołujący jest również uprawniony do przekazywania karty przekazania odpadów Zamawiającemu.

Naruszenie art. 22. ust. 1 pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Przepis ten wyklucza możliwość żądania przez Zamawiającego przedłożenia w postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego zaświadczenia o wpisie w ewidencji działalności gospodarczej, gdyż w stosunku do osób fizycznych istnieje jedynie obowiązek złożenia oświadczenia w zakresie art. 24 ust. 1 pkt pzp. W konsekwencji Zamawiający nie powinien swojego rozstrzygnięcia opierać na wpisie w ewidencji działalności gospodarczej.

Naruszenie art. 22 ust. 1 pzp w zw. z art. 6 ust. 2. u.s.d.g. w zw. z art. 40 ust. 2 i 3 ustawy o statystyce publicznej. Stosownie do treści art. 6 ust. 2 ustawy o swobodzie gospodarczej właściwy organ nie może żądać ani uzależniać swojej decyzji w sprawie podjęcia, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej przez zainteresowaną osobę od spełnienia przez nią dodatkowych warunków, w szczególności od przedłożenia dokumentów lub ujawnienia danych, nieprzewidzianych przepisami prawa. Wbrew dyspozycji wynikającej z powyższego przepisu Zamawiający uzależnił udzielenie zamówienie publicznego od stosownego wpisu w ewidencji działalności gospodarczej Odwołującego. Według art. 40 ust. 1. ustawy o statystyce Prezes Głównego Urzędu Statystycznego, w porozumieniu z właściwymi naczelnymi organami administracji państwowej, opracowuje podstawowe do określenia przebiegu i opisu procesów gospodarczych i społecznych standardowe klasyfikacje i nomenklatury, wzajemne relacje między nimi oraz ich interpretacje. Z kolei zgodnie z ust. 2 Standardowe klasyfikacje i nomenklatury, o których mowa w ust. 1, wprowadza Rada Ministrów w drodze rozporządzenia. Zastosowanie standardowych klasyfikacji i nomenklatur precyzuje ust. 3, zgodnie z którym wprowadzone w trybie ust. 2 standardowe klasyfikacje i nomenklatury stosuje się w statystyce, ewidencji i dokumentacji oraz rachunkowości, a także w urzędowych rejestrach i systemach informacyjnych administracji publicznej. Z powyższych przepisów nie wynika bynajmniej, aby od wpisu w ewidencji działalności gospodarczej uzależnione było wykonywanie określonego przedmiotu tej działalności przez dany podmiot. W tym kontekście zwrócić należy uwagę na postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z 20 listopada 2006 r. wydane w składzie 7 sędziów, w którym Sąd stwierdził, że w obszarze normatywnym prawa o statystyce publicznej interpretacje standardowi nomenklatur klasyfikacyjnych Polskiej Klasyfikacji Wyrobów Usług nie rodzą dla podmiotów gospodarczych – podatników – żadnych bezpośrednich obowiązków. Nie są również źródłem jakichkolwiek bezpośrednich ich uprawnień. Stanowią wyłącznie akt wiedzy organu statystyki publicznej, dokonującego specyficznej „subsumcji” indywidualnego stanu faktycznego pod przepis prawny wynikający z

Sygn. akt KIO 33/11

PKWiU (sygn. akt II FPS 3/06, ONSAiWSA 2007/1/5). Zdziwienie budzi więc nieuprawnione uzależnianie przez Zamawiającego możliwości wykonywania określonej działalności gospodarczej od oznaczenia klasyfikacji PKD w ewidencji działalności gospodarczej Odwołującego.

Wskutek wezwania przez Zamawiającego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym (wraz z przekazaniem kopii odwołania), 9 stycznia 2012 r. „Czerwona Kropka” Kinga Karolina Chomać-Piechota zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia tego Wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Zdaniem Przystępującego Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego, który nie posiada odpowiednich uprawnień, tj. zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych, zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a zatem nie spełnia warunku udziału (zgodnie z art. 22 pzp). W świetle art. 7 przywołanej ustawy na prowadzenie przez przedsiębiorców działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wymagane jest uzyskanie zezwolenia, którego w drodze decyzji udziela wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce świadczenia usługi. Właścicielem nieruchomości jest w tym przypadku Gmina Kołbaskowo i to ona zbiera i gromadzi wyselekcjonowane odpady komunalne. Zamówienie dotyczy wywozu tych odpadów, więc jest to odbiór odpadów komunalnych i znajduje tu zastosowanie zezwolenie na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

10 stycznia 2012 r. (pismem z 9 stycznia 2012 r.) Zamawiający przekazał drogą faksową do Izby odpowiedź na odwołanie (przekazując ją również Odwołującemu) – wnosząc o oddalenie odwołania. Zamawiający w następujący sposób uzasadnił swoje stanowisko.

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący składając ofertę w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Zamawiającego naruszył następujące przepisy:

Sygn. akt KIO 33/11

1. Art. 22 ust. 1 ustawy pzp – poprzez złożenie oświadczenia zawierającego nieprawdziwe informacje jakoby Odwołujący posiadał uprawnienia do wykonywania działalności będącej przedmiotem zamówienia.
2. Art. 60¹ ust. 1 i ust. 2 Kodeksu wykroczeń (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 46, poz. 275, z późn. zm.), które stanowią o tym, że kto prowadzi działalność gospodarczą bez wymaganego wpisu do działalności regulowanej lub bez koncesji albo zezwolenia podlega karze ograniczenia wolności lub grzywny. Tej samej karze podlega, kto nie dopełnia obowiązku zgłaszania do ewidencji działalności gospodarczej zmian danych objętych wpisem.
3. Art. 7 ust. 1 pkt 1 (w stanie prawnym na 31 grudnia 2011 r.), obecnie art. 9c ust. 1 (w powiązaniu z art. 9b) ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz. U. z 2005 r. Nr 236, poz. 2008, z późn. zm.), który zobowiązuje przedsiębiorców odbierających odpady komunalne do uzyskania wpisu (do 31 grudnia 2011 r. było to zezwolenie na zbieranie odpadów komunalnych) do rejestru prowadzonego przez wójta w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne. Zgodnie z art. 9x ust. 1 tej ustawy, przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, który odbiera odpady komunalne bez wymaganego wpisu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 2 – podlega karze pieniężnej w wysokości 5.000 zł za pierwszy miesiąc wykonywania działalności bez wymaganego wpisu do rejestru oraz 10.000 zł za każdy kolejny miesiąc wykonywania działalności bez wymaganego wpisu do rejestru. Odwołujący nie posiada uprawnień, aby zbierać odpady z terenu Gminy Kołbaskowo, gdyż należy w rejestrze Zamawiającego, który jest jednocześnie organem prowadzącym rejestr (wcześniej wydającym zezwolenia) – Odwołujący nie jest zarejestrowany, ani nie posiada zezwolenia.

W wyniku naruszenia powyższych przepisów prawa, Zamawiający uznał, iż naraziłby się na zawarcie umowy nieważnej z *mocy prawa odrębnych przepisów*.

Wszelkie zaś dowody jednoznacznie wskazują, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Pojemniki objęte zamówieniem służą mieszkańcom gminy i gromadzone w nich odpady pochodzą z gospodarstw domowych. Odpady te klasyfikowane są do grupy 20 – odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie, zgodnie z § 2 pkt. 20 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. Nr 112, poz. 1206). Aby móc świadczyć usługi związane z odbiorem i wywozem odpadów komunalnych tej grupy z terenu jakiegokolwiek gminy

potrzebne jest: po pierwsze – zezwolenie lub wpis do rejestru opisane powyżej, którego Odwołujący nie posiada; po drugie – zezwolenie na transport odpadów wydane przez starostę właściwego ze względu na siedzibę danego przedsiębiorcy. Odwołujący wprawdzie posiada zezwolenie na transport odpadów, które nabył w drodze Decyzji Nr SR.6233.22.2011.MP wydanej przez Starostę Polickiego, jednakże w rozdziale I przedmiotowej decyzji, organ decyzyjny określił rodzaje odpadów, na które wydano zezwolenie, a wśród wymienionych rodzajów odpadów tylko pozycja nr 8 należy do grupy 20 – 20 01 01 – papier i tektura. Natomiast zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i załącznikiem nr 5 do s.i.w.z. odpady będące przedmiotem zamówienia możemy zaklasyfikować tylko do następujących grup: 1) 20 01 07 – szkło; 2) 20 01 39 – tworzywa sztuczne; 3) 20 01 01 – papier; 4) 20 03 01 – odpady powstające w wyniku sprzątania terenu wokół pojemników (niesegregowane, zmieszane odpady komunalne). Wobec tego zezwolenie Odwołującego nie obejmuje uprawnień na transport wszystkich wymienionych odpadów, a jedynie na papier i tekturę. Jest to kolejny argument na to, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż zgodnie z wydanym zezwoleniem nie posiada również uprawnień na transport odpadów będących przedmiotem zamówienia. Odwołujący posiada zezwolenie na transport odpadów głównie z grupy 15 (odpady opakowaniowe, sorbenty, tkaniny do wycierania, materiały filtracyjne i ubrania ochronne nieujęte w innych grupach) i 17 (odpady z budowy, remontów i demontażu obiektów budowlanych oraz infrastruktury drogowej), które nie są przedmiotem zamówienia prowadzonego przez Zamawiającego, a specyfika tych odpadów nie ma nic wspólnego z odpadami segregowanymi pochodzącymi z gospodarstw domowych należącymi do grupy 20.

Dodatkowo, biorąc pod uwagę zezwolenie tylko w kwestii papieru i tektury należącego do grupy 20, z uwagi na brak zapisu we wpisie do ewidencji działalności gospodarczej odpowiedniego kodu PKD, należy poddać wątpliwości, czy Odwołujący nie wprowadził w błąd organu decyzyjnego, gdyż w uzasadnieniu Decyzji Nr SR.6233.22.2011.MP na str. 4 można przeczytać: *„Zbieranie i transport odpadów wyszczególnionych powyżej decyzji wynika z charakteru działalności prowadzonej przez wnioskodawcę, polegającej na zbieraniu, transporcie odpadów i przekazywaniu ich podmiotom posiadającym aktualne wymagane prawem zezwolenia właściwych organów administracji publicznej... . Stąd domniemanie, że organ wydający decyzję zezwalającą na transport (tu Starosta Policki), kierując się oświadczeniem przedsiębiorcy Tomasza Cybulskiego, wydał decyzję zezwalającą na wykonywanie czynności, których przedsiębiorca*

nie ma w zakresie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, Zamawiający podtrzymał stanowisko z odpowiedzi na odwołanie, natomiast w imieniu Przystępującego nikt się nie stawił, pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia Izby.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w środkach ochrony prawnej, a także oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko wykluczeniu go z postępowania przez Zamawiającego, która to czynność naraża go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógł liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. ,oferty Odwołującego, pisma Zamawiającego z 2 stycznia 2012 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone na piśmie w ramach środków

ochrony prawnej, dalszych pismach procesowych oraz wyrażone ustnie przez Strony w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Izba ustaliła następujące brzmienie s.i.w.z. w zakresie postanowień mających znaczenie dla sprawy:

Rozdział II Opis przedmiotu zamówienia:

1. *Przedmiotem zamówienia są usługi polegające na wywozie śmieci z pojemników do selektywnej zbiórki odpadów z terenu gminy Kołbaskowo.*
2. *Wykonawca ma obowiązek opróżniania pojemników do selektywnej zbiórki odpadów 2 razy w miesiącu, tj. w pierwszym i trzecim tygodniu miesiąca, zaś w okresie letnim tj. od 01.05.2012 r. do 30.09.2012 r. 3 razy w miesiącu, z częstotliwością nie rzadziej niż co 10 dni.*
3. *Wykonawca ma obowiązek jednoczesnego opróżniania pojemników do selektywnej zbiórki odpadów oraz usuwania odpadów znajdujących się przy pojemnikach.*
4. *Wykonawca każdorazowo zawiadomi Zamawiającego pisemnie o terminie opróżniania pojemników do selektywnej zbiórki odpadów, z podaniem nazwy miejscowości i rodzaju materiału jaki ma zostać zebrany (szkło, plastik, papier).*
5. *Zamówienie obejmuje pojemniki z terenu całej gminy Kołbaskowo wg załącznika nr 5 do SIWZ.*

Załącznik nr 5 do s.i.w.z. Wykaz ilości pojemników do selektywnej zbiórki odpadów na terenie Gminy Kołbaskowo zawiera tabelaryczne zestawienie 22 miejscowości, dla których wskazano liczbę pojemników w 3 odrębnych kolumnach opisanych w następujący sposób: Pojemnik na szkło, Pojemnik na makulaturę, Pojemnik na PET.

Rozdział III Podstawa prawna wykonania zadania:

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004r. prawo zamówień publicznych /Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz.759/ zwana dalej „ustawą” wraz z aktami wykonawczymi wydanymi na jej podstawie.

Rozdział X Warunki stawiane wykonawcom i opis sposobu oceny ich spełnienia:

1. *Każdy z wykonawców ma obowiązek złożyć następujące dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu:*
 - 1) *ofertę cenową według załącznika nr 1 do siwz,*
 - 2) *oświadczenie wykonawcy, o spełnianiu warunków określonych w art. 22 ustawy, według wzoru, stanowiącego załącznik nr 2 do niniejszej siwz oraz oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do siwz, W przypadku składania oferty wspólnej ww. oświadczenie składa każdy z*

wykonawców składających ofertę wspólną.

- 3) aktualny odpis z właściwego rejestru albo aktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej (jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub zgłoszenia do ewidencji działalności), wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. W przypadku składania oferty wspólnej ww. dokument składa każdy z wykonawców składających ofertę wspólną.*
- 4) kopię umowy z uprawnionym podmiotem prowadzącym składowisko odpadów.*
- 5) pełnomocnictwo (...).*

Izba ustaliła także, że Odwołujący złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu na wzorze z załącznika nr 2 do s.i.w.z., o następującej treści w zakresie pkt. 1: *Niniejszym oświadczam, że biorąc udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego trybie przetargu nieograniczonego na: „Usługi w zakresie wywozu odpadów z pojemników do selektywnej zbiórki na terenie gminy Kołbaskowo” posiadam uprawnienia do wykonania działalności z zakresu przedmiotu zamówienia.*

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut bezpodstawnego dokonania przez Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z postępowania z powołaniem się na przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp i niespełnianie warunku udziału w postępowaniu jakim jest posiadanie uprawnienia do wykonywania działalności gospodarczej z zakresu przedmiotu zamówienia.

Zważając na treść odpowiedzi na odwołanie oraz stanowisko zajęte na rozprawie uznać należy, iż Zamawiający *de facto* odstąpił od podtrzymywania dotychczasowego uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji o wykluczeniu z postępowania Odwołującego, wskazanego w zawiadomieniu z 2 stycznia 2012 r., a sprowadzającego się do braku uwidocznienia w ewidencji działalności gospodarczej kodu PKD 38.11.Z dotyczącego zbierania odpadów. Tym niemniej Odwołujący trafnie wywiódł w odwołaniu, iż ustalenie na podstawie określonego kodu klasyfikacji PKD, wskazanego w ewidencji działalności gospodarczej danego przedsiębiorcy, czy jako wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego spełnia on warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pzp – jest oczywiście błędne i nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach. W

tym zakresie Izba w pełni podziela przytoczone w odwołaniu stanowisko doktryny, które jest również jednolicie przyjmowane w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych – nie można utożsamiać warunku posiadania odpowiednich uprawnień do wykonywania określonej działalności z zakresem działalności uwidocznionym w stosownym rejestrze prowadzonym dla danego typu wykonawcy. W tej sytuacji bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie jest spóźnione, z uwagi na upływanie terminu na kwestionowanie treści s.i.w.z., podniesienie w odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów przez zażądanie w s.i.w.z. dokumentu nieprzewidzianego przepisami tego rozporządzenia.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego zawartej w odpowiedzi na odwołanie, na wstępie należy zaznaczyć, iż ani Zamawiający, ani Izba nie są organami właściwymi do orzekania w sprawach wykroczeń, a zatem chybione jest powoływanie się przez Zamawiającego na rzekome popełnienie przez Odwołującego wykroczeń opisanych w kodeksie wykroczeń czy odrębnej ustawie. Podobnie źle zaadresowane i bez związku ze sprawą rozstrzyganą przez Izbę są przypuszczenia Zamawiającego co do wprowadzenia przez Odwołującego w błąd Starosty Polickiego. Z kolei na rozprawie Zamawiający podniósł, iż niezależnie od zmiany uzasadnienia faktycznego, w zawiadomieniu z 2 stycznia 2012 r. wskazał właściwą podstawę prawną wykluczenia Odwołującego – przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. Jednocześnie Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wskazywał na okoliczność złożenia przez Odwołującego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zawierającego nieprawdziwe informacje. Niezależnie od zasadności tych zarzutów, nie podlegają one kognicji Izby, gdyż z mocy przepisu art 192 ust. 7 pzp nie jest ona władna do orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W sytuacji, gdy odwołanie dotyczy czynności dokonanej przez zamawiającego, siłą rzeczy odwołanie może zawierać zarzuty kwestionujące ją w takiej postaci, w jakiej została uzewnętrzniiona. Tymczasem z zawiadomienia z 2 stycznia 2012 r. w żaden sposób ani przez wskazanie przepisu, ani przez sformułowane uzasadnienie prawne i faktyczne – nie wynika, iż Odwołujący został wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp, to jest z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Wobec tego podnoszenie przez Zamawiającego dopiero w toku postępowania odwoławczego okoliczności mieszczących się w dyspozycji tego przepisu jest bezskuteczne i nie może mieć żadnego wpływu na rozstrzygnięcie o zarzutach odwołania. W tym zakresie Izba podzieliła argumentację podniesioną przez Odwołującego w piśmie z 13 stycznia 2012 r. (wpływ do Izby 16 stycznia 2012 r., przekazany na posiedzeniu również

Zamawiającemu), stanowiącym jego odpowiedź na odpowiedź na odwołanie. Zatem skład orzekający Izby podziela i uznaje za trafne w niniejszej sprawie następujące tezy z uzasadnień uprzednio zapadłych wyroków Izby: *Nieuprawnionym jest stawianie przez zamawiającego nowych zarzutów pod adresem oferty odwołującego dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Wszystkie niezgodności oferty wykonawcy stanowiące podstawę jej odrzucenia winny być bowiem wyraźnie wyspecyfikowane.* [wyrok z 11 października 2011 r., sygn. akt KIO 2115/11] *Zamawiający dokonując czynności wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty winien wskazać wszelkie podstawy faktyczne i prawne, na jakich opiera czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty i poinformować o tym wykonawcę w formie pisemnej (lub w innej formie porozumiewania, przewidzianej w SIWZ), o takich podstawach i okolicznościach.(...) Zamawiający nie może w trakcie rozprawy formułować nowych podstaw wykluczenia wykonawcy, o których nie poinformował wcześniej wykonawcy w sposób przewidziany w p.z.p. i SIWZ. Izba zaś nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.* [wyrok z 31 października 2011 r., sygn. akt KIO 2228/11]

Odnośnie wszelkich dowodów jednoznacznie, zdaniem Zamawiającego, wskazujących, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, Izba zważyła, co następuje. Sprecyzowanie warunków udziału w postępowaniu wynikających z przepisu art. 22 ust. 1 pkt 1-4 pzp w postaci opisu oceny sposobu spełniania tych warunków – jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu, jak i sami zamawiający dokonując analizy spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia”). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty na ich potwierdzenie, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganie przepisu art. 22 ust. 4 pzp wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz dokumenty

żądane w tym celu muszą zostać w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny opisane przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom. Natomiast z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień s.i.w.z. lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu. Wobec tego przy odczytywaniu znaczenia tych postanowień należy kierować się przede wszystkim zwykłym znaczeniem słów, wyrażzeń i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego. Z drugiej strony należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach zamawiających, które nie znalazły wyrazu w formie pisemnej, niezależnie od tego, czy warunki w tej postaci obiektywnie należałoby uznać za bardziej adekwatne do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w rozdziale X s.i.w.z. zawarł niezwykle lakoniczny opis sposobu oceny spełniania warunku udziału dotyczącego posiadania uprawnień. Z pkt. 1 wynika wyłącznie określenie rodzaju dokumentu w postaci oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Natomiast Zamawiający w ogóle poniechał sprecyzowania jakich to okoliczności w zakresie uprawnień miałyby potwierdzać to oświadczenie. Równie enigmatycznie opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków został sformułowany w ogłoszeniu o zamówieniu – *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy potwierdzający spełnienie warunków: posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień*. Zamawiający, choć było to jego prawem i obowiązkiem, ani w ogłoszeniu, ani w s.i.w.z. nie wskazał jakich to uprawnień wymaga od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie dał w tym zakresie żadnych wskazówek w jakichkolwiek innych postanowieniach s.i.w.z., w szczególności, choć wprowadził rozdział, który z nazwy dotyczy podstaw prawnych wykonania zadania, to wskazał w nim wyłącznie ustawę pzp. Z treści s.i.w.z. nie sposób także wyczytać intencji Zamawiającego przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia, w którym mowa jest wyłącznie o wywozie „śmieci” w postaci szkła, plastiku i papieru z pojemników do selektywnej zbiórki odpadów z terenu Gminy Kołbaskowo, przy czym z załącznika nr 5 wynika, iż chodzi o trzy rodzaje pojemników: na szkło, na makulaturę i na PET. Nadto Zamawiający wskazał jeszcze w pkt. 4 rozdziału X s.i.w.z., iż wymaga przedstawienia kopii umowy z uprawnionym podmiotem prowadzącym składowisko odpadów, nie precyzując co przez to rozumie, w szczególności nie wskazując rodzaju

uprawnień i rodzaju odpadów.

W zestawieniu z lakonicznymi i enigmatycznymi regulacjami s.i.w.z. w zakresie sposobu oceny spełniania warunku udziału dotyczącego wymaganych uprawnień, wywody odpowiedzi na odwołanie zadziwiają obszernością i precyzją, stanowią jednak zupełne *novum* i mogą być co najwyżej uznane za wyraz intencji Zamawiającego, w jaki sposób wyobrażał sobie ją prowadzić. Okazuje się, że Zamawiający chciałby wymagać uprawnień określonych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wymaganych dla przedsiębiorców odbierających bezpośrednio od właścicieli nieruchomości odpady komunalne zaklasyfikowane według katalogu stosownego rozporządzenia wykonawczego do ustawy o odpadach do grupy 20 – *odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie*, w tym 20 03 01 – *odpady powstające w wyniku sprzątania terenu wokół pojemników (niesegregowane, zmieszane odpady komunalne)*. W istocie stanowi to potwierdzenie przez Zamawiającego, iż takich wymagań nie zawarł w s.i.w.z. Nie wiadomo zatem skąd Zamawiający wywodzi swoje uprawnienie do badania ich spełniania przez Odwołującego i to na podstawie dokumentów, których s.i.w.z. również nie przewiduje. W prowadzonym aktualnie postępowaniu Zamawiający nie ma prawa badać tych dokumentów i wyciągać z nich negatywnych konsekwencji w zakresie weryfikacji spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie dopuszcza ocenę spełniania nowo sformułowanego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień według stanu prawnego ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zarówno sprzed jak i po dacie 31 grudnia 2011 r., pomimo wynikającej z przepisów ustawy pzp zasady prowadzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

Z uwagi na tak dalekie rozminięcie się intencji Zamawiającego z treścią wymagań odzwierciedlonych w oficjalnych dokumentach postępowania, Izba stwierdziła oczywistą bezpodstawność dokonanego wykluczenia. Natomiast Izba nie jest uprawniona do rozstrzygnięcia wynikłego w toku postępowania odwoławczego między Stronami (w tym Przystępującym, który odniósł się do tej kwestii w zgłoszeniu przystąpienia) sporu co do tego, do jakiej kategorii (grupy) odpadów należałoby zaklasyfikować odpady z pojemników do selektywnego zbierania odpadów komunalnych położonych na terenie Gminy Kołbaskowo, ani jakich uprawnień należałoby wymagać od przedsiębiorców zajmujących się wywożeniem odpadów umieszczanych w nich przez mieszkańców gminy. Z tego względu Izba uznała obszernie wywody pisma Odwołującego z 13 stycznia 2012 r., a także kolejnego pisma złożonego na rozprawie (datowanego na 16 stycznia 2012 r.) oraz załączonych do nich

dowodów (ogłoszenie o zamówieniu ZP 271.34.2011, wydruk ze strony internetowej <http://przetargi.org/Ogłoszenie.aspx?pid=868905>, zdjęcia pojemników do zbiórki selektywnej odpadów w Gminie Kołbaskowo, wydruk ze strony internetowej artykułu *Zagospodarowanie odpadów szklanych*, wzór wniosku o udzielenie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych, wydruku ze strony internetowej Zamawiającego, zdjęcia wnętrza pojemnika z Gminy Kołbaskowo), dotyczące tych okoliczności – za zbędne do rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania w niniejszej sprawie, nie poddając ich merytorycznej analizie i ocenie.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji. Z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia innych niż wykluczenie Odwołującego z postępowania czynności dokonanych przez Zamawiającego, który powinien tego dokonać z własnej inicjatywy, wykonując niniejszy wyrok.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 1 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), obciążając Zamawiającego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty, w ramach których uwzględniono, po pierwsze – wynagrodzenie pełnomocnika (ograniczając jego wysokość do kwoty 3600 zł wynikającej z przepisu § 3 pkt 2 lit. b), na podstawie przedłożonego do akt sprawy umowy o świadczenie usług prawnych w tej sprawie, określającej wysokość wynagrodzenia i nieprzewidującej wystawienia odrębnego rachunku, po drugie – koszty dojazdu pełnomocnika na wyznaczone posiedzenie Izby, na podstawie wydruku biletu lotniczego z internetowego systemu rezerwacji na lot ze Szczecina do Warszawy oraz kopii biletu kolejowego wraz z miejscówką na pociąg z Warszawy do Szczecina – a zatem zgodnie z przepisem § 3 pkt 2 przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: