

WYROK
z dnia 26 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2015 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe LS-PLUS Sp. z o.o.
ul. Szałwiowa 34a/2, 62-064 Plewiska

w postępowaniu prowadzonym przez

Jednostkę Wojskową 5701, 69-211 Wędrzyn

przy udziale wykonawcy **Zakład Usług Komunalnych sp. z o.o., ul. Chrobrego 3, 69-200 Sulęcín** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wielobranżowe LS-PLUS Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe LS-PLUS Sp. z o.o. 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 2013, poz. 907) 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 298/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa 5701 w Wędrzynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór nieczystości stałych komunalnych z kompleksów administrowanych przez JW nr 5701 i przekazanie ich do utylizacji lub zagospodarowania z kompleksów wojskowych administrowanych przez JW 5701” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 19 stycznia 2015 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 12988. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe LS-PLUS Sp. z o.o. wniósł odwołanie od wadliwego wyniku postępowania oraz wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 22 ust. 1 pkt 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert, w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty odwołującego do postępowania, powtórzenie oceny (punktacji ofert) i przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do oferty odwołującego, wskazanie wyniku postępowania na ofertę odwołującego, a także o równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Zdaniem odwołującego nie powinien on zostać wykluczony z postępowania, ponieważ spełnia warunek posiadania stosownych uprawnień i posiada wszystkie wymagane prawem decyzje administracyjne niezbędne do prowadzenia działalności związanej z odbiorem odpadów komunalnych.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania za brak wpisu do ewidencji działalności regulowanej w kodach grupy 15.00, który na dzień realizacji zamówienia odwołujący posiada. Na dzień składania ofert odwołujący przedłożył zamawiającemu również kopię wpisu do ewidencji działalności regulowanej w kodach 20.00, które to kody również zawierają kody 15.00 jako kody pochodne.

Pojęcie odpadów komunalnych zdefiniowane zostało w art. 3 ust. 2 pkt 4 ustawy

o odpadach. Zgodnie z tym przepisem są to odpady powstające w gospodarstwach domowych, z wyłączeniem pojazdów wycofanych z eksploatacji, a także odpady niezawierające odpadów niebezpiecznych pochodzące od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter lub skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych. Dla odpadów komunalnych istotne jest więc, aby powstawały w gospodarstwach domowych, bądź też by były podobne do takich odpadów z uwagi na skład lub charakter. To, czy dany odpad jest komunalnym, należy badać każdorazowo z uwzględnieniem powołanych wyżej okoliczności. Definicja ta znajduje się w akcie rangi ustawowej. Natomiast katalog odpadów zawarty jest w akcie wykonawczym, tj. rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów i posiada wyłącznie charakter pomocniczy.

Zgodnie z § 4 ust. 1-4 ww. rozporządzenia odpady klasyfikuje się według źródła powstawania w grupach od 01 do 12 lub 17 do 20. W przypadku nieodnalezienia odpowiedniej pozycji w grupach 01 do 12 lub 17 do 20, odpady klasyfikuje się w grupach 13, 14 i 15. Ponieważ odpady komunalne to te, które powstają w gospodarstwach domowych lub o podobnym składzie i charakterze, posługiwanie się kodami odpadów innymi niż z grupy 20 (odpady komunalne), nie pozbawia danych odpadów statusu odpadów komunalnych.

Tym samym, składając do oferty wpis do ewidencji działalności regulowanej w kodach z grupy 20 odwołujący wykazał, że spełnia warunek ustawy z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym wezwanie o dodatkowy wpis w kodach z grupy 15 był zbędny.

Odwołujący wywodził także, iż zamawiający nie miał prawa żądać dołączenia do oferty wpisu do rejestru działalności regulowanej.

Zgodnie z art. 9b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Tak więc przedsiębiorca zamierzający prowadzić działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu danej gminy jest zobowiązany do uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości (art. 9c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Brak jest podstaw do kwestionowania przedłożonego przez odwołującego zaświadczenia, gdyż wskazuje na spełnienie przez przedsiębiorcę wskazanych ustawą i rozporządzeniem warunków, uprawnia go do prowadzenia działalności w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jako całości, bez różnicowania spełnienia warunków w odniesieniu do określonego rodzaju odpadów.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunkowa zamówienia. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia 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 zamawiający żąda następujących dokumentów: koncesji, zezwolenia lub licencji. Z regulacji samego rozporządzenia wynika, że takie dokumenty jak wypisy z ewidencji działalności gospodarczej, w tym regulowanej, czy wypisy z Krajowego Rejestru Sądowego nie są dokumentami, których zamawiający ma prawo żądać. Stąd żądanie odwołującego, aby nakazać zamawiającemu postawienie wymogu przedłożenia wraz z ofertą wpisu do ewidencji działalności gospodarczej w trybie art. 9b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, jest nieuprawnione.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania.

Zamawiający wskazał, że przesłanką do wykluczenia odwołującego było niespełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu w terminie składania ofert.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału VII ust. 1 pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający żądał załączenia do oferty m.in. zaświadczeń o wpisie do rejestru działalności regulowanej na terenach objętych świadczeniem usługi, tj. w m. Wędrzyn (gmina Sulęcín), m. Skwierzyna (gmina Skwierzyna), m. Międzyrzecz (gmina Międzyrzecz), m. Gorzów Wlkp. (gmina Gorzów Wlkp.), wydanych zgodnie z art. 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach uwzględniających odpady o kodach: 20 03 01, 20 03 07, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07.

W ofercie odwołujący złożył:

1) zaświadczenie z 7 maja 2012 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej wystawione przez Urząd Miejski w Międzyrzeczu,

2) zaświadczenie z 12 lipca 2012 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej wystawione przez Urząd Miejski w Sulęcínie,

z których nie wynikało, jaki jest rodzaj uwzględnionych w rejestrze odpadów oraz

3) zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej wystawione przez Burmistrza Skwierzyny z 4 maja 2012r. które nie zawierało wszystkich kodów wymaganych przez zamawiającego, tj. kodów 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07.

Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał wykonawcę do uzupełnienia zaświadczeń. W wyznaczonym terminie wykonawca uzupełnił następujące dokumenty:

- 1) zaświadczenie z 3 lutego 2015 r. o zmianie wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (na teren gminy Sulęcín) dotyczące rozszerzenia działalności o wymagane kody odpadów, tj. 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07. Jednakże powyższa zmiana została dokonana w dniu 3 lutego 2015 r., tj. po terminie składania ofert, który upłynął 27 stycznia 2015 r.,
- 2) zaświadczenie z 3 lutego 2015 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (na teren gminy Skwierzyna) po zmianie w dniu 3 lutego 2015 r., tj. po terminie składania ofert, polegającej na dodaniu kodów odpadów komunalnych 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07,
- 3) zaświadczenie z 4 lutego 2015 r. o dokonaniu zmiany w rejestrze działalności regulowanej poprzez dodanie kodów odpadów 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07 (na teren gminy Międzyrzecz) dnia 4 lutego 2015 r., tj. po terminie składania ofert.

Z przedstawionych po uzupełnieniu zaświadczeń wynikało, że na dzień, w którym upłynął termin składania ofert, wykonawca nie spełniał wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W związku z tym, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w terminie składania ofert, podlegał on wykluczeniu z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający podkreślił, że w odwołaniu odwołujący nie kwestionował powyższego faktu, podniósł natomiast, że pojęcie odpadów komunalnych zostało zdefiniowane w art. 3 ust. 2 pkt 4 ustawy o odpadach i zawiera ono w sobie wszystkie odpady powstające w gospodarstwach domowych, odpady, których charakter lub skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych, zaś katalog odpadów zawarty w rozporządzeniu w sprawie katalogu odpadów posiada jedynie charakter pomocniczy.

Powyższy pogląd, zdaniem zamawiającego, nie znajduje oparcia w aktualnie obowiązującym prawie ani w treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w postanowieniach specyfikacji, jak również w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia oraz we wzorze umowy doprecyzował, iż wykonawca do oferty ma załączyć zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej z uwzględnieniem kodów odpadów konkretnie wymienionych w dokumentacji przetargowej.

W odwołaniu odwołujący zakwestionował stanowisko zamawiającego o konieczności przedstawienia w zaświadczeniu zezwolenia na odbiór odpadów o kodach z grupy 15,

podnosząc, iż ta kategoria odpadów objęta jest kodem z grupy 20, Obowiązujące rozporządzenie w sprawie katalogu odpadów w odrębnych pozycjach wymienia kategorię odpadów 20, która dotyczy odpadów komunalnych łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie i kategorię 15, która dotyczy odpadów opakowaniowych, sorbentów, tkanin do wycierania, materiałów filtracyjnych.

Powołane na potwierdzenie zasadności odwołania orzeczenia KIO nie mają zastosowania w niniejszym postępowaniu, albowiem zapadły w innych stanach faktycznych. W pierwszym zamawiający nie zamieścił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowień, które doprecyzowałyby, aby z treści składanego przez wykonawcę zaświadczenia miał wynikać pełen katalog odpadów objętych przedmiotem tego konkretnego zamówienia, podczas gdy w niniejszym postępowaniu kwestia ta została w sposób precyzyjny uregulowana. W drugim wykonawca odwołał się od treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w terminie prawem przewidzianym, podczas gdy w niniejszym postępowaniu odwołujący wnosi odwołanie, podważając postanowienia, których nie kwestionował ani nie zaskarżył w ustawowym terminie,

Natomiast na obecnym etapie specyfikacja istotnych warunków zamówienia musi być traktowana jako dokument wiążący i nie może podlegać rewizji. Sporne postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest ostateczne ukształtowane, a tym samym wiązało zarówno wykonawców, którzy złożyli swoje oferty, zamawiającego na etapie ich oceny, a także Krajową Izbę Odwoławczą w ramach środka ochrony prawnej skierowanego wobec dokonanej przez zamawiającego oceny ofert.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału VI ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeśli przepisy prawa nakładają

obowiązek ich posiadania. „Zamawiający uzna, iż Wykonawca posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli złoży oświadczenie, o którym mowa w art. 44 ustawy Pzp (zał. nr 3 do SIWZ) oraz dokumenty wymienione w rozdziale VII niniejszej SIWZ.”

W rozdziale VII („Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie powinni złożyć Wykonawcy do oferty”) ust. 1 pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że żąda zaświadczeń o wpisie do rejestru działalności regulowanej na terenach objętych świadczeniem usługi, tj. w m. Wędrzyn (gmina Sulęcín), m. Skwierzyna (gmina Skwierzyna), m. Międzyrzecz (gmina Międzyrzecz), m. Gorzów Wlkp. (gmina Gorzów Wlkp.), wydanych zgodnie z art. 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach uwzględniających odpady o kodach: 20 03 01, 20 03 07, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07.

W ofercie odwołujący złożył: 1) zaświadczenie z 7 maja 2012 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej wystawione przez Urząd Miejski w Międzyrzeczu, 2) zaświadczenie z 12 lipca 2012 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej wystawione przez Urząd Miejski w Sulęcín, 3) zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej wystawione przez Burmistrza Skwierzyny z 4 maja 2012 r.

Jednak, jak stwierdził zamawiający, w zaświadczeniach tych nie wskazano na kody 15 01 01, 15 01 02 i 15 01 07. Nie było to sporne pomiędzy stronami.

W związku z powyższym zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał wykonawcę do uzupełnienia zaświadczeń.

W wyznaczonym terminie wykonawca przedstawił:

1) zaświadczenie z 3 lutego 2015 r. o zmianie wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Sulęcín), dotyczące rozszerzenia działalności o wymagane kody odpadów, tj. 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07,

2) zaświadczenie z 3 lutego 2015 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Skwierzyna wskazujące na dodanie kodów odpadów komunalnych 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07,

3) zaświadczenie z 4 lutego 2015 r. o dokonaniu zmiany w rejestrze działalności regulowanej poprzez dodanie kodów odpadów 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07 na teren gminy Międzyrzecz. Zamawiający uznał, że z przedstawionych w ramach uzupełnienia dokumentów zaświadczeń wynika, że na dzień składania ofert, tj. 27 stycznia 2015 r. wykonawca nie spełniał wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie było sporne między stronami, że wpisy do ewidencji zostały zmienione – i objęły kody

15 01 01, 15 01 02 i 15 01 07 – dopiero po otrzymaniu przez odwołującego wezwania do uzupełniania dokumentów, a więc po upływie terminu składania ofert.

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych „zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.”

Tym samym z powyższego przepisu wynika jednoznacznie, że chociaż dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą być uzupełniane po terminie składania ofert, to muszą potwierdzać spełnianie przez wykonawcę tych warunków nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Odwołujący natomiast co prawda przedłożył zamawiającemu zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej dla kodów 15 01 01, 15 01 02 i 15 01 07, ale wskazujące na to, że stosownych wpisów dokonano dopiero po terminie składania ofert.

Tym samym zamawiający nie mógł uznać, że dokumenty zostały uzupełnione prawidłowo, a wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Konsekwencją zaś była konieczność wykluczenia wykonawcy stosownie do dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W rozdziale VII ust. 1 pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wyraźnie i jednoznacznie wskazał kody, których wymagał w stosunku do ww. zaświadczeń. Zarówno wykonawca, jak i zamawiający postanowieniem tym byli związani i po upływie terminu składania ofert zamawiający, nawet gdyby chciał, nie mógł zmienić swoich wymogów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż naruszałoby to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jeśli odwołujący miał jakieś zastrzeżenia co do wymagań zamawiającego, powinien był zakwestionować postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia – albo

wnioskować o jej zmianę – po jej opublikowaniu przez zamawiającego, a nie dopiero po upływie terminu składania ofert.

Nawet jeśli wykonawcy, w związku z treścią art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie przysługiwało odwołanie, mógł w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, o której mowa w art. 181 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

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. 3 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).

Przewodniczący: