

Sygn. akt: KIO 224/13

## WYROK

z dnia 11 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 lutego 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **1 lutego 2013 r.** przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowo - Produkcyjne Wer Sp. z o.o., ul. Ks. Piotra Gołąba 21, 46-040 Schodnia**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Opole, Rynek - Ratusz, 45-015 Opole**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowo - Produkcyjne Wer Sp. z o.o., ul. Ks. Piotra Gołąba 21, 46-040 Schodnia**,
  - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł**, (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowo - Produkcyjne Wer Sp. z o.o., ul. Ks. Piotra Gołąba 21, 46-040 Schodnia** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Opolu**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Opróżnianie i dzierżawę koszy na ulicach m. Opola w latach 2013-2014” o wartości przekraczającej kwotę wskazaną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, (Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich: z 13.11.2012 r. Nr 2012/S 218 – 359567), w dniu 1 lutego 2013 r. zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowo - Produkcyjne Wer Sp. z o.o. (nazywanym dalej WER) z siedzibą w miejscowości Schodnia, w kopii przekazane zamawiającemu również dnia 1 lutego 2013 r.

Wniesienie odwołania nastąpiło w następstwie powiadomienia za pośrednictwem faksu w dniu 24 stycznia 2013 r. o unieważnieniu postępowania.

Wobec podjętych niżej opisanych czynności oraz zaniechań czynności nakazanych ustawą Pzp, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Miastu Opole naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp, tj.:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, przez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że postępowanie o udzielenia przedmiotowego zamówienia obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą nieuniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego - gdy tymczasem brak było wad postępowania, które obligują zamawiającego do unieważnienia przetargu,
2. art. 146 ust. 6 Pzp, przez jego niewłaściwe zastosowanie - poprzez przyjęcie, że umowa zawarta w wyniku niniejszego postępowania podlegałaby unieważnieniu z uwagi na dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania - gdy tymczasem brak podstaw do przyjęcia, że ewentualne uchybienia zamawiającego mogły w chwili unieważnienia przetargu mieć wpływ na wynik postępowania,
3. art. 7 ust. 1 Pzp, przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji - poprzez wywodzenie de facto negatywnych konsekwencji wobec WER, motywowanych naruszeniem zasady równego traktowania - właśnie wobec WER, gdy w chwili unieważnienia przetargu ewentualne uchybienia mogące wprowadzać w błąd wykonawcę, zostały już usunięte.

W związku z powyższym, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania „*od unieważnienia i nakazanie zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty WER.*”

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że zamawiający informacją z dnia 21 stycznia 2013 r., doręczoną WER w dniu 24 stycznia za pośrednictwem faksu poinformował o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia dotyczącego opróżniania i dzierżawy koszy na ulicach m. Opola w latach 2013-2014. Jako przyczynę unieważnienia wskazano fakt, że w ogłoszeniu o przetargu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zamieścił jedynie warunek „posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania”. Jednocześnie zaś zażądał jedynie oświadczenia o tak sformułowanym spełnianiu warunków do udziału w postępowaniu przetargowym. Zdaniem zamawiającego nie dokonując opisu uprawnień do wykonywania określonej działalności - w tym wypadku wymogu zezwolenia na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie zezwolenia na transport odpadów oraz wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych - spowodował rozbieżność w rozumieniu warunku przez wykonawców oraz pozostawił decyzje o rodzaju i zakresie niezbędnych uprawnień wykonawcom. Tym samym spowodowało to wadę postępowania niemożliwą do usunięcia, która stanowi obligatoryjną przesłankę unieważnienia umowy.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego. Podnosił, że przetarg nieograniczony rozpisany przez Miasto Opole na opróżnianie i dzierżawę koszy na ulicach m. Opola w latach 2013-2014 (oznaczenie sprawy IM-ZP.271.2.32.2012) w treści warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków zawierał m. in. wymóg posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Nadto jednym z warunków obciążających wykonawców było złożenie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie brak było w treści ww. dokumentów konkretnego wskazania na wymóg wynikający z art. 28 ustawy o odpadach dotyczący posiadania zezwolenia dla prowadzenia działalności w zakresie transportu odpadów. Odwołujący WER jako jeden z trzech podmiotów przystąpił do przetargu składając swoją ofertę. Na dowód odwołujący powołał: 1) ogłoszenie o przetargu wraz ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, 2) ofertę wykonawcy WER.

Dalej odwołujący wyjaśniał, że po upływie terminu składania ofert i po otwarciu ofert zamawiający pismem z dnia 14 stycznia 2013 r. wezwał WER do złożenia wyjaśnień, w szczególności w zakresie spełniania wymogu posiadania zezwolenia na transport odpadów.

W odpowiedzi WER złożył w dniu 17 stycznia 2013 r. wyjaśnienie, w którym potwierdził posiadanie zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów. Następnie w dniu 24 stycznia 2013 r. odwołujący się otrzymał informację o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia. Na dowód odwołujący podał: 1) pismo zamawiającego z dnia 14.01.2013 r. wzywające do złożenia wyjaśnień, 2) pismo WER z dnia 17.01.2013 r., 3) informację o unieważnieniu postępowania.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie jeśli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W pierwszej kolejności odwołujący kwestionował zasadność twierdzenia zamawiającego dotyczącego wadliwości przeprowadzonego postępowania. Uzyskanie uprawnień, decyzji czy też zezwoleń niezbędnych do prowadzenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia zawsze należy do obowiązków wykonawcy niezależnie od tego czy uczestniczy w zamówieniach publicznych z zastosowaniem Prawa zamówień publicznych. Obowiązek ich posiadania wynika z generalnej zasady wykazania się przez wykonawców prowadzeniem działalności gospodarczej zgodnie z ustanowionymi przepisami. Zatem każdy z trzech wykonawców składających oferty musiał mieć świadomość posiadania obowiązujących dokumentów co do treści i aktualności i w żadnym wypadku nie mogło być dobrowolności w ich wyborze. Składając oferty w przedmiotowym postępowaniu, wykonawcy musieli liczyć się z możliwością wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń, które wymagał zamawiający, jeżeli ten prowadząc postępowanie, będzie miał jakiegokolwiek wątpliwości czy dany wykonawca obowiązujące go dokumenty posiada. Wobec powyższego, w ocenie odwołującego - również nie może być mowy, że o rodzaju i zakresie wymaganych dokumentów decydowała u wykonawców dowolność w ich wyborze. W przedmiotowym postępowaniu wszyscy trzej wykonawcy składający oferty złożyli oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, mając na uwadze prawny obowiązek posiadania właściwych dokumentów. Wszyscy trzej wykonali lub są w trakcie wykonywania takich samych usług co przedmiot zamówienia, u innych zamawiających, co udowodnili w złożonych ofertach. Jedynie w przypadku wykonawcy WER zamawiający miał wątpliwości i wystąpił w trybie art. 26 ust. 4 Pzp z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do oświadczenia, dotyczącego posiadania przez WER zezwolenia na transport odpadów. W wyznaczonym terminie odwołujący złożył informacje potwierdzające posiadanie ważnego zezwolenia. W swoim uzasadnieniu pisma o unieważnieniu postępowania - zamawiający nie przytoczył żadnych dowodów stwierdzających dowolności czy też rozbieżności po stronie wykonawców w wyborze wymaganych dokumentów. Powołane wyżej

rzeczywiste zachowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu – w przekonaniu odwołującego, zaprzeczają tezie, iż rzekome wadliwe poprowadzenie postępowania przez zamawiającego uniemożliwiło im złożenie ofert niepodlegających odrzuceniu, a także zaprzeczają twierdzeniu, że wykonawcy nie dysponowali koniecznymi zezwoleniami i decyzjami, czyniącymi ich zdolnymi do wykonania przedmiotowej usługi zgodnie z przepisami.

Jednocześnie odwołujący zwrócił uwagę, iż został również wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia nowego oświadczenia na potwierdzenie posiadania wymaganego doświadczenia (złożone w ofercie zamawiający uznał za niewystarczające). Odwołujący uzupełnił oświadczenie - pozostając w przekonaniu, że jego oferta nie podlega odrzuceniu i nie występuje konieczność unieważnienia postępowania. Gdyż zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców m. in. do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Na dowód: przywołał 1. pismo zamawiającego z dnia 27.12.2012 r., 2. Odpowiedź WER z 31.12.2012 r.

Dowodzi to zdaniem odwołującego - braku istnienia wady, na którą powołuje się zamawiający. W przedmiotowym postępowaniu stosownie do art. 26 ust. 4 Pzp zamawiający wystąpił z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia, związanych z posiadaniem przez odwołującego zezwolenia na transport odpadów. Zatem dowodzi to, że sam zamawiający nie uznawał do tego momentu niniejszego postępowania jako prowadzonego wadliwie i to w stopniu uzasadniającym jego unieważnienie.

Odwołujący zaznaczał, że nawet gdyby przyjąć, że postępowanie było obarczone wadliwością i że ogłoszenie oraz specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie wskazywała wprost jakie uprawnienia są wymagane, nie sposób uznać takiego uchybienia za spełniający warunek z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Wada postępowania stanowiąca podstawę jego unieważnienia musi spełniać jednocześnie dwa warunki: po pierwsze musi zaistnieć wada tak istotna, że nie jest ona możliwa do usunięcia w toku postępowania, a po drugie musi uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. W przeświadczeniu odwołującego, żadnej ze wspomnianych przesłanek zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu informacji z dnia 21 stycznia 2013 r. Wada, która stanowi podstawę unieważnienia postępowania musi mieć charakter nieusuwalny i to na jakimkolwiek etapie postępowania, w którejkolwiek z sanacyjnych procedur. Jednocześnie jako bezpośredni związek przyczynowy takiej wady postępowania, musi zaistnieć niemożność zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zamawiający powołał się w swojej informacji na treść art. 146 ust. 6 Pzp, stanowiący, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie

umowy, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W ocenie odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający winien wykazać, że w postępowaniu wystąpiła istotna, a zarazem nieusuwalna wada postępowania, a ponadto, że wada ta miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący utrzymywał, że przytoczona argumentacja zamawiającego nie daje podstaw do uznania, że spełnione zostały przesłanki art. 93 ust. 1 pkt 7 oraz art. 146 ust. 6 Pzp. Gdyby uznać, że niewłaściwie skonstruowane ogłoszenie o przetargu i specyfikacja istotnych warunków zamówienia wpłynęła na działania poszczególnych pomiotów przystępujących do przetargu, mogąc jednocześnie wprowadzić ich w błąd co do konkretnych wymogów stawianych wykonawcy w realizacji zamówienia, ustalić by wówczas należało, jakie były rzeczywiste konsekwencje takiego postępowania zamawiającego. W toku postępowania sprawdzającego oferty, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp zamawiający wezwał WER do złożenia wyjaśnień i wykazania, że posiada zezwolenie wymagane zgodnie z art. 28 ustawy o odpadach. Tym samym, nawet gdyby do tego momentu treść ogłoszenia oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadziła do błędnej interpretacji wymogu posiadania wymaganych uprawnień do wykonywania zamówienia, zamawiający poprzez wspomniane wezwanie dokonał wobec wykonawcy konkretyzacji tego warunku. Ewentualne rozbieżności, o których wspomina zamawiający, dotyczące rozumienia ww. warunku, z tą chwilą zostałyby usunięte, a zatem zdaniem odwołującego, nie może być mowy o wadliwości niedającej się usunąć, prowadzącej do unieważnienia przetargu. Bezzasadne jest w tej sytuacji także stwierdzenie, jakoby treść ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogły prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro bowiem finalnie wykonawca został wezwany do poświadczenia wskazanych uprawnień, nie można wysuwać zarzutu, że mógł być on pokrzywdzony z punktu widzenia tych zasad.

Odwołujący zaznaczał, że uprawnionym jest twierdzenie, że to właśnie unieważnienie postępowania przez zamawiającego narusza zasadę określoną w art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W niniejszej sprawie zamawiający *de facto* motywuje bowiem unieważnienie postępowania pokrzywdzeniem jednego z uczestników postępowania wskutek wprowadzenia go w błąd, a równocześnie pomija całkowicie fakt, że skutki tego działania zostały usunięte (sanowane) w toku postępowania (w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 4 Pzp), a w chwili podejmowania decyzji o unieważnieniu postępowania żadne wątpliwości co do rodzaju i zakresu wymaganych uprawnień istnieć już nie mogły. Tymczasem, jak wskazuje

się w doktrynie, wada o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp musi istnieć w momencie podejmowania decyzji o unieważnieniu przetargu (tak np. P Granecki komentarz do art. 93 Prawa zamówień publicznych, C. H. Beck, 2012). Nadto wskazuje się, że decyzji o unieważnieniu postępowania zamawiający nie może podjąć na podstawie domniemań i przypuszczeń, tym bardziej jeżeli istnieje realne prawdopodobieństwo, że zamówienie będzie wykonane zgodnie z wymaganiami zamawiającego (por. wyr. KIO z 22.3.2010 r., KIO/UZP 210/10) - tymczasem w niniejszym postępowaniu – zdaniem odwołującego - nie ulega wątpliwości, że wszyscy wykonawcy, w tym również odwołujący WER, spełniali w chwili unieważnienia przetargu wymogi dotyczące niezbędnych zezwoleń, nie zakwestionowano także spełnienia innych wymagań zamawiającego, a tym samym brak jest podstaw do zakwestionowania możliwości wykonania zamówienia przez któregokolwiek z uczestników przetargu.

Odnosząc się zaś do przywołanej podstawy prawnej czynności zamawiającego - art. 146 ust. 6 Pzp odwołujący wskazał, że nie daje on podstaw dla wystąpienia przez Prezesa Urzędu do sądu o unieważnienie umowy zawartej w wykonaniu unieważnionego przetargu. Niezbędnym wymogiem takiego wystąpienia jest bowiem zaistnienie czynności z naruszeniem ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Jak wynika z przedstawionych wyżej okoliczności postępowania, ewentualne uchybienia leżące po stronie zamawiającego nie mogłyby mieć ostatecznie żadnego wpływu na rozstrzygnięcie przetargu, skoro, jak już wskazywano, wszyscy uczestnicy postępowania przetargowego w chwili jego unieważnienia spełniali wszystkie warunki, również w zakresie posiadania niezbędnych zezwoleń. Kontynuacja postępowania, jak przekonywał odwołujący - nie prowadziłaby zatem do pokrzywdzenia żadnego z uczestników, którzy na równych prawach oczekiwali na ostateczne rozstrzygnięcie przetargu zgodnie z przyjętym przez zamawiającego kryterium.

Mając powyższe na uwadze uznał, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia zostało dokonane w sposób bezzasadny, a zatem winno być uchylone. Podkreślał, że unieważnienie postępowania przez zamawiającego należy uznać za sprzeczne z interesem publicznym. Mając na uwadze fakt, że oferta WER była najkorzystniejsza, a jednocześnie nie była dotknięta wadami wykluczającymi go z udziału w przetargu, doprowadzenie do rozstrzygnięcia przetargu w dotychczasowym postępowaniu i wybór najkorzystniejszej oferty stanowić powinno wyraz dbałości o stan finansów komunalnych. Nie ulega wątpliwości, że po unieważnieniu niniejszego postępowania, zamawiający będzie musiał ogłosić nowe postępowanie o tym samym tytule. Zarzucał, że już teraz widoczny jest zamiar takiego określenia warunku udziału w postępowaniu, aby WER nie mógł mu sprostać. Jest również wysoce wątpliwe uzyskanie ceny obecnej oferty WER.



Na wezwanie zamawiającego z dnia 4 lutego 2013 r. do postępowania odwoławczego zgłosił w dniu 7 lutego 2013 r., pisemne przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca Remondis Opole Sp. z o.o., który wnosił o oddalenie odwołania oraz stwierdził, że *"Unieważniając postępowanie z powodów przywołanych w uzasadnieniu informacji o unieważnieniu, [zamawiający] naruszył obowiązujący porządek prawny, bowiem brak było podstaw do podjęcia decyzji w tym względzie. Czynności podjęte przez Zamawiającego w toku rzeczonoego postępowania uznać należy jednak za słuszne i zgodne z obowiązującym porządkiem prawnym. Zamawiający w sposób jednoznaczny opisał w specyfikacji przedmiot zamówienia, jednakże nie doprecyzował wymogów udziału w postępowaniu oraz sposobu ich weryfikacji, podczas gdy okoliczność ta ma istotne znaczenie w sprawie. Realizacja przedmiotu objętego zamówieniem obwarowana jest licznymi regułami wpływającymi wprost z przepisów regulujących tę dziedzinę działalności. Miasto Opole przyjmując opis wymogów udziału w postępowaniu oraz sposób ich oceny w brzmieniu dotychczasowym, naruszyło obowiązujące przepisy, bowiem dopuściło możliwość złożenia oferty i w konsekwencji realizację przedmiotu zamówienia przez podmiot do tego nieuprawniony - nie posiadający stosownych zezwoleń i uprawnień. Tym samym; wybór wykonawcy dokonany z naruszeniem prawa implikuje nieważność zawartej umowy, bowiem niemożliwe jest realizowanie zamówienia przez podmiot, który nie został skutecznie i prawidłowo zweryfikowany w zakresie posiadania uprawnień do realizacji przedmiotu objętego postępowaniem. Niemożliwość prawidłowej oceny i porównania ofert stanowi również naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych a więc fundamentalnych zasad polskiego systemu zamówień publicznych. W tym stanie rzeczy podkreślenia wymaga również okoliczność, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o wysoce sformalizowanym charakterze, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie Zamawiającego (m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.07.2005 r., sygn. akt- V Ca 592/05)."*

W dniu 7 lutego 2013 r. odwołujący zgłosił w trybie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp opozycję przeciw przystąpieniu przez wykonawcę Remondis Opole Sp. z o.o., wywodząc, iż zgłaszający przystąpienie nie wykazał, że ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, skoro zaskarżona odwołaniem czynność polega na unieważnieniu postępowania przetargowego.

Izba z urzędu postanowiła nie dopuścić przystępującego do udziału w sprawie, gdyż nie wykazał on interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił - co stanowi nieodzowny warunek skuteczności przystąpienia jak stanowi art. 185 ust 2 ustawy. Izba w ogólności nie przyznaje wykonawcom interesu w popieraniu czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania. W takim bowiem przypadku

prorowadzone postępowanie przetargowe kończy się bez wyboru oferty – co nie leży w interesie żadnego z wykonawców - uzyskania zamówienia w wyniku rozstrzygnięcia oznaczonego postępowania przetargowego. Tym samym, Izba uwzględniła również opozycję odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie nie uwzględnił zarzutów odwołującego, podtrzymał ustalenia zawarte w powiadomieniu z dnia 24 stycznia 2013 r. o wynikach przetargu. Zamawiający szczegółowo odniósł się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu w następujący sposób: *„Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Opróżnianie i dzierżawę koszy na ulicach m. Opola w latach 2013 - 2014” wymagał, zgodnie z dyspozycją art. 44 Prawa złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający dokonał uszczegółowienia opisu udziału w postępowaniu dla warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Prawa. Nie określono wymagań dotyczących posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, co w konsekwencji doprowadziło do udziału w postępowaniu wykonawcy, który na dzień składania ofert nie posiadał uprawnień do prowadzenia działalności będącej przedmiotem zamówienia.*

*Zgodnie z art. 75 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010r. Nr 220 poz.1447 z późn. zm.) w związku z art. 28 ustawy o odpadach (Dz. U. z 2010r. Nr 185 poz.1243 z późn. zm.) prowadzenie działalności gospodarczej będącej przedmiotem zamówienia wymaga zezwolenia na transport odpadów oraz zezwolenia w zakresie odbioru odpadów lub wpisu do rejestru działalności regulowanej.*

*Brak postawienia wymogu złożenia ww. dokumentów w celu potwierdzenia posiadania prawa do prowadzenia działalności będącej przedmiotem zamówienia, w sytuacji gdy zamawiający otrzymał informację od Przystępującego o poświadczeniu nieprawdy przez Odwołującego polegającej na złożeniu oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w tym posiadaniu wymaganych uprawnień do prowadzenia działalności będącej przedmiotem zamówienia, podczas gdy Odwołujący nie posiadał stosownym uprawnień, tj. zezwolenia na transport odpadów aktualnego na dzień składania ofert, nie pozwala na rzetelną ocenę ofert, a w konsekwencji na wybór wykonawcy posiadającego uprawnienia do prowadzenia działalności będącej przedmiotem zamówienia oraz stanowi naruszenie art. 22 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 1 Prawa i § 1 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.*

*W związku z tym, że Zamawiający nie określił jakie dokumenty będą potwierdzały spełnienie warunku wynikającego z art. 22 ust. 1 pkt 1 Prawa, nie mógł wymagać ich złożenia na etapie badania ofert. Mając na uwadze prawdopodobieństwo zawarcia umowy z naruszeniem przepisów Prawa polegającym na zawarciu umowy z Odwołującym, który na dzień składania ofert nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, zamawiający postanowił unieważnić postępowanie, jako obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp).*

*Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa nie zasługuje na uwzględnienie. W sytuacji, gdy zamawiający nie sprecyzował jakich dokumentów wymaga od wykonawców, nie mógł ich zażądać w trakcie badania i oceny ofert. Postępowanie wyjaśniające, jakie przeprowadził zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa potwierdziło, że Odwołujący nie posiadał ważnego na dzień składania ofert zezwolenia na transport odpadów. Błędne zatem jest dowodzenie Odwołującego jakoby zamawiający wadliwie poprowadził postępowanie, nie uznając prawidłowości oferty złożonej przez Odwołującego.*

*Z treści art. 26 ust 3 Prawa wynika, że „(...) złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert”. Z treści wyjaśnień, jakie złożył Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wynika, że zezwolenie na transport odpadów uzyskał on dnia 15.01.2013 r., tj. po upływie terminu składania ofert (19.12.2012 r.).*

*Zamawiający wychodzi z założenia, że nieprecyzyjne zapisy w SIWZ, w tym wypadku brak precyzyjnego warunku dotyczącego posiadanych uprawnień, nie powinny obciążać wykonawców i zdecydował o unieważnieniu postępowania. Stanowisko powyższe znalazło uzasadnienie w wyroku KIO z dnia 17 maja 2012 r. ( KIO 892/12), gdzie w podobnym stanie prawnym czytamy: „(...) na zamawiającym ciąży obowiązek sporządzenia specyfikacji (oraz ogłoszenia o zamówieniu) zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.- Prawo zamówień publicznych. W rozpoznawanym zakresie zamawiający jest zobligowany do stosowania art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, czyli tak zredagować specyfikację i ogłoszenie o zamówieniu, aby o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się tylko wykonawcy posiadający odpowiednie uprawnienia do wykonywania określonej działalności, gdy przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. (...) Dlatego zamawiający ma obowiązek żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,*

na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, a nie tylko może żądać tych dokumentów, co mogłoby być gdyby wartość zamówienia była mniejsza, kiedy miałby zastosowanie art. 26 ust. 2 Pzp.

Przepis art. 22 ust. 1 Pzp jest przepisem wymagającym od zamawiającego skonkretyzowania wymagań na podstawie uregulowań rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), a w rozpoznawalnej sprawie - § 1 ust. 1 pkt 1. W przepisie tym jest mowa o żądaniu od wykonawców koncesji, zezwolenia lub licencji w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Zamawiający musi dokonać opisu sposobu oceny tego warunku w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji, gdyż rozpoznawane postępowanie jest określone w art. 26 ust. 1 Pzp. (...)

Zamawiający nie żądał w ogłoszeniu o zamówieniu odpowiedniego dokumentu, a w związku z tym, że zamawiający był obowiązany do żądania takiego dokumentu już na tym etapie postępowania, to skład orzekający Izby stwierdza, że zaszła przesłanka do unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, gdyż postępowanie obarczone jest wadą, bo zamawiający nie może w obecnym stadium postępowania zmienić specyfikacji oraz ogłoszenia o zamówieniu, a w konsekwencji nie może żądać od wykonawców uzupełnienia ofert o dokument, którego nie wymagał, czyli nie może zastosować art. 26 ust. 3 Pzp. W związku z brakiem żądania omawianego dokumentu w specyfikacji i ogłoszeniu, zamawiający nie będzie mógł wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy w prawidłowo przeprowadzonej procedurze nie spełnialiby warunków udziału w postępowaniu".

W świetle powyższego nie znajduje również uzasadnienia zarzut naruszenia art. 146 ust. 6 Prawa, który stanowi o możliwości wystąpienia Prezesa UZP do sądu z wnioskiem o unieważnienie umowy, która została zawarta wskutek czynności bądź zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania. Wada postępowania polegająca na nieokreśleniu warunku posiadania wymaganych uprawnień do prowadzenia działalności będącej przedmiotem postępowania jest nieusuwalna na etapie badania i oceny ofert. Fakt, który przytacza Odwołujący, że w momencie zawierania umowy posiadałby wymagane zezwolenie nie może zostać uznany za wystarczający do uznania, że usunięto wadę postępowania.

Przepis art. 26 ust. 3 Prawa określa jasno, że warunki udziału w postępowaniu winny być spełnione nie później niż w dniu składania ofert, a nie jak twierdzi Odwołujący w dniu

*unieważnienia postępowania. Terminu składania ofert nie można w żaden sposób przywrócić, stąd słuszne jest twierdzenie o nieusuwalności istotnej wady postępowania.*

*Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO, w wyrokach: KIO/UZP 1249/09, KIO/UZP 538/09, KIO/UZP 623/12, KIO/UZP 474/11, KIO/UZP 293/11.*

*Zamawiający przeprowadzając postępowanie z zachowaniem uczciwej konkurencji i mając na względzie równe traktowanie wykonawców (art. 7 Prawa) nie może doprowadzić do sytuacji, w której oferta wykonawcy zostanie uznana za najkorzystniejszą w wyniku uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa, które potwierdzą spełnianie warunków udziału po upływie terminu wyznaczonego na składanie ofert. Takie podejście doprowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców i mogłoby skutkować wyborem wykonawcy, który wobec braku wymaganych uprawnień nie posiadałby doświadczenia wymaganego dla realizacji umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

*Konkludując, Zamawiający unieważniając postępowanie o udzielenie zamówienia nie dopuścił do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie.”*

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, korespondencji stron. Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia stanowi: „Opróżnianie i dzierżawa koszy na ulicach m. Opola w latach 2013-2014.” Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwotę wskazaną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ogłoszeniu o przetargu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zamieścił jedynie warunek dla uczestnictwa w przetargu „posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania”. Jednocześnie zaś dla wykazania powyższego, zażądał jedynie

oświadczenia o spełnianiu tak sformułowanego warunku w zakresie posiadania wymaganych uprawnień upoważniających do złożenia oferty i ubiegania się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Dnia 14 stycznia 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego WER do złożenia wyjaśnień, w szczególności w zakresie spełniania wymogu posiadania zezwolenia na transport odpadów, pisząc: *„Wykonawca złożył w ofercie oświadczenie na podstawie art. 22 ust. 1 Prawa dotyczące m.in. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania - Zgodnie z art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. 2007 nr 39 poz. 251 z późn. zm.) transport odpadów wymaga uzyskania zezwolenia. Przedmiot zamówienia obejmuje wywóz odpadów na wysypisko, więc każdy wykonawca biorący udział w ww. postępowaniu zobowiązany jest do posiadania zezwolenia na transport odpadów. Wykonawca złożył dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, z których wynika, iż świadczył usługi w zakresie opróżniania i dzierżawy koszy ulicznych wraz z wywozem odpadów komunalnych, które mogą być wykonywane przez podmioty posiadające wymagane zezwolenie.*

*Mając na uwadze powyższe na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień czy posiada zezwolenie w formie decyzji na transport odpadów.”*

W odpowiedzi - WER złożył w dniu 17 stycznia 2013 r. wyjaśnienie, w którym potwierdził posiadanie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów: *”Składając na Państwa wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących naszego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, w tym w szczególności warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt. 1 Pzp wyjaśniamy co następuje.*

- 1. Posiadamy ważne zezwolenie na transport odpadów na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, wydane przez Starostę Opolskiego w dniu 15.01.2013 r. Nr OŚ. 6263.2.2013 MDZ. Na żądanie Zamawiającego możemy okazać wyżej wymienione zezwolenie.*
- 2. W SIWZ Zamawiający nie wymagał złożenia w ofercie dokumentu w postaci wyżej wymienionego zezwolenia - nie uszczegółowił warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt. 1 Pzp. Wymagane było jedynie złożenie oświadczenia o spełnieniu warunków postępowaniu, które złożyliśmy zgodnie ze stanem faktycznym, gdyż wykonując usługi w zakresie opróżniania i dzierżawy koszy ulicznych wraz z wywozem odpadów, posługiwaliśmy się kooperantem posiadającym wymagane i aktualne zezwolenie na transport odpadów. Zatem nasze oświadczenie jest zgodne z wymogiem art. 22 ust. 1 pkt. 1 Pzp. Posługiwanie się kooperantem nie umniejsza*

*naszego doświadczenia jako wykonawcy umów na usługi opróżniania koszy ulicznych.*

*3. W złożonej ofercie nie wykazaliśmy podwykonawstwa, co wskazuje nas jako samodzielnego wykonawcę całego przedmiotu zamówienia. Działając w tym postanowieniu złożyliśmy w Starostwie Powiatowym wniosek o wydanie zezwolenia, którym, co wyżej wykazaliśmy dysponujemy od 15.01.2013 r. Ponieważ do dnia dzisiejszego Zamawiający nie rozstrzygnął postępowania, zatem wydanie zezwolenia potwierdza spełnienie warunku posiadania przez nas uprawnień do wykonania usług określonych w toczącym się postępowaniu, a nasze oświadczenie o spełnieniu warunków w tym postępowaniu jest również zgodne ze stanem faktycznym.”*

Następnie w dniu 24 stycznia 2013 r. odwołujący się otrzymał powiadomienie zamawiającego o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia o następującej treści: *„Uzasadnienie prawne: Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

*Uzasadnienie faktyczne: Wykonawca w postępowaniu zobowiązany jest do wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Prawa za pomocą dokumentów. Zamawiający żąda niezbędnych dokumentów wymaganych od Wykonawcy w zakresie w jakim dokonał ich opisu w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

*Zamawiający w ww. postępowaniu nie dokonał opisu w zakresie spełniania warunku z art. 22 ust. 1 pkt 1 Prawa, tj. „posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania”, a żądał jedynie złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.*

*Zgodnie z art. 75 ust. 1 Ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010r. Nr 220 poz. 1447 z późn. zm.) wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie będącym przedmiotem niniejszego postępowania wymaga zezwolenia w związku z art. 28 Ustawy o odpadach (Dz. U. 7. 2010 r. Nr 185 póź. 1243 z późn. zm.) oraz wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Opole w związku z art. 9 c Ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r., poz. 391). Mając na uwadze powyższe Zamawiający stwierdza, iż nie dokonując opisu uprawnień do wykonywania określonej działalności lub*

*czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w ogłoszeniu i siwz, pozostawił decyzję o rodzaju i zakresie niezbędnych uprawnień Wykonawcy, co prowadzi do błędnej ich interpretacji, jak również czym mógł naruszyć zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Brak opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w zakresie wymaganych uprawnień poprzez nieokreślenie przez Zamawiającego przejrzystych zasad, jakimi będzie się kierował przy podejmowaniu decyzji dotyczących spełniania warunków określonych w siwz spowodował rozbieżności w rozumieniu warunku przez Wykonawców. Jest to wada niemożliwa do usunięcia i obligatoryjna przesłanka unieważnienia umowy, gdyż prowadzi do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu ze względu na brzmienie art. 146 ust. 6 Prawa, który stanowi że „Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Brak jasnej informacji o tym, jakie uprawnienia pozwalają na udział w przetargu, a szczególnie zróżnicowanie zachowań Wykonawców wskutek tego zaniechania zawsze może mieć wpływ na wynik postępowania.”*

Oferty złożyło 3 wykonawców:

- odwołujący PUHP WER Sp. z o.o. – cena 1 570 025,27 zł brutto,
- Remondis Opole Sp. z o.o. - cena 1 730 769,12 zł brutto,
- Remondis Gliwice Sp. z o.o. - cena 2 137 467,64 zł brutto.

Jedynym kryterium oceny ofert została ustalona najniższa cena.

Odwołujący złożył w ofercie oświadczenie własne, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w tym w odniesieniu do posiadania uprawnień do wykonywania działalności oraz, że nie będzie w trakcie realizacji zamówienia korzystał z pomocy podwykonawców.

Odwołujący załączył w dokumentach oferty zaświadczenie z 14 listopada 2012 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Opole, wydane na podstawie art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. z 2012 r., poz. 391).

Wykonawca Remondis Opole Sp. z o.o. zwracał się z wnioskiem do Prezydenta Miasta Opoli z dnia 16 stycznia 2013 r. wskazując na podstawy do wykreślenia odwołującego z rejestru działalności regulowanej oraz o wydanie zakazu wykonywania działalności objętej



wpisem, z uwagi na nieprzystosowanie firmy odwołującego do świadczenia usług odbierania odpadów i ich transportu.

Wykonawca Remondis Opole Sp. z o.o. zwracał się z zawiadomieniem z dnia 9 stycznia 2013 r. o popełnieniu przestępstwa przez odwołującego - do Prokuratury Rejonowej w Opolu naruszenia art. 297 § 1 k.k. w związku z ubieganiem się o udzielenie przedmiotowego zamówienia przez odwołującego, mimo że nie posiada on koniecznych uprawnień, tj. zezwoleń wymaganych przy świadczeniu danych usług.

Kopie powyższych pism wykonawca Remondis Opole Sp. z o.o. przekazał zamawiającemu.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację uprawniającą do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jest wykonawcą ubiegającym się o przedmiotowe zamówienie, który złożył ofertę z najniższą ceną - wykazanie zatem, że kwestionowana czynność unieważnienia postępowania została podjęta z naruszeniem ustawy, potwierdzałoby że czynność taka mogła narażać odwołującego na poniesienie szkody.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania należało mieć na względzie odnośne uregulowania prawne, które powinny znaleźć zastosowanie w okolicznościach faktycznych danej sprawy.

Ustawa Pzp postanawia w art. 22 ust. 1 pkt 1, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Zgodnie z art. 22 ust. 3 Pzp opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków zamawiający ma obowiązek zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ.

Z kolei przepis art. 25 ust. 2 ustawy Pzp zawiera odesłanie do przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), a w rozpoznawalnej sprawie - do § 1 ust. 1 pkt 1. W przepis ten upoważnia zamawiającego do żądania od wykonawców koncesji, zezwolenia lub licencji w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których stanowi art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Z dyspozycji art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 8 tej ustawy wynika, że ze względu na wartość przedmiotu zamówienia, zamawiający nie mógł poprzestać jedynie na

oświadczeniu wykonawcy o posiadaniu stosownych zezwoleń, gdyż przepis art. 26 ust. 1 Pzp obliguje zamawiającego do żądania od wykonawcy dokumentów na wykazanie spełnienia warunków udziału. Przepis art. 44 ustawy Pzp stanowi, że wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków, również te dokumenty.

Bezsprzecznie zamawiający nie żądał złożenia żadnych zezwoleń od wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Wymagał jedynie oświadczenia, iż wykonawca posiada stosowne uprawnienia, na podstawie których w razie uzyskania zamówienia i zawarcia umowy na wykonywanie usług byłby uprawniony do ich świadczenia w zgodności z odrębnymi przepisami. Zamawiający w sposób jednoznaczny opisał w specyfikacji przedmiot zamówienia, jednakże nie doprecyzował wymogów udziału w postępowaniu oraz sposobu ich weryfikacji, podczas gdy okoliczność ta ma istotne znaczenie w sprawie. Realizacja przedmiotu objętego zamówieniem obwarowana jest licznymi obostrzeniami wypływającymi wprost z przepisów regulujących tę dziedzinę działalności. Zgodnie z art. 75 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2010r. Nr 220 poz. 1447 z późn. zm.) wykonywanie działalności w zakresie będącym przedmiotem niniejszego postępowania, tj. gospodarowania odpadami wymaga zezwolenia w związku z art. 28 ustawy o odpadach (Dz. U. 7. 2010 r. Nr 185 póź. 1243 z późn. zm.) oraz wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Opole w związku z art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r., poz. 391). Przy czym różny jest zakres udzielanych zezwoleń, może obejmować: odbiór, zbieranie, gromadzenie, przechowywanie, transportowanie, uzdatnianie, unieszkodliwianie, przetwarzanie odpadów, itp. Istotna jest również kategoria odpadów, której dotyczy zezwolenie, np. komunalne, niebezpieczne itp. tudzież zasięg terytorialny posiadanego zezwolenia.

W obszarze omawianego postępowania nie występuje jeden rodzaj zezwolenia, który mógłby z łatwością zostać zidentyfikowany przez wykonawców ubiegających się o to zamówienie. Obowiązkiem zamawiającego było zatem dokładne i jednoznaczne określenie jakimi zezwoleniami ma się legitymować wykonawca, który będzie składał ofertę w przedmiotowym przetargu, a zatem jakich zezwoleń dotyczyć ma jego oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Należy mieć na uwadze, że wykonawca ponosi wszechstronną odpowiedzialność za prawdziwość składanych oświadczeń przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym (niezależnie od odpowiedzialności karnej na podstawie art. 297 § 1 k.k.) w razie podania nieprawdziwych informacji, które

miałyby wpływ na wynik postępowania - ryzykuje bycie wykluczonym z przetargu w oparciu o postanowienia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba w pełni podzieliła stanowisko zamawiającego, że dla podjętej czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania nie miało znaczenia, iż odwołujący uzyskał zezwolenie na transport odpadów z dnia 15 stycznia 2013 r. Każdorazowo bowiem wykonawca jest zobowiązany zgodnie z treścią przepisu art. 26 ust. 2a ustawy Pzp na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania (...) ofert spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Reguła ta znajduje jednolicie zastosowanie także w przypadku uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W wyniku uzyskanych od odwołującego wyjaśnień, zamawiający upewnił się, że pominięcie w opisie sposobu spełnienia warunków udziału - zakresu nieodzownych zezwoleń - spowoduje rozbieżności interpretacyjne wśród wykonawców, a także upewnił się że odwołujący na moment złożenia oferty nie posiadał zezwolenia na transport odpadów.

Wyrazem niezrozumienia odnośnych przytaczanych wyżej regulacji ustawowych przez odwołującego, jest powoływanie się na fakt, że wcześniej wykonywał tego rodzaju usługi, w tym transportu odpadów przy pomocy kooperanta. Okoliczność taka mogłaby bowiem być brana pod uwagę w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, co nie jest równoznaczne z posiadaniem indywidualnie nadawanych i nieprzenoszalnych uprawnień i zezwoleń na wykonywanie określonej działalności.

Bezspornie zamawiający poprzestał jedynie na powtórzeniu dyspozycji normy prawnej, a jako podstawę do oceny spełnienia omawianego warunku wymagał oświadczenia wykonawcy. Rzeczą powszechnie wiadomą, że w obrębie regulowanej działalności gospodarki odpadami - funkcjonują różne uprawnienia. Jeżeli nawet wprowadzono pewne ujednolicenie wymagań regulacjami które weszły w życie od 23 stycznia 2013 r., to Izba musiała uwzględnić, tak termin wszczęcia postępowania, jak i termin składania ofert - przypadający na 19 grudnia 2012 r. Spełnienie wymagań ustawa nakazuje oceniać na wyznaczony dzień składania ofert.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winno się toczyć według jasno sprecyzowanych reguł podanych z góry w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ, a zamawiający winien podejmować przewidywalne i weryfikowalne decyzje w oparciu o warunki, które ustanowił. Warunki te wiążą wykonawców i zamawiającego, który nie może od nich odstąpić w trakcie oceny ofert, ani też ich dookreślać w późniejszym terminie.

Po pierwsze zamawiający nie ma prawa oceniać ofert w oparciu o dokumenty, których nie podał w ogłoszeniu o zamówieniu, a więc składane przez odwołującego uzupełniająco decyzje wykazujące zakres posiadanych uprawnień nie mogły być brane pod uwagę. Izba także nie jest uprawniona aby dokonywać ich oceny w toku postępowania odwoławczego. Izba bowiem weryfikuje jedynie czynności zamawiającego pod względem zachowania wzorca ustawowego, nie zastępuje zamawiającego w jakichkolwiek czynnościach, które ustawo przynależą do jego kompetencji, w tym mieści się ocena ofert dokonywana w postępowaniu przetargowym, a nie w postępowaniu przed instytucją zewnętrzną jaką jest KIO uprawniona jedynie do nakazania powtórzenia bądź unieważnienia naruszających przepisy ustawy czynności zamawiającego, podjętych w toku postępowania przetargowego.

Przepis art. 44 Pzp uprawnia zamawiającego aby poprzestał on na oświadczeniach wykonawcy, o posiadaniu uprawnień do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia jedynie w określonych sytuacjach. Z uwagi na szeroki katalog tych uprawnień zamawiający winien wprost w ogłoszeniu o zamówieniu wskazać jakimi uprawnieniami ma się legitymować wykonawca i jakie uprawnienia winien uwzględnić przy składaniu oświadczenia, że spełnia warunki udziału.

Prawdą jest, podnoszona przed odwołującego okoliczność, że zarówno zamawiający jak i wykonawcy mają uprawnienia do sanowanie określonych nieprawidłowości w dokumentacji przetargowej, czy też wykonawca w złożonej ofercie. Ustawodawca zawarł ścisły wykaz tych uprawnień zarówno w odniesieniu do wykonawców jak i zamawiającego. Zamawiający może uzupełniać treść SIWZ i wprowadzać modyfikacje jedynie przed upływem terminu składania ofert, o czym stanowi art. 38 ust. 4 i 6 Pzp. Przy tym zmiana warunków udziału w postępowaniu, jako objęta treścią ogłoszenia wymaga obligatoryjnej zmiany ogłoszenia. Wykonawca zaś może składać jedynie uzupełniająco dokumenty i wyjaśnienia w zakresie wskazanym w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz prostować popełnione omyłki w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Po dacie składania ofert, jakiegokolwiek zmiany w SIWZ i w ogłoszeniu nie są dozwolone.

W ocenie Izby, zamawiający prawidłowo unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Stwierdzone wady postępowania mogły bowiem mieć znaczący wpływ na jego wynik, gdyż z uwagi na sprzeczne z regułami ustawowymi niesprecyzowanie sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie można było na warunkach porównywalnych doprowadzić do wyboru oferty. Zachodziły wszelkie podstawy do stwierdzenia, iż jest ono obarczone wadą nieusuwalną i niemożliwą do usunięcia na rozważanym etapie postępowania. Zamawiający nie mógł uzupełnić treści ogłoszenia i SIWZ w zakresie

warunków udziału przez wskazanie jakich zezwoleń wymaga od wykonawcy. Wykonawcy również nie mogą uzupełnić złożonych ofert ponad dokumenty wymagane. Już nastąpił sprzeciw wykonawcy Remondis Opole Sp. z o.o. z zawiadomieniem prokuratury włącznie. Gdyby doszło w tym postępowaniu do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w oparciu o kryterium ceny, czynność taka zostałaby zaskarżona, a zamawiający zmuszony byłby unieważnić postępowanie z braku możliwości oceny ofert w zakresie spełnienia warunków posiadania niezbędnych zezwoleń. Zawarcie przez zamawiającego umowy z wykonawcą, który nie miałby wyznaczonych ustawowo zezwoleń powodowałoby wszelkie podstawy do jej unieważnienia, gdyż świadczenie usług w obrębie działalności regulowanej przez podmioty, które nie posiadają stosownych zezwoleń jest ustawowo zabronione i zagrożone sankcjami. Stwierdzona wada postępowania polegająca na nieokreśleniu warunku posiadania wymaganych uprawnień do prowadzenia działalności będącej przedmiotem postępowania jest nieusuwalna na etapie badania i oceny ofert. Brak jednoznacznej informacji o tym jakie uprawnienia pozwalają na udział w przetargu, a szczególnie reakcja wykonawców wskutek tego zaniechania mogłaby wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. Zaniechania zamawiającego spowodowały rozbieżność w rozumieniu warunku przez wykonawców oraz pozostawiły decyzje o rodzaju i zakresie niezbędnych uprawnień wykonawcom. Tym samym skutkowało to wadą postępowania niemożliwą do usunięcia, która stanowi obligatoryjną przesłankę unieważnienia przetargu.

Fakt, który przywołuje odwołujący, że w momencie zawierania umowy posiadałby wymagane zezwolenie nie może zostać uznany za wystarczający do uznania, że usunięto wadę postępowania. Dodatkowo uwzględnienie takich okoliczności wiodłoby do dalszych naruszeń ustawy, w szczególności art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - nakazu prowadzenia postępowania z zachowaniem równych praw wykonawców i uczciwej między nimi konkurencji oraz wyboru oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Bezsprzecznie do unieważnienia postępowania doszło wyłącznie z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, zatem zgodnie z art. 93 ust. 4 ustawy Pzp wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu przysługuje roszczenie o zwrot uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu przetargowym.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis od odwołania stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....