

Sygn. akt KIO 1040/10

WYROK
z dnia 17 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 czerwca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez „**SEGI - AT**” Sp. z o.o., **02-867 Warszawa, ul. Baletowa 30** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Szczecinie, 70-965 Szczecin, ul. Słowackiego 2**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża „SEGI - AT” Sp. z o.o., 02-867 Warszawa, ul. Baletowa 30 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaści tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez „**SEGI - AT**” Sp. z o.o., **02-867 Warszawa, ul. Baletowa 30** stanowiący koszty postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 343 zł 44 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta czterdzieści trzy złote czterdzieści cztery grosze) przez „**SEGI - AT**” Sp. z o.o., **02-867 Warszawa, ul. Baletowa 30** na rzecz **Skarbu Państwa –**

**Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Regionalna
Dyrekcja Lasów Państwowych w Szczecinie, 70-965 Szczecin, ul.
Słowackiego 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika .

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Szczecinie**.

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Regionalna Dyrekcja Lasów Państwowych w Szczecinie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Likwidacja mogilników zlokalizowanych na terenie Nadleśnictw Chojna, Dobrzany, Gryfice oraz Łobez”.

18 maja 2008 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty elektronicznej informację o czynności wyboru oferty Hydrogeotechnika Sp. z o. o. z siedzibą w Kielcach jako oferty najkorzystniejszej.

Wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawca, którego oferta została oceniona, jako druga w kolejności, po ofercie wybranej – SEGI AT Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, wniósł odwołanie w formie pisemnej. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wpłynęło 28 maja 2010 r., tego dnia zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający wybrał ofertę, która na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp oraz 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), winna zostać odrzucona ze względu na niezgodność złożonych dokumentów z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: „siwz”. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórnej oceny ofert.

W uzasadnieniu wywiódł, że Hydrogeotechnika Sp. z o. o. nie złożyła wymaganego przez zamawiającego, na podstawie art. 28 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. 2001 nr 62 poz. 628), zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów lub dokumentu wyłączającego obowiązek uzyskania zezwolenia, zgodnie z art. 31 ust 1 przywołanej ustawy. Podniósł, że zamawiający wezwał Hydrogeotechnika Sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. W odpowiedzi otrzymał wyjaśnienia dotyczące prawidłowości zezwoleń złożonych wraz z ofertą. Odwołujący nie zgodził się z poglądem, iż zezwolenia znajdujące się w ofercie Hydrogeotechnika Sp. z o. o. odpowiadają art. 28 pkt. 9 ustawy o odpadach. Odwołujący podniósł, iż art. 28 pkt 9 ustawy o odpadach umożliwia wyłączenie obowiązku uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów jedynie w przypadku, gdy wytwórca odpadów zbiera wytworzone przez siebie odpady w miejscu ich

wytworzenia. Uzyskanie zezwolenia na transport odpadów, nie zwalnia wykonawcy z uzyskania oddzielnego zezwolenia na ich zbieranie. Odwołujący wskazał, że decyzje wydane przez Starostę Buskiego zezwalają Hydrogeotechnika Sp. z o. o. na zbieranie odpadów tylko w ściśle określonym miejscu t.j. na terenie powiatu buskiego gm. Tuczępy m. Rzędów 37, natomiast zgodnie z wymaganiami zawartymi w siwz, zbieranie ma się odbywać w miejscu likwidacji mogiłników. Odwołujący podniósł ponadto, że posiadane przez Hydrogeotechnika Sp. z o. o. zezwolenie jest również ograniczone czasowo - wykonawca może magazynować odpady przeznaczone do składowania nie dłużej niż przez rok, a odpady przeznaczone do odzysku lub unieszkodliwienia nie dłużej niż przez 3 lata, podczas gdy odwołujący jest zwolniony z obowiązku uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów na podstawie art. 31 ust. 1 ustawy o odpadach, bez ograniczeń miejscowych i czasowych.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie. Hydrogeotechnika Sp. z o. o. nie zgłosiła przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod numerem 2010/S 22 - 031259, 2 lutego 2010 roku. Siwz została umieszczona na stronie internetowej Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w Szczecinie.

W pkt 7.1 ppkt 1) siwz zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazali, iż posiadają:

- a) zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów wymagane na podstawie art. 28 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 239, poz. 251 ze zm.);
- b) zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów wymagane na podstawie art. 28 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 239, poz. 251 ze zm.).

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył kodów odpadów niebezpiecznych, które mogą powstać w trakcie likwidacji mogiłników.

Hydrogeotechnika Sp. z o. o. wraz z ofertą złożyła:

- dwie decyzje wydane przez Starostę Buskiego, odpowiednio w dniu 21 kwietnia 2004 r. i 21 kwietnia 2005 r., które zezwalają podmiotowi na zbieranie odpadów wyszczególnionych w załączniku nr 1 niniejszej decyzji odbywać się będzie na terenie powiatu buskiego gm. Tuczępy m. Rzędów 37". Zgodnie z ich treścią odpady przeznaczone do składowania mogą

być magazynowane jedynie w celu zebrania odpowiedniej ilości tych odpadów do transportu na składowisko odpadów, nie dłużej jednak niż przez okres 1 roku. Odpady przeznaczone do odzysku lub unieszkodliwiania, mogą być magazynowane nie dłużej jednak niż przez okres 3 lat;

- decyzję Marszałka Województwa Świętokrzyskiego z 13 kwietnia 2010 r. wydaną na podstawie art. 17 ust. 1a, art. 21a ust. 2 pkt 2 i ust. 3, art. 21b ust. 3 ustawy o odpadach, zatwierdzającej program gospodarki odpadami dla Hydrogeotechnika Sp. z o.o. ;

- decyzję Prezydenta Miasta Kielce z 14 sierpnia 2003 r. zezwalającej Hydrogeotechnika Sp. z o.o. na transport odpadów niebezpiecznych na terenie całego kraju.

Niesporne jest między stronami, że lista odpadów przewidzianych do wytworzenia, wyszczególnionych w decyzji Marszałka Województwa Świętokrzyskiego, obejmuje odpady niebezpieczne, które mogą powstać w trakcie likwidacji mogilników. Odwołujący nie zaprzeczył twierdzeniu zamawiającego złożonemu na rozprawie.

Pismem z 7 maja 2010 r. zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Hydrogeotechnika Sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentów przez dołączenie brakującego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów, wymaganego na podstawie art. 28 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. 2001 nr 62 poz. 628 ustawy o odpadach) lub dokumentu wyłączającego obowiązek uzyskania zezwolenia, zgodnie z art. 31 ust 1 ustawy o odpadach.

Wezwany wykonawca pismem z 13 maja 2010 r., oświadczył, że złożył wszystkie wymagane dokumenty, zgodnie z art. 28 ust. 9 ustawy o odpadach jest zwolniony z uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów, gdyż jest wytwórcą odpadów, który transportuje wytworzone przez siebie odpady. Odnosząc się do decyzji wydanych przez Starostę Buskiego podniósł, że już na ich podstawie zamawiający winien uznać spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu. Zarzucane naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych uniemożliwiły uznanie złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej, co powoduje możliwość poniesienia szkody w postaci utraty korzyści związanych z zawarciem i realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Podnieść należy, na wstępie, że w okresie od dnia wszczęcia postępowania do terminu składania ofert nastąpiła zmiana stanu prawnego w zakresie objętym sporem. 12 marca 2010

r. weszła w życie ustawa z dnia 22 stycznia 2010 roku o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 28, poz.145) – zwana dalej „ustawą nowelizującą”.

Do oceny dokumentów złożonych przez Hydrogeotechnika Sp. z o. o. zastosowanie znajdzie stan prawny aktualny na dzień składania ofert.

W ramach czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, badaniu podlegają uprawnienia do wykonywania określonej działalności niezbędne do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później, niż na dzień składania ofert .

Zgodnie z art.9 ust. 1 ustawy nowelizującej wytwórca odpadów prowadzący przed dniem wejścia w życie ustawy działalność polegającą na świadczeniu usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątnięcia, konserwacji i napraw, może prowadzić tę działalność w dotychczasowym zakresie do dnia 31 grudnia 2010 r. i jest obowiązany do uzyskania decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami do dnia 31 grudnia 2010 r. Natomiast art. 9 ust. 2 stanowi, że wydane przed dniem wejścia w życie ustawy wytwórcy odpadów, o którym mowa w ust. 1, decyzje zatwierdzające program gospodarki odpadami niebezpiecznymi zachowują ważność na czas, na jaki zostały wydane, jednak nie dłużej niż do dnia 31 grudnia 2010 r. albo do dnia uzyskania decyzji, o której mowa w ust. 1.

W konsekwencji w okresie od dnia wejście w życie znowelizowanych przepisów ustawy o odpadach do 31 grudnia 2010 r. możliwe jest prowadzenie działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia na podstawie decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami, o której mowa w art. 9 ust. 1 lub na podstawie dotychczasowej decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami niebezpiecznymi uzyskanej zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy o odpadach.

Przywołany art. 31 ust. 1 ustawy o odpadach stanowi, że wytwórca odpadów, który odzyskuje, unieszkodliwia, zbiera lub transportuje odpady, jest zwolniony z obowiązku uzyskania zezwolenia na prowadzenie tej działalności, jeżeli posiada pozwolenie na wytwarzanie odpadów lub decyzję zatwierdzającą program gospodarki odpadami niebezpiecznymi.

Do decyzji, o której mowa w art. 9 ust. 1 ustawy nowelizującej odnosi się z kolei art. 17 ust. 1a znowelizowanej ustawy o odpadach, który głosi, że wytwórca odpadów, który prowadzi działalność polegającą na świadczeniu usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątnięcia, konserwacji i napraw, a także przetwarzania odpadów zawierających azbest w urządzeniach przewoźnych, jest obowiązany do uzyskania decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami.

Należy przyznać racje zamawiającemu, że złożona wraz z ofertą przez Hydrogeotechnika Sp. z o. o. decyzja Marszałka Województwa Świętokrzyskiego stanowi decyzję zatwierdzającą program gospodarki odpadami, o której mowa w art. 9 ust. 1 ustawy

nowelizującej oraz art. 17 ust. 1 a znowelizowanej ustawy o odpadach. Bezsporne jest, że jej zakres przedmiotowy decyzji obejmuje wszystkie rodzaje odpadów niebezpiecznych opisanych przez zamawiającego, jako znajdujące się w mogiłnikach.

Zgodnie z art. 28 ust. 1 ustawy o odpadach prowadzenie zbierania odpadów oraz transportu odpadów wymaga uzyskania zezwolenia, z zastrzeżeniem art. 31 ust. 1, art. 32 ust. 1 oraz art. 33 ust. 1a i 4.9. Natomiast stosownie art. 28 ust. 9 ustawy o odpadach uzyskanie zezwolenia, o którym mowa w ust. 1, nie dotyczy wytwórcy odpadów, który zbiera wytworzone przez siebie odpady w miejscu ich wytworzenia lub transportuje wytworzone przez siebie odpady.

W przywołanym przepisie zawarta jest alternatywa rozłączna, zatem zwolnienie z obowiązku uzyskania zezwolenia następuje w razie ziszczenia się choćby jednej z wskazanych w nim przesłanek.

Definicja wytwórcy odpadów zawarta jest w art. 3 ust. 3 pkt 22) ustawy o odpadach. Pod pojęciem tym rozumie się każdego, którego działalność lub bytowanie powoduje powstawanie odpadów, oraz każdego, kto przeprowadza wstępne przetwarzanie, mieszanie lub inne działania powodujące zmianę charakteru lub składu tych odpadów; wytwórcą odpadów powstających w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątnięcia, konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy usługę, chyba że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej;

Analiza przepisów prowadzi do ustalenia, że decyzja Marszałka Województwa Świętokrzyskiego umożliwia wykazanie zaistnienia przesłanki zwalniającej od uzyskania zezwolenia, gdyż Hydrogeotechnika Sp. z o. o. jest wykonawcą, który zbiera wytworzone przez siebie odpady w miejscu ich wytworzenia. Decyzja Marszałka Województwa Świętokrzyskiego stanowi zatem dokument wymagany przez zamawiającego w siwz.

Przy prezentowanej ocenie Izba pominęła podniesiony na rozprawie zarzut dotyczący braku prawomocności decyzji wydanej 13 kwietnia 2010 r. w dniu składania ofert – 20 kwietnia 2010 r.

Po pierwsze: Izba uznała, że przekracza on granice określone zarzutami odwołania. Zarzut stanowi nie tylko wskazanie czynności lub zaniechania czynności do której zobowiązany jest zamawiający na podstawie przepisów ustawy, ale również wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych. Ich precyzyjne wskazanie ma szczególne znaczenie w obecnym stanie prawnym, w którym zamawiający może wnieść odpowiedź na odwołanie, uznać podniesione zarzuty a po umorzeniu postępowania przez Izbę dokonać czynności zgodnie z żądaniami odwołania. Jest istotne, aby zamawiający przed otwarciem posiedzenia wiedział w jakich granicach prawnych i faktycznych toczyć się będzie spór, gdyż ma to znaczenie dla ewentualnej decyzji o uwzględnieniu zarzutów, relewantnej również dla kosztów postępowania odwoławczego.

Po drugie: przepisy kodeksu postępowania administracyjnego, w którym to trybie wydawane są decyzje i zezwolenia wskazane w ustawie o odpadach, nie znają terminu prawomocności decyzji. Zgodnie z art.130.§ 1 i 2 k. p. a. przed upływem terminu do wniesienia odwołania decyzja nie ulega wykonaniu, a wniesienie odwołania w terminie wstrzymuje wykonanie decyzji. Jednak stosownie do art.130 § 4 k.p.a. decyzja podlega wykonaniu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, gdy jest zgodna z żądaniem wszystkich stron.

Wydaje się ponadto, że skoro odwołanie ma charakter suspensywny, to fakt jego wniesienia, podobnie jak zaistnienie innych okoliczności przewidzianych w przepisach (np. uchylenie, zmiana decyzji) powodujących ewentualny brak możliwości powoływania się na uprawnienia wynikające z decyzji jest okolicznością która winna być objęta aktywnością dowodową stron. Oznacza to, że strona która powołuje okoliczności kwestionujące możliwość posługiwania się decyzją w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, winna je udowodnić lub, co najmniej uprawdopodobnić, stosownie do rozkładu ciężaru dowodu wynikającego z art. 190 ust. 1 Pzp.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że Hydrogeotechnika Sp. z o. o. jest podmiotem, który spełnia obie przesłanki wskazane w art. 28 ust. 9 ustawy o odpadach - tzn. zbiera wytworzone przez siebie odpady w miejscu ich wytworzenia oraz transportuje wytworzone przez siebie odpady.

Zatem nawet przy przyjęciu, że nie można skutecznie powoływać się na decyzję Marszałka Województwa Świętokrzyskiego, z czym Izba się nie zgadza uznać należy, że Hydrogeotechnika Sp. z o. o. posiada uprawnienia wymagane przez zamawiającego.

W konkluzji stwierdzić należy, że Hydrogeotechnika Sp. z o. o. jest podmiotem, który zwolniony jest z obowiązku uzyskania zezwolenia, o którym mowa w art. 28 ust. 9 ustawy o odpadach.

Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia udzielonych przez tego wykonawcę i w konsekwencji w sposób zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych dokonał wyboru oferty złożonej przez Hydrogeotechnika Sp. z o. o. Zarzuty naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp oraz przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie znalazły potwierdzenia.

Bez znaczenia jest zatem negowanie przez odwołującego decyzji wydanych przez Starostę Buskiego, zezwalających na zbieranie odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne na terenie powiatu buskiego, m. Rzędów 37, gm. Tuczępy.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 7 marca 2008 roku , sygn. akt VI SA/Wa 2175/07 (LEX nr 471185) stwierdził, że „zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania lub transportu odpadów określa wszelkie aspekty prowadzonej działalności, co pozwala wysnuć wniosek, że wolą ustawodawcy było usunięcie w tym

względnie wszelkiej dowolności”. Jednak nawet ewentualne uznanie, że na podstawie decyzji wydanych przez Starostę Buskiego Hydrogeotechnika Sp. z o. o. nie będzie miała możliwości dokonania zbierania odpadów w miejscu likwidacji mogilników, w okresie wymaganym przez zamawiającego, nie prowadzi do potwierdzenia zarzutów odwołania, skoro wykonawca ten udowodnił posiadanie wymaganych uprawnień za pomocą innych dokumentów złożonych wraz z ofertą

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie. O kosztach Izba orzekła stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz koszty dojazdu pełnomocnika na posiedzenie zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

.....