

**Sygn. akt: KIO 1451/15**  
**KIO 1454/15**

**WYROK**

**z dnia 23 lipca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lipca 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lipca 2015 r. przez Odwoływających:

1. Zakład Gospodarki Komunalnej i Mechanizacji Rolnictwa sp. z o. o. z siedzibą w Baruchowie (sygn. akt: KIO 1451/15),
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – M. G. i M. G. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Z.G.K. GRONEKO s.c. z siedzibą w Mikorzynie (sygn. akt: KIO 1454/15),

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Fabianki, przy udziale wykonawcy – Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Lipnie sp. z o.o. z siedzibą w Lipnie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 1451/15 i KIO 1454/15 po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddała odwołania,
2. kosztami postępowania obciąża Odwoływających – Zakład Gospodarki Komunalnej i Mechanizacji Rolnictwa sp. z o. o. z siedzibą w Baruchowie i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – M. G. i M. G. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Z.G.K. GRONEKO s.c. z siedzibą w Mikorzynie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwoływających – Zakład Gospodarki Komunalnej i Mechanizacji Rolnictwa sp. z o. o. z siedzibą w Baruchowie i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – M. G. i M. G. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Z.G.K. GRONEKO s.c. z siedzibą w Mikorzynie tytułem wpisu od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Włocławku.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1451/15**

**KIO 1454/15**

### **Uzasadnienie**

Gmina Fabianki (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Fabianki, w tym z punktu selektywnej zbiórki odpadów — w II półroczu 2015 r.”, (znak sprawy RFZ.271.1.8.2015), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 czerwca 2015 r., pod nr 84603.

W dniu 3 lipca 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została oferta złożona przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Lipnie sp. z o. o. z siedzibą w Lipnie (dalej: „ Wykonawca PUK Lipno”) oraz o wykluczeniu wykonawców Zakład Gospodarki Komunalnej i Mechanizacji Rolnictwa sp. z o.o. z siedzibą w Baruchowie oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – M. G. i M. G. prowadzących działalność gospodarczą pod firmą Z.G.K. GRONEKO s.c. w Mikorzynie i odrzuceniu złożonych przez nich ofert.

Ww. zaskarżyli wskazane czynności odwołaniami, które wpłynęły do Prezesa Izby w dniu 8 lipca 2015 r.

**Sygn. akt: KIO 1451/15**

Odwołujący – Zakład Gospodarki Komunalnej i Mechanizacji Rolnictwa sp. z o.o. z siedzibą w Baruchowie zarzucił Zamawiającemu, że zaskarżonymi czynnościami naruszył:

1. art. 7 Pzp przez zastosowanie praktyk naruszających zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez zawężenie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego realizacji,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 Pzp oraz § 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2013.231), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego mimo braku prawnych przesłanek do tej czynności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności polegających na ocenie i wyborze najkorzystniejszej oferty.

Na uzasadnienie zarzutów i wniosków Odwołujący podał, że Zamawiający w istotny i nieuprawniony sposób ograniczył krąg wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia przez zastosowanie praktyk dyskryminujących wykonawców niebędących regionalnymi instalacjami przetwarzania odpadów komunalnych (dalej: „RIPOK”). W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) Zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy posiadający zezwolenie na przetwarzanie odpadów zgodnie z art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2013.21 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”, lub zezwolenie na prowadzenie odzysku lub unieszkodliwienia odpadów zgodnie z art. 26 Ustawy, a więc tylko i wyłącznie RIPOK-i oraz duże specjalistyczne firmy. Zamawiający wprowadzając do SIWZ taki warunek podkreślił, iż wykonawca w celu wykazania udziału w Postępowaniu winien posiadać „[...]Uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania[...]”.

Odwołujący stwierdził, że dla realizacji zamawianej usługi zezwolenie takie nie jest wymagane, bowiem w zakresie posiadania uprawnień do wykonania zamówienia wykonawca powinien posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej w Gminie Fabianki oraz zezwolenie na transport odpadów.

Umieszczenie takiego warunku w SIWZ narusza normę prawa wyrażoną w § ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia, a przede wszystkim art. 7 ust. 1 Pzp przez żądanie przedłożenia dokumentu, którego posiadanie dla realizacji zamówienia jest zbędne. Powyższe znajduje uzasadnienie w orzecznictwie Izby, z którego wynika m.in., że wymóg Zamawiającego w zakresie posiadania decyzji jest nadmierny (nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia), nie związany z przedmiotem zamówienia i nie znajduje uzasadnienia w dokumentach Postępowania oraz narusza zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wyjaśnił, że do oferty przetargowej złożył dodatkowe niewymagane w SIWZ oświadczenie (załącznik nr 1), w którym potwierdził, iż posiada wszystkie wymagane prawem uprawnienia niezbędne do realizacji zamówienia. W powyższym oświadczeniu Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z przedmiotem zamówienia oraz załączonymi do oferty dokumentami, tj. umową z RIPOK oraz Pozwoleniem Zintegrowanym tejże Instalacji, będzie jedynie odbierał odpady i transportował je do RIPOK, która będzie dostarczone odpady przetwarzała. Pomimo załączonych do oferty przetargowej ww. dokumentów Zamawiający – pismem z dnia 25 czerwca 2015 r. – wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie uprawnień w postaci zezwolenia na przetwarzanie odpadów

zgodnie z art. 41 Ustawy lub zezwolenia na prowadzenie odzysku lub unieszkodliwienia odpadów zgodnie z art. 26 Ustawy.

W celu wykazania spełnienia ww. warunku Odwołujący przekazał Zamawiającemu oświadczenie RIPOK (załącznik nr 2) o udostępnieniu możliwości korzystania z zasobu w postaci Pozwolenia Zintegrowanego jednocześnie informując, iż zgodnie z załączoną do oferty przetargowej umową będzie brał udział w realizacji zamówienia (w części zagospodarowanie odpadów).

Zamawiający wykluczył Odwołującego z Postępowania (załącznik nr 3) informując, że Odwołujący nie może powoływać się na zasoby podmiotów trzecich w postaci posiadanych uprawnień.

Dodatkowo Odwołujący zasygnalizował, że niezgodne z Pzp praktyki Zamawiającego doprowadziły do wyboru oferty droższej o ponad 63 000,00 zł, złożonej przez Wykonawcę PUK Lipno posiadającego status RIPOK, bezzasadnie narażając budżet gminy na dodatkowe koszty.

#### **Sygn. akt: KIO 1454/15**

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – M. G. i M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.G.K. GRONEKO s.c. w Mikorzynie zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 1 i art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez wykluczenie Odwołującego, odrzucenie jego oferty, chociaż jego oferta spełniała wymogi SIWZ, a Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu,
2. art. 92 Pzp przez niewłaściwe dokonanie oceny ofert i w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy PUK Lipno,
3. art. 7 ust 1 w zw. z art. 29 ust. 2 Pzp przez naruszenie w toku Postępowania zasad uczciwej konkurencji, a tym samym uniemożliwienie udziału w Postępowaniu oraz prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców,
4. art. 22 ust. 4 Pzp przez wprowadzenie warunków udziału w Postępowaniu nieadekwatnych do przedmiotu zamówienia,
5. art. 25 Pzp przez żądanie od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do realizacji zamówienia,
6. art. 29 ust. 2 Pzp przez opisanie warunków udziału w Postępowaniu w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty,
3. dokonanie powtórnej oceny ofert złożonych w Postępowaniu,
4. ponownego wybór najkorzystniejszej oferty, to jest oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł ponadto o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika według przedłożonego rachunku.

Odwołujący podał, że jego interes doznał uszczerbku, bowiem w przypadku postępowania zgodnego z przepisami Pzp i SIWZ jego oferta byłaby uznana za najkorzystniejszą. Stąd też, zakres zarzutów podniesionych w przedmiotowym odwołaniu wskazuje jednoznacznie na uszczerbek w jego interesie, polegający na utracie możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu Odwołujący oświadczył, że pismem z dnia 25 czerwca 2015 r. został wezwany przez Zamawiającego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, w ramach którego Zamawiający zażądał m.in. posiadania zezwolenia na przetwarzanie odpadów zgodnie z art. 41 Ustawy lub zezwolenia na prowadzenie odzysku lub unieszkodliwienia odpadów zgodnie z art. 26 Ustawy.

W dniu 30 czerwca 2015 r. Odwołujący złożył obszerne wyjaśnienia, których Zamawiający nie uwzględnił i wykluczył go z Postępowania, a jego ofertę odrzucił. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał, że Odwołujący załączył do oferty decyzję Marszałka Województwa Kujawsko-Pomorskiego z dnia 28 maja 2015 r. na zbieranie i przetwarzanie odpadów, ale wymienione w niej rodzaje odpadów przewidzianych do przetwarzania nie wyczerpują wszystkich wskazanych w SIWZ odpadów komunalnych.

Odwołujący stwierdził, że w SIWZ Zamawiający wymagał zezwolenia na przetwarzanie odpadów zgodnie z art. 41 Ustawy, nie precyzując i nie wskazując o jakie odpady chodzi. Również w pozostałych zapisach SIWZ nie zostało zdefiniowane pojęcie odpadów komunalnych. Zamawiający dopiero po otwarciu ofert podjął próbę sprecyzowania postanowień SIWZ, że oczekiwał załączenia decyzji dotyczącej przetwarzania odpadów komunalnych.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby wymagania stawiane wykonawcom zawsze trzeba interpretować na ich korzyść. Wykonawcy nie mogą być bowiem karani za to, że organizator przetargu sformułował warunek w niejasny sposób i da się go różnie odczytać,

czy też interpretować. Podkreślił, że wskazane w SIWZ wymagania są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców i tylko wobec jasnych oraz klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełnienia. Na tej podstawie wykonawcy ustalają, czy są w stanie przystąpić do postępowania i podejmują decyzję o wzięciu lub nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto Odwołujący zasygnalizował, że tylko nieuczynienie zadość precyzyjnemu wezwaniu Zamawiającego uzasadniać może wykluczenie wykonawcy z Postępowania, podczas gdy Zamawiający we wspomnianym na wstępie wezwaniu nie sprecyzował definicji odpadów komunalnych, a tym samym naruszył przepis art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący podkreślił również, że z decyzji Marszałka Województwa Kujawsko-Pomorskiego na zbieranie i przetwarzanie odpadów z dnia 28 maja 2015 r. wynika, iż przetwarzanie dotyczyć będzie odpadów o kodach: 17 01 81, 17 01 82, 17 09 04, 10 12 08, 17 01 01, 17 01 02, 17 01 03, 17 01 07, 17 03 02, 17 05 04, 17 05 08, 19 12 09, 20 02 02. Przedmiot zamówienia publicznego został natomiast określony jako odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Fabianki, w tym z punktu selektywnej zbiórki odpadów. Zamawiający planuje przekazać z PSZOK do zagospodarowania m.in. odpady, które obejmuje wyżej wskazane zezwolenie na przetwarzanie, tj. kody: 17 01 01, 17 01 02, 17 01 03, 17 01 07, 17 03 02, 17 05 08, 17 09 04. Odwołujący dokonując analizy kodów odpadów, jakie mają prawo się pojawić podczas zbiórki z terenu Gminy Fabianki bezpośrednio od mieszkańców, wskazał, że w stosunku do odpadów zmieszanych oraz odpadów zielonych istnieje ustawowy obowiązek ich przekazania do odpowiedniej regionalnej instalacji (RIPOK), a w przypadku pozostałych rodzajów odpadów do odpowiedniej instalacji odzysku/unieszkodliwiania zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami. Stąd też Odwołujący wyjaśnił, że niżej podane kody obejmują:

1. 20 03 01 – ustawowy obowiązek przekazania do RIPOK,
2. 20 02 01 – ustawowy obowiązek przekazania do RIPOK,
3. 15 01 01 – od razu można przekazać do recyklera, gotowy surowiec,
4. 15 01 02 – od razu można zbyć,
5. 15 01 07 – od razu można przekazać do recyklera, gotowy surowiec.

Pozostałe odpady są odbierane z PSZOK, w tym przypadku Odwołujący wykazał posiadanie wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ decyzji.

W związku z powyższym, Odwołujący tym bardziej spełnił wymogi stawiane w SIWZ w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Niezależnie od powyższego, to jest spełnienia przez Odwołującego wymogów opisanych w SIWZ, Odwołujący stwierdził, że określając w taki sposób w SIWZ warunki udziału

w Postępowaniu Zamawiający dążył do ograniczenia kręgu podmiotów, które mogą brać w nim udział. Stawiane przez Zamawiającego warunki udziału, tj. posiadanie zezwolenia na przetwarzanie odpadów zgodnie z art. 41 Ustawy lub zezwolenie na prowadzenie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów zgodnie z art. 26 Ustawy dotyczą bowiem RIPOK oraz dużych specjalistycznych przedsiębiorstw. Wykonawca biorący udział w Postępowaniu powinien wykazać się decyzją na zbieranie odpadów oraz umową z instalacją służącą do odzysku/unieszkodliwiania odpadów. Odwołujący dwukrotnie występował o zmianę postanowień SIWZ w zakresie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i dokumentów, jakie należy przedłożyć (pisma z dnia 12 i 18 czerwca 2015 r.). Zamawiający w odpowiedzi na pismo z dnia 12 czerwca 2015 r. nie wyraził zgody na zmianę SIWZ w proponowanym brzmieniu, a drugie pismo pozostawił bez odpowiedzi.

Zamawiający w pisemnych odpowiedziach na odwołania wniósł o ich oddalenie w oparciu o następującą argumentację.

**Sygn. akt: KIO 1451/15**

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący sformułował wprawdzie zarzut naruszenia przepisu art. 7 Pzp, jednak w uzasadnieniu tego zarzutu jednoznacznie wskazał na postanowienia SIWZ odnoszące się do wymogu przedłożenia zezwolenia na prowadzenie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów (podkreślając ten zarzut jako najistotniejszy), twierdząc zarazem, że taki dokument jest zbędny. Podał, że ponieważ ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ zostały opublikowane w dniu 10 czerwca 2015 r., to zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp odwołanie powinno być wniesione w ciągu 5 dni od publikacji ogłoszenia. Podkreślił, że odwołanie zostało złożone dopiero w dniu 6 lipca 2015 r., a więc po upływie ustawowego terminu.

Odnosząc się natomiast do drugiego zarzutu Odwołującego Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie może powoływać się na zasoby podmiotów trzecich w zakresie zezwoleń mających charakter decyzji administracyjnych.

**Sygn. akt: KIO 1454/15**

Zamawiający – poza omówionym powyżej argumentem dotyczącym przekroczenia terminu na wniesienie odwołania – stwierdził, że w pkt. III.B SIWZ („Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”) oraz w Ogłoszeniu jednoznacznie wskazał rodzaje i kody odpadów, jakie dotyczą przedmiotowego zamówienia.

Przytoczył następnie kwestionowane postanowienie SIWZ i podał, że do oferty Odwołującego załączona została decyzja Marszałka Województwa Kujawsko-Pomorskiego z dnia 28 maja 2015 r., nr ŚG.1.7244.21.2015.TW dotycząca odpadów powstających podczas remontów budynków mieszkalnych, budynków użyteczności publicznej, powstałych na skutek



remontów lub wyburzeń, odpadów wytwarzane w miejscach produkcji wyrobów ceramicznych – wadliwych odpadów poprodukcyjnych oraz odpadów związanych z użytkowaniem odpadów ceramicznych w życiu codziennym, czyli w praktyce znikomej części przedmiotu zamówienia obejmującego odpady powstające w gospodarstwach domowych. W szczególności brak jest w decyzji zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych o następujących kodach: 20 03 01, 20 01 01, 20 01 39, 20 01 40, 20 01 02, 20 01 99, 20 02 01, 20 01 08, 15 01 01, 15 01 03, 15 01 05, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 07, itd. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący nie gwarantuje należytego wykonania umowy. Zamawiający oświadczył, że w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów nie wskazywał po raz kolejny kodów odpadów jakie wchodziły w zakres przedmiotu zamówienia, ponieważ jednoznacznie zostało to wskazane zarówno w SIWZ, jak Ogłoszeniu.

Do postępowania odwoławczego, w obydwu połączonych sprawach, przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca PUK Lipno wnosząc o oddalenie odwołań.

Na rozprawie strony podtrzymały argumentację i wnioski przedstawione powyżej.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1454/15 wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. decyzji Starosty Włocławskiego z dnia 16 maja 2014 r. (znak: OŚB.6233.2.8.2014) będącej zezwoleniem na zbieranie odpadów;
2. decyzji Starosty Włocławskiego z 22 sierpnia 2014 r. (znak: OŚB.6233.2.10.2014) zmieniającej wcześniejszą decyzję zezwalającą na zbieranie odpadów,
3. decyzji Starosty Włocławskiego z 24 lutego 2011 r. (znak: Ś.6233.1.7.2011) zezwalającej na transport odpadów,
4. decyzji Marszałka Województwa Kujawsko-Pomorskiego z dnia 28 maja 2015 r. (ŚG.I.7244.21.2015.TW) udzielającej zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów,
5. umowy nr 10/2013 z dnia 18 kwietnia 2013 r. zawartej z Przedsiębiorstwem Usług Komunalnych w Lipnie sp. z o.o.,
6. umowy nr 13/2013 z dnia 11 kwietnia 2013 r. z Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej Sanico sp. z o. o. wraz z aneksami nr 1/2013 z dnia 23 maja 2013 r. i nr 2/2013 z dnia 2 lipca 2013 r.,

na okoliczność spełniania przez niego warunku udziału w Postępowaniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniach i odpowiedziach na odwołania, a także**

**wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba, wobec spełnienia przez Wykonawcę PUK Lipno (dalej również „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie.

Skład orzekający uznał, że przytoczony w odwołaniach stan faktyczny, w tym w szczególności brzmienie kwestionowanego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu i przebieg Postępowania (wezwanie odwołujących do uzupełnienia dokumentów i treść ich odpowiedzi) nie był przedmiotem toczonego przez strony sporu, wobec czego odstąpiono od jego przytaczania.

Na wstępie Izba wskazuje na przepisy art. 180 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp, zgodnie z którymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości nieprzekraczającej kwot określonych w przepisach wykonawczych, wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, odwołanie przysługuje od opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków w postępowaniu. W takim wypadku termin na skorzystanie ze środka ochrony prawnej wynosi 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub SIWZ na stronie internetowej. W świetle powyższego wykonawca, który nie zgadza się z przyjętym przez zamawiającego opisem sposobu dokonywania kwalifikacji podmiotowej w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (w praktyce dotyczy to oceny sytuacji podmiotowej wykonawców za pomocą określonych dokumentów, o których mowa w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane) może wnieść odwołanie z żądaniem zmiany kwestionowanego opisu, bądź jego usunięcia z treści SIWZ wskazując na przepisy Pzp, które – w jego ocenie – zostały naruszone. Nieskorzystanie przez wykonawcę z przysługującego mu uprawnienia powoduje, że na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kwestia jego udziału w prowadzonej przez zamawiającego procedurze musi być oceniana przez pryzmat niezaskarżonych postanowień SIWZ. Przyjęcie przeciwnego zapatrywania, tj. dopuszczenie do sytuacji, w której na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej dopuszczalne jest kwestionowanie treści ogłoszenia o zamówieniu,

bądź postanowień SIWZ byłoby działaniem *contra legem*, jako że pozostawałoby w sprzeczności z przytoczonymi powyżej przepisami Pzp.

Podkreślenia wymaga dodatkowo, że terminy na wnoszenie odwołań mają charakter zawity, co oznacza, że po ich bezskutecznym upływie wykonawca bezpowrotnie traci uprawnienie do skorzystania z możliwości wniesienia środka ochrony prawnej. W konsekwencji, w sytuacji, w której wykonawca wnosi odwołanie obejmujące wyłącznie spóźnione zarzuty podlega ono odrzuceniu (*vide* art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp) lub w przypadku, gdy spóźnione zarzuty nie są jedynymi podniesionymi w odwołaniu – rozpoznaniu podlegają te zarzuty, które zostały podniesione w terminie.

Przenosząc powyższe wywody na rozpatrywaną sprawę Izba stwierdziła, że nie mogły odnieść skutku zarzuty odwołujących odnoszące się do jakoby niezgodnych z Pzp postanowień SIWZ, czy żądanych na ich podstawie dokumentów z uwagi na przekroczenie terminu do ich podnoszenia. Mając na uwadze fakt, że przepisy Pzp uniemożliwiają odrzucenie odwołania w części obejmującej spóźnione zarzuty, odwołania podlegały rozpoznaniu na rozprawie, ale tylko w kontekście spełniania przez odwołujących niezakwestionowanych wymogów SIWZ, mimo że z treści odwołań wynikało, że zarzuty związane z wykluczeniem Odwołujących z Postępowania są pochodną niewłaściwego sformułowania opisu dokonywania oceny spełniania warunku w zakresie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności.

W konsekwencji skład orzekający nie znalazł podstaw do uwzględnienia pierwszego z odwołań (sygn. akt: KIO 1451/15). Stanowisko Odwołującego oparte było na przekonaniu o zbędności kwestionowanego postanowienia Rozdziału IX lit. A pkt 1b) SIWZ, przy czym – jak wskazano – ocena tej kwestii powinna zostać dokonana na wcześniejszym etapie Postępowania. Z kolei wyrażone na rozprawie zapatrywanie, zgodnie z którym skoro do realizacji przedmiotu zamówienia nie są potrzebne dokumenty wymienione we wspomnianym postanowieniu SIWZ, to okoliczność ta zwalniała Odwołującego z obowiązku ich przedstawienia przeczy zasadzie związania zamawiającego i wykonawców postanowieniami SIWZ. Oznacza ona, że po upływie terminu składania ofert lub terminu na wniesienie odwołania na postanowienia SIWZ strony postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tracą możliwość wywierania wpływu na kształt SIWZ i są związane określonym jej brzmieniem. Przychylenie się do poglądu Odwołującego wywierałoby ten skutek, że wykonawcy nie mogliby mieć pewności, czy zamawiający dokonuje oceny spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu (bądź oceny ofert) zawsze tylko i wyłącznie w oparciu o brzmienie SIWZ. Co istotne, Odwołujący nie twierdził, że oczekiwanych przez Zamawiającego dokumentów nie można uzyskać w ogóle, ile wskazywał, że takie oczekiwanie ogranicza krąg podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W tym kontekście należy

podać w wątpliwość udział w Postępowaniu podmiotu, który składając ofertę ma świadomość, że oczekiwań Zamawiającego nie spełnia, a nie wykorzystał przysługujących mu środków umożliwiających ich zmianę.

Skoro zatem Odwołujący nie załączył do oferty wymaganego dokumentu zasadniczo został wezwany przez Zamawiającego – pismem z dnia 25 czerwca 2015 r. – do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w Rozdziale IX lit. A pkt 1b) SIWZ, zaś mając na względzie fakt, że w odpowiedzi dokumentu tego nie przedstawił został prawidłowo wykluczony z Postępowania. Jedynie na marginesie można zauważyć, że obowiązujące przepisy Pzp nie pozwalają na udostępnianie potencjału w postaci uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, co *expressis verbis* wynika z przepisu art. 26 ust. 2b Pzp.

Również jedynie ubocznie skład orzekający wskazuje, że zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp był chybiony chociażby z tego względu, że dotyczy on niezgodności treści oferty z SIWZ rozumianej jako zaoferowanie świadczenia, które swoimi właściwościami nie odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego.

Zaprezentowana powyżej argumentacja dotycząca terminów na wniesienie odwołania ma również zastosowanie do oceny skuteczności zarzutów podniesionych w drugim z rozstrzygniętych odwołań (sygn. akt KIO 1454/15).

Ponadto nie mogły odnieść skutku twierdzenia Odwołującego o spełnianiu warunku udziału w Postępowaniu w sposób odmienny niż przewidziany Postanowieniami SIWZ, na potwierdzenie czego Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści szeregu dokumentów przedstawionych na rozprawie. Ponownie należy przypomnieć, że możliwości takiej przeczy omówiona wcześniej zasada związania stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postanowieniami SIWZ, które nie przewidywały w tym zakresie możliwości posłużenia się innymi dokumentami, niż określonymi w Rozdziale IX lit. A pkt 1b) SIWZ. W konsekwencji Izba uznała, że dowody te nie mogły mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania.

Także i w tym przypadku Zamawiający zasadniczo wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu, jako że załączona do jego oferty decyzja Marszałka Województwa Kujawsko-Pomorskiego nie obejmowała wszystkich odpadów wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia opisanego w Rozdziale III lit. B SIWZ. Należy przy tym zauważyć, że argumentacja Odwołującego, jakoby Zamawiający dopiero w toku Postępowania (na etapie wspomnianego wezwania) doprecyzował, że przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych była chybiona, skoro już z nazwy Postępowania wynikało jakie odpady wchodziły w zakres przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający stwierdził ponadto, że można mieć wprawdzie pewne zastrzeżenia dotyczące precyzji w redagowaniu treści uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z Postępowania, tym niemniej twierdzenie owo pozostaje bez wpływu na wynik Postępowania.

Reasumując, Izba stwierdziła, że żaden z odwołujących nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności w sposób określony przez Zamawiającego postanowieniami SIWZ. Sąd, w ocenie składu orzekającego, Zamawiający prawidłowo wykluczył ich z udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 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.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....