

Sygn. akt: KIO 1291/15

**WYROK**

**z dnia 1 lipca 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **P. S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. P. St. „Sanus” Zakład Handlowo Usługowy P. K. z siedzibą we Wronkach, Al. Wyzwolenia 65, 64-510 Wronki** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Pniewy, ul. Dworcowa 37, 62-045 Pniewy**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę P. S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. P. S. „Sanus” Zakład Handlowo Usługowy Paweł Kmiecik z siedzibą we Wronkach, Al. Wyzwolenia 65, 64-510 Wronki i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P. S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. P. S. „Sanus” Zakład Handlowo Usługowy P. K. z siedzibą we Wronkach, Al. Wyzwolenia 65, 64-510 Wronki** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 1291/15**

### **Uzasadnienie**

Gmina Pniewy, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907),

zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, niezamieszkałych i mieszanych położonych na terenie gminy Pniewy oraz prowadzenie – obsługa i utrzymanie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych przy ul. Strzeleckiej w Pniewach, dz. Nr 2081, wraz z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem zebranych odpadów”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 marca 2015 r., nr 2015/S 058-102048.

W dniu 10 czerwca 2015 r. (pismem z dnia 8 czerwca 2015 r.) zamawiający poinformował P. S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. P. S. „Sanus” Zakład Handlowo Usługowy P. K. z siedzibą we Wronkach, zwanego dalej „odwołującym”, o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wskazując że w przedmiotowym postępowaniu zobowiązany był – zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp – żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co uczynił tylko w zakresie wiedzy i doświadczenie oraz potencjału technicznego. Brak żądania w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania powoduje, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 18 czerwca 2015 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 18 czerwca 2015 r.) od czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez bezzasadne przyjęcie, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą przedmiotowego odwołania i jego uwzględnienie
2. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i nakazanie zamawiającemu dokonania czynności badania i oceny ofert
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż nie zgadza się z zaprezentowaną przez zamawiającego interpretacją wskazanych przepisów ustawy Pzp i stoi na stanowisku, że w niniejszej sprawie nie zostały spełnione przesłanki uprawniające

zamawiającego do unieważnienia postępowania. Rzekome naruszenie wskazane przez zamawiającego, sprowadzające się do nieprecyzyjności przygotowanego przez niego SIWZ, z całą pewnością nie stanowi o tym, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a taka przesłanka musi być spełniona, żeby zamawiający mógł unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Unieważnienie postępowania na tej podstawie jest możliwe jeżeli spełnione zostałyby dwie wskazane w treści tego przepisu przesłanki łącznie. Postępowanie musiałoby być obarczone wadą, której nie można usunąć, a ponadto wada ta musiałaby uniemożliwiać zawarcie umowy, gdyż w każdym przypadku umowa taka podlegałaby unieważnieniu. Druga ze wskazanych przesłanek nie została spełniona w świetle okoliczności faktycznych niniejszej sprawy. Okoliczności powodujące unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego zostały wskazane w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp oraz w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Tym samym postępowanie to nie jest obarczone nieusuwalną wadą, która miałaby powodować nieważność umowy. Odwołujący wielokrotnie wskazywał, że to, że czy zamawiający zażąda złożenia dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień niezbędnych na potrzeby realizacji zamówienia (i) wraz z ofertą, czy w ramach formalności, których należy dopełnić (ii) przed zawarciem samej umowy, (iii) w chwili jej zawarcia, czy już (iv) po jej zawarciu, zależy od sformułowania przez niego SIWZ. Jak jednoznacznie wynika z orzecznictwa należy rozróżnić konieczność legitymowania się stosownymi zezwoleniami na etapie składania ofert i na etapie realizacji zamówienia. Jeśli bowiem z opisu warunków udziału w postępowaniu obowiązek nie wynika, nieprzedłożenie wraz z ofertą odpowiednich zezwoleń nie przesądza o niemożliwości wykonania przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie i zgodnie z przepisami prawa. W przypadku uzyskania zamówienia, wykonawca będzie musiał zapewnić sobie wszystkie konieczne zezwolenia, jednakże jeśli obowiązkowi załączenia takiego zezwolenia do oferty zgodnie z SIWZ nie było to wykonawca nie musiał tego czynić. Powyższe potwierdza jednoznacznie irrelevantność braku żądania przez zamawiającego w SIWZ określonych dokumentów dla ważności umowy obejmującej realizację zamówienia. Na marginesie dodał, iż wszystkie niezbędne dokumenty, których złożenie było możliwe na etapie składania ofert odwołujący i tak złożył. Oczywistym jest dla niego konieczność posiadania uprawnień do wykonywania działalności lub czynności objętych zamówieniem na etapie jego realizacji. Odwołujący jest w stanie takie uprawnienia zidentyfikować. Dotychczas kwestionowanym przez odwołującego była zasadność lub możliwość złożenia tylko niektórych dokumentów w przedmiotowym zakresie na etapie składania ofert (decyzja na zbieranie odpadów na terenie PSZOK), nie zaś konieczność posiadania stosownych uprawnień na etapie realizacji zamówienia. Skoro zatem całkowicie uzasadnionym jest przyjęcie, że odwołujący jest w stanie wykonać prawidłowo zamówienie, nie sposób przyjąć,

że uchybienie zamawiającego przejawiające się w jego nieprecyzyjności mogłoby skutkować unieważnieniem umowy. Nic bowiem nie stoi na przeszkodzie, żeby umowę zawrzeć i wykonać, a więc tym bardziej nie może być mowy o konieczności jej unieważnienia. Brak podstaw faktycznych i prawnych do przyjęcia takiego założenia a zatem tym bardziej, nie byłoby możliwe zastosowanie do tak zawartej umowy podstawy do jej unieważnienia w oparciu o art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Reasumując podniósł, że wada zamawiającego, przejawiająca się w jego niedokładności przy sporządzaniu SIWZ, z całą pewnością nie jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a jednocześnie nieprecyzyjność postanowień specyfikacji nie może obciążać odwołującego (ani jakiegokolwiek innego wykonawcy biorącego udział w postępowaniu) w żadnym wypadku. W tym przypadku konsekwencja byłaby bardzo poważna, gdyż jest nią *de facto* nieuzyskanie zamówienia z uwagi na unieważnienie postępowania.

Zamawiający, pismem z dnia 24 kwietnia 2015 r., złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w § 5 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu wraz z opisem sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków oraz określenie przez Zamawiającego wymogów jakie oferowane usługi muszą spełniać” w punkcie 1 podał, że „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w ar. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień Publicznych, dotyczące: 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają

obowiązek ich posiadania; (...).” Jednocześnie w punkcie 2 „Opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków:”, pkt 1.1. podał „w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy nakładają obowiązek ich posiadania – zamawiający nie dokonuje opisu sposobu spełniania warunku”

Nadto w § 6 SIWZ podał także, że „w celu potwierdzenia opisanego przez Zamawiającego warunku dotyczącego posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych zamawiający żąda:

1. Dla udokumentowania spełniania wymaganych warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę, o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający żąda: 1) oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust. 1 (załącznik Nr 3 (...)).”

W „Formularzu oferty”, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ (str. 4) podano, iż „jako zasadnicze załączniki będące integralną częścią niniejszej oferty, a wynikające ze SIWZ załączamy wszystkie wymagane dokumenty i oświadczenia: (...)

- 3) Decyzję zezwalającą na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów,
- 4) Decyzję zezwalającą na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów,
- 5) Wpis do rejestru działalności regulowanej na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Pniewy,
- 6) Wpis do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzony przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, (...).”

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

O udzielenie zamówienia – jak wynika z treści w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków – zgodnie z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp - zamawiający ma obowiązek zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ.

Z kolei art. 26 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Oznacza to, że ze względu na wartość przedmiotu tego konkretnego zamówienia, zamawiający nie mógł poprzestać jedynie na oświadczeniu wykonawcy o posiadaniu stosownych zezwoleń, gdyż przepis ten obliuguje go do żądania od wykonawcy dokumentów na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający, co jest niewątpliwe, nie żądał złożenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia żadnych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności. Wymagał jedynie oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (załącznik nr 3 do SIWZ), w treści którego, mimo iż w SIWZ odnosiło się ono wyłącznie do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych, zawarte było oświadczenie, iż wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Zamawiający w sposób jednoznaczny opisał w SIWZ przedmiot zamówienia, doprecyzowując go pismem z dnia 13 kwietnia 2015 r. (Treść zapytań oraz wyjaśnienia dotyczące zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia), poprzez podanie tabeli odpadów dostarczanych do Punktu Selektynego Zbierania Odpadów Komunalnych w Pniewach przy ul. Strzeleckiej, dz. Nr 2081 wraz z kodami. Niemniej jednak nie doprecyzował wymogów udziału w postępowaniu dotyczących posiadania przez wykonawcę wymaganych prawem uprawnień oraz sposobu ich weryfikacji, podczas gdy okoliczność ta ma istotne znaczenie w sprawie. Realizacja przedmiotu objętego zamówieniem obwarowana jest bowiem licznymi obostrzeniami wyływającymi wprost z przepisów regulujących tę dziedzinę działalności. Wymaga bowiem posiadania zezwolenia oraz wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w tym przypadku z terenu gminy Pniewy. Tego typu zezwolenia mogą mieć przy tym różny zakres, a tym samym obejmować różną kategorię odpadów.

W tym stanie faktycznym przedmiot zamówienia obejmował także zbieranie i transport odpadów o kodach 20 01 15\* oraz 20 01 17\*. Tymczasem zezwoleniem obejmującym wszystkie kategorie odpadów objętych przedmiotem zamówienia, w tym odpady o kodach 20 01 15\* i 20 01 17\* legitymował się tylko jeden z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Dokument ten nie był żądany przez zamawiającego. Niemniej jednak został przedłożony przez wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie, przy czym tylko z dokumentu złożonego przez jednego wykonawcę wynikała możliwość świadczenia pełnego zakresu tego zamówienia. A ponieważ zamawiający, formułując warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, poprzestał na powtórzeniu normy prawnej z art. 22 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, nie było prawnej możliwości wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów, z których wynikałoby posiadanie przez nich wymaganych przepisami uprawnień.

Tymczasem to obowiązkiem zamawiającego było określenie w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ jakimi zezwoleniami mają się legitymować wykonawcy ubiegający się o udzielenie tego zamówienia. Zamawiający nie ma bowiem prawa oceniać ofert w oparciu o dokumenty, których nie podał w ogłoszeniu o zamówieniu. Dlatego też taka informacja winna być przez niego wprost wyartykułowana.

Tym samym Izba uznała, że zamawiający prawidłowo uczynił unieważniając przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Zaistniała wada (brak żądania dokumentów potwierdzających uprawnienia wykonawcy) mogła bowiem mieć wpływ na wynik tego postępowania. Opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, a raczej jego całkowity brak spowodował, że faktycznie nie można było na warunkach porównywalnych dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający na obecnym etapie postępowania nie mógł już uzupełnić treści ogłoszenia i SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu przez wskazanie jakich zezwoleń wymaga od wykonawcy. Także wykonawcy nie mogli uzupełnić złożonych ofert ponad dokumenty wcześniej wymagane.

Zawarcie umowy z wykonawcą, który nie posiadałby wymaganych prawem zezwoleń stanowiłoby podstawę do jej unieważnienia, gdyż świadczenie usług w obrębie działalności regulowanej przez podmioty, które nie posiadają stosownych zezwoleń jest ustawowo zabronione i zagrożone sankcjami. Tak więc powyższe stanowiłoby obligatoryjną przesłankę unieważnienia umowy.

Także podnoszona przez odwołującego okoliczność, że w chwili zawierania umowy z zamawiającym posiadałby wymagane zezwolenie nie może zostać uznana za wystarczającą do stwierdzenia, że usunięto wadę postępowania. W takim bowiem przypadku doszłoby do naruszenia przepisów ustawy Pzp, a w szczególności art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem równych praw wykonawców i uczciwej konkurencji oraz wyboru oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Dlatego też Izba uznała, iż zamawiający prawidłowo uczynił unieważniając przedmiotowe postępowanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych przez odwołującego w treści odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich



rozliczenia (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....