

WYROK
z dnia 28 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2014 r. przez wykonawcę SG Synergia Sp. z o. o. S.K.A. w Pszczynie w postępowaniu prowadzonym przez Instytut Metali Nieżelaznych w Gliwicach Oddział w Legnicy w Legnicy

przy udziale wykonawcy Eko Serwis Sp. z o.o. w Policach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża SG Synergia Sp. z o. o. S.K.A. w Pszczynie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez SG Synergia Sp. z o. o. S.K.A. w Pszczynie tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od SG Synergia Sp. z o. o. S.K.A. w Pszczynie na rzecz Instytutu Metali Nieżelaznych w Gliwicach Oddział w Legnicy kwotę 5 255 zł 23 gr (słownie: pięć tysięcy dwieście pięćdziesiąt pięć złotych dwadzieścia trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Legnicy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Instytut Metali Nieżelaznych w Gliwicach Oddział w Legnicy w Legnicy - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest odbiór, transport i zagospodarowanie żużla z produkcji stopów ołowiu.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 20 września 2014 r. pod nr 2014/S 181-319611.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

7 listopada 2014 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania o udzielanie zamówienia publicznego, w związku z czym 17 listopada 2014 r. wykonawca - SG Synergia Sp. z o. o. S.K.A. w Pszczynie - wniósł odwołanie. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w z w. z art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia i uznania za odrzuconą oferty EKO-SERWIS Sp. z o. o. w Policach oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe MARBET Sp. z o. o., MW Organizacja Odzysku i Recyklingu Sp. z o. o., J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKO Trans-Bud J. G. z powodu nie wykazania posiadania stosownych uprawnień na transport, zbieranie oraz odzysk lub unieszkodliwianie odpadów, a w konsekwencji również braku wykazania spełnienia warunków pkt 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ);

2. art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp przez wybór EKO SERWIS Sp. z o. o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe MARBET Sp. z o. o., MW Organizacja Odzysku i Recyklingu Sp. z o. o., J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKO Trans-Bud J. G., którzy w zakresie objętym zamówieniem nie posiadają uprawnień do wykonywania określonych w zamówieniu czynności;

3. art. 82 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty nie odpowiadającej treści SIWZ;

4. art. 36 ust. 1 Pzp przez dokonywanie przez zamawiającego dowolnej i rozszerzającej wykładni SIWZ;

5. art. 7 ust 3 Pzp przez udzielenie zamówienia EKO-SERWIS Sp. z o. o. która została wybrana z rażącym naruszeniem przepisów Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty EKO-SERWIS Sp. z o. o. jako oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności oceny ofert i wykluczenia z postępowania EKO-SERWIS Sp. z o. o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MARBET Sp. z o. o., MW Organizacja Odzysku i Recyklingu Sp. z o. o., J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKO Trans-Bud J. G.;
3. odrzucenia ofert wymienionych wykonawców, jako niezgodnych z treścią SIWZ lub złożonych przez Wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania;
4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej;
5. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

Odwołujący wywodził, że w pkt 4 SIWZ zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu w ten sposób, że do wykonania zamówienia niezbędne są uprawnienia do dokonania odzysku lub unieszkodliwienia odpadów, których nie posiadają wykonawcy wymienieni w treści zarzutów.

Wykonawca Eko Serwis Sp. z o.o. w Policach przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 4 SIWZ przedmiotem zamówienia jest odbiór (załadunek), transport i zagospodarowanie do 20.000 ton odpadowego żużla wytwarzanego podczas produkcji stopów ołowiu (odpad o kodzie 10 04 01).

Zamawiający dopuścił przekazanie odpadu wykonawcy, współpracującemu z podmiotem (lub podmiotami) posiadającymi stosowne zezwolenie na transport i/lub zagospodarowanie. Wymagał w związku z tym, aby wykonawca będący pośrednikiem w obrocie odpadami dostarczył zamawiającemu potwierdzone za zgodność z oryginałem;

- kopię umowy o współpracy z podmiotem uprawnionym do odbioru odpadów;

- kopię decyzji zezwalającej na transport i zagospodarowanie odpadu podmiotu, który będzie z nim współpracował.

W pkt 6 SIWZ zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Natomiast w pkt 7 ppkt 7 SIWZ wymagał złożenia wraz z ofertą poświadczoną za zgodność z oryginałem kopii decyzji zezwalającej na transport i zagospodarowanie odpadowego zużła.

Przystępujący wraz z ofertą złożył decyzję starosty polickiego z 3 grudnia 2013 r. zezwalającej na gospodarowaniu odpadami w sposób polegający na zbieraniu i transporcie odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne wyszczególnionych w załącznikach odpowiednio 1 i 2.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MARBET Sp. z o. o., MW Organizacja Odzysku i Recyklingu Sp. z o. o., J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKO Trans-Bud J. G. złożyli dwie decyzje: starosty głogowskiego z 2 września 2014 r. zezwalającej EKO Trans-Bud J. G. na prowadzenie działalności w zakresie transportu na terenie całego kraju odpadów o wymienionych kodach oraz decyzję starosty głogowskiego z 22 lipca 2014 r. zezwalającej MW Organizacja Odzysku i Recyklingu Sp. z o. o. na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów o wskazanych kodach.

Wymienionych ustaleń Izba dokonała na podstawie SIWZ oraz ofert (kopie w aktach sprawy).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Okoliczności faktyczne, czyli brzmienie kwestionowanych postanowień SIWZ, nie są sporne. Przedmiotem sporu jest przede wszystkim ocena prawna, czy dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie stanowi ograniczenia uczciwej konkurencji.

Odwołanie okazało się bezzasadne.

W pierwszej kolejności przypomnieć należy, że przy ocenie zgodności z przepisami ustawy czynności lub zaniechania zamawiającego Izba uwzględni postanowienia SIWZ obowiązujące w danym postępowaniu, które wiążą na równych prawach zamawiającego i

wykonawców. Zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia - uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wymóg przejrzystości działań zamawiającego - sprzeciwiają się temu, aby dokonywać oceny w stosunku do sytuacji podmiotowej wykonawców oraz złożonych przez nich ofert na podstawie wymagań, które nie zostały jasno wyrażone w SIWZ.

Przyjmuje się zatem, że w procesie wykładni postanowień SIWZ pierwszorzędne zastosowanie znajduje wykładnia literalna. Jednym z postulatów wykładni literalnej jest, że jeżeli określony termin należy do terminów specyficznych w określonej dziedzinie wiedzy, to należy przyjąć, iż termin ten ma takie znaczenie, jak w tych dziedzinach (domniemanie znaczenia specjalnego).

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że zakres i treść uprawnienia do zagospodarowanie odpadów wymaganego przez zamawiającego w badanym postępowaniu określa samodzielnie pkt 7 ppkt 7 SIWZ i nie podlega ustaleniu w oparciu o opis przedmiotu zamówienia.

Pojęcie zagospodarowania odpadów użyte w pkt 7 ppkt 7 SIWZ zostało zdefiniowane w art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 ze zm.) i w powinno być wykładane zgodnie z przywołanym przepisem. Stanowi on, że pod pojęciem gospodarowanie odpadami należy rozumieć zbieranie, transport, przetwarzanie odpadów, łącznie z nadzorem nad tego rodzaju działaniami, jak również późniejsze postępowanie z miejscami unieszkodliwiania odpadów oraz działania wykonywane w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami. Kolejno art. 3 pkt 34 ustawy o odpadach stanowi, że zbieranie odpadów to gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b.

Wobec powyższego decyzje złożone przez przystępującego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe MARBET Sp. z o. o., MW Organizacja Odzysku i Recyklingu Sp. z o. o., J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EKO Trans-Bud J. G. zezwalające na transport i zbieranie odpadów odpowiada opisanemu przez zamawiającemu wymaganiu posiadania decyzji zezwalającej na transport i zagospodarowanie odpadów. Wymienieni wykonawcy będą działali w charakterze pośredników w obrocie odpadami. Pośrednictwo takie zostało wyraźnie dopuszczone przez zamawiającego w pkt 4 SIWZ i mieści się w szerokiej definicji gospodarowania odpadami wskazanej w art. 3 pkt 2 ustawy o odpadach.

Zamawiający nie dopuścił się zatem dowolnej i rozszerzającej wykładni SIWZ, natomiast to prezentowana przez odwołującego interpretacja postanowień SIWZ prowadzi

do zawężenia pojęcia gospodarowania odpadami, które zostało użyte przez zamawiającego w pkt 7 ppkt 7 SIWZ w znaczeniu szerokim bez żadnego ograniczenia w stosunku do definicji ustawowej.

Izba nie uwzględniła wykładni pkt 7 ppkt 7 SIWZ prezentowanej przez odwołującego w oparciu o odpowiedzi Ministerstwa Ochrony Środowiska oraz brzmienie dyrektywy. Pogląd odwołującego stanowi w istocie spóźnioną i niedopuszczalną na etapie oceny ofert polemikę z literalną treścią SIWZ. Uprawnienie do kształtowania postanowień SIWZ wygasa bowiem z upływem terminu składania ofert (arg. z art.38 ust. 4 Pzp).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 5.255 zł 23 gr, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu pełnomocnika na posiedzenie. Zwrot kosztów poniesionych przez przystępującego jest możliwy w razie oddalenia odwołania wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający uwzględni zarzuty odwołania w całości, a przystępujący wniesie sprzeciw, co wynika z § 5 pust. 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: