

Sygn. akt: KIO 1397/11

WYROK

z dnia 12 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lipca 2011 r. przez wykonawcę **Środowisko i Innowacje Sp. z o.o., 28-142 Tuczępy, Dobrów 8** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Knyszyn, 19-120 Knyszyn, ul. Rynek 39**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy **Środowisko i Innowacje Sp. z o.o.** i odrzucenia jego oferty oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Knyszyn, 19-120 Knyszyn, ul. Rynek 39** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Środowisko i Innowacje Sp. z o.o., 28-142 Tuczępy, Dobrów 8** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Środowisko i Innowacje Sp. z o.o., 28-142 Tuczępy, Dobrów 8** kwoty **2 500 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące pięćset złotych zero groszy) stanowiącej różnicę pomiędzy wpisem uiszczonym a wpisem należnym;

- 2.3. zasądza od **Gminy Knyszyn, 19-120 Knyszyn, ul. Rynek 39** na rzecz **Środowisko i Innowacje Sp. z o.o., 28-142 Tuczępy, Dobrów 8** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania zaliczonego w poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Białymstoku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Knyszyn zwana dalej Zamawiającym prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na demontaż, transport i utylizację wyrobów zawierających azbest z terenu Gminy Knyszyn.

W dniu 1 lipca 2011 r. wykonawca Środowisko i Innowacje Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego z dnia 27 czerwca 2011 r. polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tym samym dniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 i ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp przez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenie jego oferty oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „Czyścioch” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że ani w treści ogłoszenia o zamówieniu, ani w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie wskazał, iż wymaga przedstawienia opatrzonej klauzulą prawomocności decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami niebezpiecznymi wydanej przez właściwy organ zgodnie z art. 17 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243). Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, wezwanie do uzupełnienia dokumentów wystosowane przez Zamawiającego do Odwołującego uznać należy za ustanowienie nowych warunków w postępowaniu, co jest niezgodne z art. 25 oraz art. 29 i art. 36 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z wymaganiem Zamawiającego zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożył wraz z ofertą ważną decyzję zatwierdzającą program gospodarki odpadami niebezpiecznymi wydaną przez właściwy organ zgodnie z art. 17 ustawy o odpadach. Dodatkowo, w związku z wezwaniem z dnia 9 czerwca 2011 r. do uzupełnienia decyzji opatrzonej przez organ, który ją wydał, klauzulą prawomocności, pracownik Odwołującego udał się do siedziby Zamawiającego, gdzie

przedłożył posiadaną decyzję. Ponadto, w obecności panów Wojciecha Lasika podinspektora ds. budownictwa w gminie Knyszyn oraz Krzysztofa Bagińskiego wiceburmistrza Knyszyna skontaktował się telefonicznie z przedstawicielem Świętokrzyskiego Urzędu Marszałkowskiego, który zapewnił pana Wojciecha Lasika, iż posiadana decyzja jest ważna, prawomocna oraz że nie ma potrzeby opatrzenia jej klauzulą prawomocności.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisami kpa decyzja ważna to taka, która obowiązuje w obrocie i nie została uznana przez właściwy organ za nieważną. Odwołujący złożył również oświadczenie, że do decyzji, którą legitymuje się Odwołujący, nie mają zastosowania przesłanki stwierdzenia nieważności decyzji, określone w art. 156 kpa. Odwołujący podkreślił, że przedłożył decyzję posiadającą przymiot ważności, nigdy bowiem nie doszło do stwierdzenia jej nieważności. Oświadczył również, że decyzja, którą posługuje się Odwołujący jest prawomocna, niezależnie od tego, że nie została opatrzona stosowną pieczęcią.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty,
- unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „Czyścioch” Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- ponowne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty Odwołującego,
- unieważnienie czynności zatrzymania wadium,
- zasądzenie na rzecz Odwołującego poniesionych przez Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

W dniu 4 lipca 2011 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Czyścioch” Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu (wpływ na pocztę elektroniczną Departamentu Odwołań Urzędu Zamówień Publicznych).

W dniu 11 lipca 2011 r. (pismem z dnia 8 lipca 2011 r.) Zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której stwierdził, że żądanie złożenia dokumentów w postaci decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami niebezpiecznymi oraz zezwolenia na transport odpadów było uzasadnione z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia.

Zamawiający przyznał, że oferta Odwołującego zawierała wymagane dokumenty, jednak nie opatrzone klauzulą świadczącą o ich prawomocności. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, złożone przez Odwołującego dokumenty zawierały błędy, bowiem z ich

treści nie wynikało, że są to decyzje ważne. Zamawiający wskazał, że wyznaczony przez niego termin na uzupełnienie ww. dokumentów był wystarczający, bowiem w praktyce uzyskanie stosownych klauzul potwierdzających prawomocność decyzji następuje bez zbędnej zwłoki.

Zamawiający zauważył również, że w treści odwołania Odwołujący odnosi się jedynie do decyzji o zatwierdzeniu gospodarki odpadami z dnia 13 kwietnia 2010 r.

Za błędne uznał Zamawiający twierdzenie Odwołującego o prawomocności decyzji z uwagi na brak możliwości ich zaskarżenia wskazując, że w treści przedmiotowych dokumentów znajduje się pouczenie o przysługujących środkach ochrony prawnej. Ustosunkowując się do twierdzenia Odwołującego, że wydane pozwolenia są ważne, ponieważ uwzględniają żądanie wnioskodawcy Zamawiający wskazał, że zgodnie z kpa, jeżeli decyzja w całości uwzględnia żądanie, wówczas organ może jedynie odstąpić od uzasadnienia decyzji, jednak nie czyni to decyzji automatycznie prawomocną. Okoliczność, że wnioskodawca jest jedynym adresatem zezwolenia, które zarazem uwzględnia w całości jego roszczenie redukuje ryzyko wniesienia odwołania, jednak z formalnego punktu widzenia konieczne jest opatrzenie decyzji pieczętąką prawomocności w celu potwierdzenia, że istotnie uzyskane pozwolenie uzyskało status ważnej decyzji i funkcjonuje w związku z tym w obrocie prawnym.

W opinii Zamawiającego, przeprowadzona z pracownikiem organu, który wydał decyzję, rozmowa telefoniczna nie stanowi potwierdzenia prawomocności decyzji. Zamawiający dopuścił w specyfikacji jako formę porozumiewania się z wykonawcami formę pisemną oraz faks. Zamawiający podkreślił, że w wezwaniu wymagał dostarczenia prawomocnej decyzji, a nie oświadczenia o dysponowaniu takim dokumentem. W ocenie Zamawiającego, stwierdzenie określonych stanów faktycznych tylko i wyłącznie na zasadzie domniemania byłoby działaniem bezprawnym.

Zamawiający stwierdził, że nie zastosował wobec Odwołującego sankcji zatrzymania wadium uznając, że sposób, w jaki Odwołujący zastosował się do wezwania, sankcjonować należało wyłącznie wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem jego oferty.

Izba uznała zgłoszenie przystąpienia Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „Czyścioch” Sp. z o.o. za nieskuteczne. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. W §5 rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań ustawodawca wskazał,

że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wnoszone drogą elektroniczną, opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu przekazuje się za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej Izby udostępnionej na stronie internetowej Urzędu. Zgłoszenie przystąpienia Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „Czyścioch” Sp. z o.o. zostało dokonane w formie elektronicznej bez użycia elektronicznej skrzynki podawczej Izby. Tym samym, z uwagi na niedochowanie wymaganej przepisami prawa formy zgłoszenia przystąpienia, Izba uznała je za nieskuteczne.

W toku rozprawy Odwołujący złożył oświadczenie, że wycofuje wniosek o unieważnienie czynności zatrzymania wadium. W pozostałym zakresie podtrzymał swoje stanowisko.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 maja 2011 r. pod nr 131460-2011.

Wartość zamówienia została określona przez Zamawiającego na kwotę 71 601,86 zł, co stanowi równowartość 18 651,17 euro (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, DRUK ZP-PN).

W rozdziale II specyfikacji istotnych warunków zamówienia na potwierdzenie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający żądał przedłożenia przez wykonawcę m.in.:

- ważnej decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami niebezpiecznymi wydanej przez właściwy organ zgodnie z art. 17 ustawy o odpadach,
- zezwolenia na transport odpadów zgodnie z art. 28 ustawy o odpadach.

Odwołujący złożył wraz z ofertą decyzję z dnia 13 kwietnia 2010 r. zatwierdzającą program gospodarki odpadami wydaną dla Środowisko i Innowacje Sp. z o.o. przez Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego (strony 4-10 oferty). Jako termin obowiązywania ww. decyzji wskazano dzień 12 kwietnia 2020 r. (strona 4 decyzji).

Odwołujący złożył również decyzję z dnia 6 października 2005 r., w której Starosta Buski zezwolił firmie Chempol Sp. z o.o. na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych na terenie całego kraju (strony 13-15 oferty). Zezwolenia udzielono na okres do 6 października 2015 r. (pkt II). Odwołujący dołączył również decyzję Starosty Buskiego z dnia 28 listopada 2007 r. zmieniającą ww. decyzję Starosty Buskiego z dnia 6 października 2006 r. (strony 11-12 oferty). Ww. decyzją zmieniono nazwę

wnioskodawcy Chempol Sp. z o.o. zastępując ją nazwą Środowisko i Innowacje Sp. z o.o. Pozostałe postanowienia decyzji pozostały bez zmian.

W dniu 9 czerwca 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do dostarczenia m.in.:

- decyzji z dnia 13 kwietnia 2010 r. wydanej przez Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego zatwierdzającej program gospodarki odpadami opatrzonej klauzulą prawomocności,
- decyzji Starosty Buskiego z dnia 28 listopada 2007 r. w sprawie zmiany decyzji z dnia 6 października 2005 r. opatrzonej klauzulą prawomocności.

W odpowiedzi Odwołujący złożył ww. decyzje o treści jednakowej jak dokumenty załączone do oferty.

W dniu 27 czerwca 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „Czyścioch” Sp. z o.o. oraz o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na złożenie decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami niebezpiecznymi oraz zezwolenia na transport odpadów nie opatrzonych klauzulą prawomocności.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania. Odwołujący kwestionuje czynność Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty, a w konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej. Zakres zarzutów podniesionych przez Odwołującego wskazuje na uszczerbek w jego interesie polegający na utracie możliwości uzyskania zamówienia. O braku interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia nie może świadczyć fakt, że Odwołujący nie kwestionował czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów. Sama czynność wezwania nie pociąga za sobą negatywnych konsekwencji dla wykonawcy – skutek przynosi ocena przez Zamawiającego dokumentów złożonych na wezwanie tj. w niniejszej sprawie wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty.

Izba nie zgodziła się z twierdzeniem Zamawiającego, że rozpoznawane odwołanie dotyczy jedynie decyzji o zatwierdzeniu gospodarki odpadami z dnia 13 kwietnia 2010 r. Odwołujący postawił zarzuty wobec czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego

oferty, a także wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem wobec okoliczności, iż powodem wykluczenia Odwołującego był brak zarówno decyzji o zatwierdzeniu gospodarki odpadami, jak i zezwolenia na transport odpadów opatrzonej klauzulą prawomocności Izba uznała, że Odwołujący kwestionuje ww. czynność w całości, a przywoływanie w uzasadnieniu odwołania wyłącznie decyzji o zatwierdzeniu gospodarki odpadami z dnia 13 kwietnia 2010 r. stanowi jedynie argumentację. Powyższe potwierdził również Odwołujący na rozprawie.

Odnosząc się do zarzutu związanego z powodem wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i konsekwencji w postaci odrzucenia oferty Odwołującego Izba stwierdziła, że ww. czynność Zamawiającego była nieuprawniona. Bezsporne w sprawie jest brzmienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie żądanych dokumentów stanowiących przedmiot sporu. Jak wskazano powyżej, Zamawiający wymagał złożenia ważnej decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami niebezpiecznymi wydanej przez właściwy organ zgodnie z art. 17 ustawy o odpadach oraz zezwolenia na transport odpadów zgodnie z art. 28 ustawy o odpadach. Formułując sporne wymogi Zamawiający nie posłużył się pojęciem „prawomocnej” czy „ostatecznej”, które to pojęcia funkcjonują w prawie administracyjnym, a użył pojęcia „ważnej”, które wobec braku legalnej definicji należy interpretować jako określenie potoczne. Tym samym, za decyzję ważną należy uznać decyzję obowiązującą, aktualną, funkcjonującą w obrocie prawnym. W żadnym razie z użytego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sformułowania nie wynikał obowiązek wykonawców złożenia dokumentów opatrzonej klauzulą prawomocności. Co więcej, wskazać należy, że okoliczność, iż decyzja nie została opatrzona ww. klauzulą nie oznacza, że nie jest ona prawomocna.

Ponadto, z całą mocą należy podkreślić, że wszelkie wymagania powinny być przez Zamawiającego określone na etapie ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które stanowią podstawowe dokumenty mające wpływ na wynik postępowania, kształtujące sposób realizacji zamówienia oraz jego efekt. Dokumenty te są wiążące zarówno dla wykonawców, jak i dla Zamawiającego, stąd powinny być czytelne i precyzyjne, nie budzić wątpliwości interpretacyjnych. Niejednoznaczność ww. dokumentów nie może pociągać za sobą negatywnych skutków dla wykonawcy. Treść ogłoszenia i specyfikacji nie może zostać zmodyfikowana na etapie oceny ofert. Zmiany specyfikacji i ogłoszenia mogą być dokonywane tylko przed terminem składania ofert na podstawie art. 38 ust. 4 - 6 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę terminy obowiązywania wskazane w złożonych przez Odwołującego decyzji zatwierdzającej program gospodarki odpadami oraz zezwoleniu na transport odpadów, oświadczenie Odwołującego złożone w treści odwołania o braku wzruszenia ww. decyzji, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również

okoliczność, że Zamawiający nie zakwestionował treści ww. decyzji, prawidłowości ich wydania, okresu obowiązywania itp. Izba stwierdziła, że żądanie przez Zamawiającego uzupełnienia spornych dokumentów opatrzonych klauzulą prawomocności było nieuprawnione. Wobec zaniechania postawienia wymogu złożenia ww. dokumentów opatrzonych klauzulą prawomocności w treści specyfikacji, Zamawiający powziawszy wątpliwości w zakresie przedmiotowych dokumentów, mógł skorzystać z uprawnienia do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że Zamawiający nie miał uprawnień do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty. Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego. Do kosztów postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie Izba zaliczyła stosownie do § 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. Nr 41, poz. 238) koszty wpisu w kwocie 7 500 zł. Zgodnie z §1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy i usługi, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi 7 500 zł. Wobec uiszczenia przez Odwołującego wpisu w kwocie 10 000 zł Izba nakazała zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty stanowiącej różnicę pomiędzy wpisem uiszczonym a wpisem należnym.

Jednocześnie Izba nie uwzględniła zawartego w odwołaniu wniosku o zasądzenie na rzecz Odwołującego poniesionych kosztów postępowania według norm przepisanych stwierdzając na podstawie § 3 ust. 2 rozporządzenia w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, że koszty te powinny zostać wykazane stosownym rachunkiem, czego Odwołujący zaniechał.

Przewodniczący: