

Sygn. akt: KIO 2897/12

**WYROK**  
**z dnia 16 stycznia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 stycznia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2012 r. przez **Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Kanałowa 2, 82-100 Nowy Dwór Gdański** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Nowy Dwór Gdański, ul. Wejhera 3, 82-100 Nowy Dwór Gdański.**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
  
2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Kanałowa 2, 82-100 Nowy Dwór Gdański, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych), uiszczoną przez **Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Kanałowa 2, 82-100 Nowy Dwór Gdański** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **Zakładu Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Kanałowa 2, 82-100 Nowy Dwór Gdański** na rzecz **Gminy Nowy Dwór Gdański, ul. Wejhera 3, 82-100 Nowy Dwór Gdański** kwotę **3 795 zł 90 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset dziewięćdziesiąt pięć złotych dziewięćdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu na rozprawę, zgodnie ze złożonymi rachunkami.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Gmina Nowy Dwór Gdański prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest oczyszczanie ulic i chodników na terenie Gminy Nowy Dwór Gdański w 2013 roku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 grudnia 2012 roku pod poz. 490990-2012.

W dniu 27 grudnia 2012 roku odwołujący - Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu:

1. zaniechanie uznania za odrzuconą oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie potwierdzenia przez tego wykonawcę - Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno Porządkowych Sp. z o. o. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz zasobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz złożenia nieprawdziwych informacji w wyżej wskazanym zakresie,
2. bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego - Zakładu Gospodarki Komunalnej Nowy Dwór Gdański Sp. z o. o. z powodu błędnego ustalenia, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
3. nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Wskazując na powyższe, odwołujący podniósł, że zamawiający swymi działaniami i zaniechaniami naruszył art. 24 ust. 4 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp a także naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 przez niezapewnienie zachowanie uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 21 grudnia 2012 roku został poinformowany o wynikach oceny i badania ofert oraz wyborze najkorzystniejszej oferty. Wskazując na posiadany interes we wniesieniu odwołania podniósł, że decyzja zamawiającego o wyborze Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno Porządkowych Sp. z o.o. jest wadliwa z uwagi na to, że wykonawca ten nie dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz zasobami zdolnymi do wykonania zamówienia a wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w wyżej wskazanym zakresie. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stwierdził, że spełnianie warunku z art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy nastąpi przez wykazanie przez wykonawcę dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Przez dysponowanie zamawiający zdefiniował posiadanie niezbędnego do wykonania usługi sprzętu w okresie zimowym - jednostek transportowych z piaskarką pługiem w ilości 3 sztuk. w: tym 1 sztuki o ciężarze nieprzekraczającym 2 ton - przeznaczony do oczyszczania chodników lub zapewnienie tegoż sprzętu przez wynajem

(potwierdzone dokumentami własności, najmu, dzierżawy itp. potwierdzonymi za zgodność z oryginałem) lub wykazanie sprzętu posiadanego przez podwykonawcę robót wskazanego w ofercie przetargowej. Tymczasem Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno Porządkowych Sp. z o.o. ograniczyło się do enumeratywnego wskazania ruchomości w postaci: 1. samochodu ciężarowego MAN o numerze rejestracyjnym GND T462, 2. samochodu ciężarowego Volkswagen Transporter o numerze rejestracyjnym GND 01048. 3. ciągnika rolniczego MTZ - 2 o numerze rejestracyjnym GND 5C79. 4. ciągnika rolniczego ZETOR o numerze rejestracyjnym GND C776, 5. przyczepy o numerze rejestracyjnym GND T278. 6. przyczepy o numerze rejestracyjnym GND P311. Żaden z wyżej wymienionych pojazdów nie jest piaskarką z pługiem, tak jak przewiduje to specyfikacja, w związku z czym przedstawione wyliczenie nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Odwołujący ponadto kwestionuje, iż Wykonawca dysponuje pojazdami określonymi w SIWZ. Odwołujący zwrócił także uwagę, iż naruszony został art. 44 ustawy, zgodnie z którym Wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, również te dokumenty. Tym samym nie spełniono warunku określonego w specyfikacji, aby potencjał techniczny został potwierdzony dokumentami.

Odnosnie bezzasadnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem zamawiającego ujętym w decyzji o odrzuceniu że nie wykazał, iż posiada zezwolenie na zbieranie, transport i unieszkodliwianie zwłok bezdomnych zwierząt i ich części obejmujących teren miasta i Gminy Nowy Dwór Gdański. Odwołujący przedłożył umowę z dnia 10 grudnia 2009 roku (przed upływem terminu składania ofert) zawartą z Przedsiębiorstwem Przemysłowo - Handlowym „HETMAN” Spółka z o. o., której przedmiotem była usługa odbioru i utylizacji od Dostawcy (Wykonawcy) padłych sztuk zwierząt klasyfikowanych jako odpady posiadającego zezwolenie weterynaryjne na utylizację i odbiór tego typu odpadów. Niezależnie od powyższego odwołujący czynił starania o uzyskanie stosownego uprawnienia, w konsekwencji w dniu 20 grudnia 2012 roku została wydana stosowna decyzja potwierdzająca jej nadanie. Jak wynika z dokumentów złożonych w toku postępowania odwołujący wskazał, iż w dniu złożenia oferty trwało postępowanie o wydanie decyzji o treści w powyżej wskazanym zakresie. Tryb ten został przez odwołującego potwierdzony stosownymi dokumentami. Niemniej jednak, fakt nieposiadania tego uprawnienia nie powinien mieć negatywnego wpływu na wynik niniejszego postępowania, bowiem warunek został spełniony przez przedłożenie umowy odbioru odpadów: kat. 1.2 zawartej w dniu 10 grudnia 2009 roku. Aktywność odwołującego w tym zakresie stanowi niewątpliwie dodatkowy atut ubiegającego się o udzielenie zamówienia. W ocenie odwołującego, niezmiernie istotny jest także fakt, iż w latach ubiegłych, odwołujący przedkładając tę samą umowę odbioru odpadów kat. 1,2 z dnia 10 grudnia 2009 roku nie

został odrzucony z uwagi na niespełnienie warunków wskazywanych w zawiadomieniu Burmistrza Nowego Dworu Gdańskiego z dnia 20 grudnia 2012 roku.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania: Prezesa Zarządu Zakładu Gospodarki Komunalnej Nowy Dwór Gdański Sp. z o.o. – M..... S..... oraz wiceprezesa Zarządu PPM „HETMAN” – D..... A..... - na okoliczność zakresu umowy zawartej w dniu 10 grudnia 2009 r. we Florianowie oraz na okoliczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to jest posiadania technicznych możliwości na zbieranie, transport i unieszkodliwianie zwłok bezdomnych zwierząt i ich części obejmujący teren miasta i gminy Nowy Dwór Gdański. Do odwołania odwołujący załączył decyzję z dnia 10 stycznia 2008 roku nr 3/2008 wydaną dla Przedsiębiorstwa Przemysłowo - Handlowego Hetman Sp. z o.o., zatwierdzającą prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportowania, spalania ubocznych produktów zwierzęcych kategorii 1, 2.

W dniu 10 stycznia 2013 roku, zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

**Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem rozpatrywanego zamówienia publicznego jest oczyszczanie ulic i chodników na terenie gminy Nowy Dwór Gdański. Wartość zamówienia nie przekracza kwot, od których uzależniony jest obowiązek publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

W dziale V. 1 specyfikacji istotnych warunków (dalej siwz) zamówienia zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia oraz spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, a w szczególności posiadają: 1. wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, 2. zezwolenie na zbieranie, transport i unieszkodliwianie zwłok bezdomnych zwierząt i ich części obejmujące teren miasta i gminy Nowy Dwór Gdański.

W dziale VI zamawiający wskazał, że w zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, oprócz oświadczeń należy załączyć do oferty m.in. stosowne zezwolenia. Celem potwierdzenia spełniania wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności odwołujący załączył do oferty umowę z dnia 10 grudnia 2009 roku

zawartą z Przedsiębiorstwem Przemysłowo - Handlowym Hetman Sp. z o.o., której przedmiotem była usługa odbioru i utylizacji do dostawcy padłych sztuk zwierząt klasyfikowanych jako odpady kategorii 1,2. Pismem z dnia 17 grudnia 2012 roku zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów w postaci m.in. zezwolenia na zbieranie, transport i unieszkodliwianie zwłok bezdomnych zwierząt i ich części obejmujące teren miasta i gminy Nowy Dwór Gdański. W odpowiedzi, w dniu 20 grudnia 2012 roku, odwołujący przedstawił decyzję nr 464/2012 wydaną przez Powiatowego Lekarza Weterynarii zatwierdzającą warunkowo do dnia 19 marca 2013 roku podmiot – Zakład Gospodarki Komunalnej – w zakresie prowadzenia zakładu pośredniego kategorii 1. Do pisma z dnia 20 grudnia 2012 roku odwołujący załączył pismo z dnia 6 listopada, z którego wynika, że zwrócił się o rozszerzenie decyzji nr 240/2007 z dnia 21 czerwca 2007 roku (..) o prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportowania, przechowywania lub usuwania ubocznych produktów pochodzenia zwierzęcego (..) kategorii 1 – zwłoki zwierząt. Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 14 grudnia 2012 roku wpłynęły oferty dwóch wykonawców: oferta odwołującego - z ceną 174 846,75 zł oraz oferta Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno Porządkowych - z ceną 209 500 zł.

**Izba zważyła, co następuje:**

**Odwołanie podlega oddaleniu.**

Odwołujący jako podmiot, który został wykluczony z udziału w postępowaniu legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponadto na skutek działań i zaniechań zamawiającego może doznać uszczerbku polegającego na braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Z uwagi na to, że wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia publicznego nie przekracza progów unijnych, zgodnie z treścią art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie może dotyczyć wyłącznie czynności bezpośrednio godzących w interes odwołującego polegających na wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, odrzuceniu jego oferty. W postępowaniu, którego wartość nie przekracza progów unijnych niedopuszczalne jest kwestionowanie zaniechania wykluczenia czy odrzucenia oferty innego wykonawcy, biorącego udział w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe, przedmiotem merytorycznego rozpoznania nie mogą być zarzuty zgłoszone pod adresem wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno Porządkowych Sp. z o.o.

Izba uznała, że zarzut niezasadnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty nie zasługuje on na uznanie.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu oraz wskazał dokumenty i oświadczenia, które należy złożyć celem potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę tych warunków. Nie budzi wątpliwości Izby, że jednym z dokumentów który miał potwierdzać posiadanie przez wykonawcę uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności było zezwolenie na zbieranie, transport i unieszkodliwianie zwłok bezdomnych zwierząt i ich części obejmujące teren miasta i gminy Nowy Dwór Gdański. Bezspornym jest, że stosowne zezwolenie nie zostało załączone do upływu terminu składania ofert. Załączona do oferty umowa z dnia 10 grudnia 2009 roku zawarta z Przedsiębiorstwem Przemysłowo - Handlowym Hetman Sp. z o.o., której przedmiotem jest usługa odbioru i utylizacji padłych sztuk zwierząt klasyfikowanych jako odpady kategorii 1, 2, nie jest decyzją administracyjną (zezwoeniem), jakiej wymagał zamawiający celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Umowa ta stanowi jedynie potwierdzenie istnienia porozumienia między stronami, w oparciu o który Przedsiębiorstwo Przemysłowo Handlowe Hetman Sp. z o.o. zobowiązało się do odbioru i utylizacji od dostawcy padłych sztuk zwierząt klasyfikowanych jako odpady kategorii 1,2. Nie można podzielić stanowiska odwołującego, że jest ona wystarczająca dla potwierdzenia spełnienia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przedstawiona, w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, decyzja nr 464/12 z dnia 20 grudnia 2012 roku, wydana po otwarciu ofert, nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postępowaniu nie później niż na dzień składania ofert tj. na dzień 14 grudnia 2012 roku, co powoduje, że niemożliwość uznania jej za dokument potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W tym miejscu wskazać należy na treść art. 26 ust. 2 a ustawy Pzp, z którego wynika obowiązek wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 i braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, nie później niż na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymaga także ugruntowany zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie pogląd, że tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopuszczający możliwość uzupełniania przez wykonawców brakujących, nie złożonych w ofercie dokumentów i oświadczeń jest wyjątkiem od zasady, wynikającej z art. 44 ust. 1 ustawy Pzp składania dokumentów i oświadczeń wraz z ofertą i jako wyjątek od zasady należy go stosować ściśle, nie dopuszczając interpretacji rozszerzającej. Ustawodawca przewidział natomiast, iż w sytuacji dokumentów lub oświadczeń złożonych w wyniku wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 zdanie drugie ustawy Pzp, dokumenty te (jak również oświadczenia) mają potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin

składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Z powołanych przepisów wynika, iż dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu istotne znaczenie dla zamawiającego ma termin składania ofert i na ten dzień zamawiający ocenia spełnianie warunków udziału w postępowaniu. (podobnie wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2013 roku, Sygn. akt KIO 2693/12). Tymczasem przedłożona, w wyniku wezwania do uzupełniania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, decyzja z dnia 20 grudnia 2012 roku nie potwierdza posiadania stosownego zezwolenia nie później niż w dniu składania ofert. Okoliczność, że odwołujący podjął starania o wydanie stosownej decyzji administracyjnej jeszcze przed otwarciem ofert, nie jest okolicznością usprawiedliwiającą wykonawcę i pozwalającą na przyjęcie, że przez wykazanie aktywności w uzyskaniu stosownego zezwolenia potwierdził on spełnianie wymagań specyfikacji. Odmienne stanowisko stanowiłoby rażące naruszenie przepisów ustawy, zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu pozostają twierdzenia odwołującego, że w latach ubiegłych przy tych samych warunkach udziału w postępowaniu i tych samych składanych przez odwołującego dokumentach, jego oferta nie była kwestionowana przez zamawiającego. Ocenie Izby podlega prawidłowość działań zamawiającego podjętych wyłącznie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia i wyłącznie w ściśle określonym zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Stąd również, załączona do odwołania decyzja z dnia 10 stycznia 2008 roku udzielona Przedsiębiorstwu Przemysłowo - Handlowemu Hetman Sp. z o.o. nie może mieć wpływu na wynik przedmiotowego postępowania. Decyzja ta nie została przedłożona zamawiającemu nie tylko w toku oceny ofert (w złożonej ofercie, jak i w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów), ale nie została nawet, jak oświadczyły strony na rozprawie, przedstawiona zamawiającemu wraz z treścią odwołania. Ponadto dotyczy ona podmiotu trzeciego, który nie został wskazany w ofercie jako podwykonawca czy podmiot udostępniający potencjał. Zgłoszone przez odwołującego wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadków na okoliczność potwierdzenia zakresu zawartej umowy z firmą PPH „Hetman” Sp. z o.o. oraz posiadania technicznych możliwości na zbieranie, transport i unieszkodliwianie zwłok bezdomnych zwierząt, są bezprzedmiotowe dla rozstrzygnięcia sporu. Izba oddaliła je, uznając za zbędne i mogące jedynie prowadzić do przedłużenia procedury. Dodatkowo wnioskowany świadek - pani M..... S..... złożyła stosowne wyjaśnienia do protokołu rozprawy jako pełnomocnik odwołującego.

Uwzględniając powyższe Izba orzekła jak w sentencji.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....