

WYROK
z dnia 14 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2017 r., przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **R. S. P. sp. z o.o., A. Firma Handlowo- Usługowa H. S., Zakład (...) K. S., Zakład (...) M. S. sp.j., ul. (...)**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **M. P. K. w P. sp. z o. o., ul. (...)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. Z. Z. R., P.G. K. i M. sp. z o.o., ul. (...)**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. Z. Z. R., P. G. K. i M. sp. z o.o., ul. (...) do uzupełnienia brakujących dokumentów, ponowne badanie i ocenę ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża **M. P. K. w P. sp. z o. o., ul. (...)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: R. S. P. sp. z o.o., A. Firma Handlowo-**

Usługowa H. S., Zakład (...) K. S., Zakład (...) M. S. sp.j., ul. (...), tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **M. P. K. w P. sp. z o. o., ul. (...)** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **R. S. P. sp. z o.o., A. Firma Handlowo-Usługowa H. S., Zakład (...) K. S., Zakład (...) M. S. sp.j., ul. (...)**, kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – M. P. K. w P. sp. z o. o., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Usługa utrzymania czystości i porządku infrastruktury użytkowanej przez MPK P. sp. z o.o. wraz z usuwaniem i zagospodarowaniem odpadów*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 listopada 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 231-421405.

Dnia 16 lutego 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 24 lutego 2017 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: R. S. P. sp. z o.o., A. Firma Handlowo- Usługowa H. S., Zakład (...) K. S., Zakład (...) M. S. sp.j., ul. (...) (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę — konsorcjum wykonawców: „Z. R.” A. Z., spółka „P. G. K. i M.” sp. z o.o. z siedzibą w O. (w dalszej części „konsorcjum Z.”) na:
 - zadanie 1 rejon V i VII oraz
 - zadanie 2,
- 2) zaniechaniu wykluczenia konsorcjum Z. z przedmiotowego postępowania, zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum Z.:

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z punktem V 1.1.2. specyfikacji istotnych warunków przedmiotowego zamówienia (dalej "SIWZ") poprzez jego niezastosowanie i niewykluczenie konsorcjum Z. pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania aktualne zezwolenie właściwego organu, o którym mowa w art. 41 ustawy o odpadach (Dz. U. z 2013 r. Nr 5, poz. 21) - na przetwarzanie odpadów lub zbieranie odpadów w stacji przeładunkowej. Powyższe naruszenie w konsekwencji doprowadziło do tego, że oferta tego wykonawcy nie została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. uwzględnienia odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- (i) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu,
- (ii) wykluczenie konsorcjum Z. z udziału w postępowaniu,
- (iii) odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum Z.,
- (iv) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego konsorcjum

ewentualnie - w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż oferta złożona przez konsorcjum Z. nie podlega odrzuceniu, a wykonawca wykluczeniu - nakazanie zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert i o wezwanie o złożenie odpowiednich dokumentów.

Odwołujący wskazał, iż z pisma Starosty O. z dnia 22 grudnia 2016 r. (znak: OR.1431.14.2016) wynika, że na terenie zakładu PGKiM przy ulicy (...) prowadzona jest zbiórka odpadów. Natomiast stacja przeładunkowa jest inwestycją planowaną i powstanie dopiero w przyszłości przy ul.(...).

Powyższe potwierdza także informacja dostępna na stronie PGKiM. Wynika z niej, że przy ulicy (...) funkcjonuje jedynie Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych. Co istotne, z informacji tej wynika, że do tego punktu nie są przyjmowane zmieszane odpady komunalne.

Za tym, że na terenie zakładu PGKiM przy ulicy (...) nie jest prowadzona stacja przeładunkowa przesądza zarówno treść Planu gospodarki odpadami dla województwa wielkopolskiego na lata 2012-2017, jak i projektu Planu gospodarki odpadami dla województwa wielkopolskiego na lata 2016-2022. W Planie na lata 2012-2017 nie wskazano nigdzie, aby w O. była prowadzona jakakolwiek stacja przeładunkowa. Natomiast w projekcie Planu na lata 2016-2022 (por. strona 147) wskazano, że planowane jest wybudowanie stacji przeładunkowej w O. prowadzonej przez PGKiM, ale przewidywana data zakończenia budowy to rok 2018. Nadto z projektu Planu na lata 2016-2022 nie wynika, gdzie zostanie zlokalizowana owa stacja przeładunkowa w O. Nie mniej, z treści przytoczonego pisma Starosty O. z dnia 22 grudnia 2016 r. (znak: OR.1431.14.2016) wynika, że stacja przeładunkowa powstanie przy ul. (...), a nie przy ulicy (...).

Należy także podkreślić, że konsorcjum Z. nie legitymowało się żadnym innym zezwoleniem w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu sformułowanego w punkcie V 1.1.2. s.i.w.z.

O powyższych okolicznościach zamawiający był informowany przez odwołującego w dwóch pismach wysłanych za pośrednictwem wiadomości e-mail w dniu 2 lutego 2017 r. oraz 8 lutego 2017 r. Reakcją zamawiającego było wezwanie konsorcjum Z. do uzupełnienia oferty oraz udzielenia wyjaśnień zawarte w piśmie z dnia 10 lutego 2017 r. Zamawiający

powołał się na treść pisma Starosty O. z dnia 22 grudnia 2016 r. (OR.1431.14.2016), z którego wynika, że pozwolenie na zbieranie odpadów udzielone PGKiM (to, którym konsorcjum Z. legitymowało się przy spełnieniu warunków postępowania) nie jest pozwoleniem na zbieranie odpadów w stacji przeładunkowej. Pismo Starosty O. zamawiający otrzymał właśnie do odwołującego, co uzasadnia twierdzenie, że wezwanie z 10 lutego 2017 r. było reakcją na pisma odwołującego.

Odpowiedź konsorcjum Z., na wezwanie zamawiającego z dnia 10 lutego 2017 r. została udzielona w dniu 13 lutego 2017. Odpowiedź ta sprowadza się właściwie do tego, że *"(...) stacja przeładunkowa funkcjonuje tam, gdzie podmiot wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych (i odpadów zielonych) od właścicieli nieruchomości posiada zezwolenie na zbieranie tych odpadów."* Nadto konsorcjum Z. wskazało, że zamawiający wymagał jedynie pozwolenia, o jakim mowa w art. 41 ustawy o odpadach, a takie zezwolenie zostało zamawiającemu przedłożone.

Takie stanowisko konsorcjum Z., w ocenie odwołującego, jest w oczywisty sposób nieprawidłowe i nie może się ostać w konfrontacji z treścią s.i.w.z., gdzie wyraźnie wskazano, że zamawiający wymaga, aby wykonawca legitymował się pozwoleniem na zbieranie odpadów w stacji przeładunkowej. Pozwolenie na zbieranie odpadów bez wskazania, że jest pozwoleniem na zbieranie w stacji przeładunkowej nie spełnia warunków wskazanych w s.i.w.z. Nie jest też prawdą, że stacja przeładunkowa jest tam, gdzie właściciel posiada zezwolenie na zbieranie odpadów. Stacja przeładunkowa to konkretna instalacja, której status nadają: wojewódzki plan gospodarki odpadami oraz zezwolenie na zbieranie odpadów, gdzie wyraźnie wskazano, że dotyczy ono stacji przeładunkowej. Właściciel nie może sam nadawać takiego statusu swojej instalacji.

Odwołujący podniósł, że skarżone czynności zamawiającego są więc dotknięte istotną wadą. Zamawiający nie mógł wybrać oferty konsorcjum Z., gdyż konsorcjum te nie wykazało spełnienia jednego z warunków udziału w postępowaniu. Zezwolenie, jakie zostało przedłożone w celu wykazania spełnienia warunku z punktu V.1.1.2. s.i.w.z. musiało bowiem albo dotyczyć przetwarzania odpadów albo ich zbierania w stacji przeładunkowej. Konsorcjum Z. legitymowało się zezwoleniem na zbieranie, ale zezwolenie to nie dotyczyło zbierania odpadów w stacji przeładunkowej. Instalacja, której dotyczyło przedłożone zezwolenie, nie jest stacją przeładunkową, co jednoznacznie wynika z informacji Starosty O. oraz treści Planu gospodarki odpadami dla województwa wielkopolskiego na lata 2012-2017, jak i projektu Planu gospodarki odpadami dla województwa wielkopolskiego na lata 2016-2022.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Ponadto, odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, odwołujący, jako wykonawca, który złożył ofertę spełniającą warunki określone przez zamawiającego w s.i.w.z., został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umów w sprawie zamówienia publicznego na zadanie 1 rejon V i VII oraz na zdanie 2. W przypadku uznania przez Izbę zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez zamawiającego żądanych czynności, odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A. Z. Z. R., P.G. K. i M. sp. z o.o., ul. (...).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez odwołującego, uznając je za własne.

Zamawiający w części V s.i.w.z. wymienił warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp. Zgodnie z punktem V 1.1. s.i.w.z. zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Jednym ze sformułowanych warunków (punkt V 1.1.2.) było wykazanie przez wykonawcę, że posiada on aktualne zezwolenie właściwego organu, o którym mowa w art. 41 Ustawy odpadach (Dz. U. z 2013 r. Nr 5, poz. 21) - na przetwarzanie odpadów lub zbieranie odpadów w stacji przeładunkowej.

Jednocześnie zgodnie z części VI punkt 3.1. lit. b) s.i.w.z., w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunku dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej - wykonawca składa aktualne zezwolenie właściwego organu, o którym mowa w art. 41 Ustawy o odpadach (Dz. U. z 2013 r. Nr 5, poz. 21) - na przetwarzanie odpadów lub zbieranie odpadów w stacji przeładunkowej. Wspomniane zezwolenie winno być wydane przez organ właściwy ze względu na miejsce przetwarzania lub zbierania odpadów oraz obejmować następujące kody odpadów: 20 02 01, 20 03 01 i 20 03 03.

Zdaniem Izby, z powyższego wynika więc jednoznacznie, że wykonawca biorący udział w przedmiotowym postępowaniu powinien legitymować się zezwoleniem na zbieranie odpadów w stacji przeładunkowej lub zezwoleniem przetwarzanie odpadów. Zamawiający wskazał więc alternatywnie na dwa rodzaje zezwoleń, których posiadanie stanowiło warunek udziału w postępowaniu. Wystarczyło więc, aby wykonawca legitymował się jednym z wymienionych zezwoleń, aby uznać, że warunek (punkt V 1.1.2. s.i.w.z.) udziału w postępowaniu był spełniony. Oba rodzaje zezwoleń powinny dodatkowo obejmować odpady o kodach 20 02 01, 20 03 01 i 20 03 03.

W celu wykazania spełnienia powyższego warunku (punkt V 1.1.2. s.i.w.z.), konsorcjum ZUZPER przedłożyło decyzję Starosty O. z dnia 25 kwietnia 2016 r. (nr sprawy OS.V.6233.13.2016). Z decyzji tej wynika, że jednemu z konsorcjantów konsorcjum Z.-spółce P. G. K. i M. sp. z o.o. z siedzibą w O. udzielono zezwolenia na zbieranie odpadów z terenu Zakładu przy ul. (...).

Z treści powyższej decyzji nie wynika zaś, że decyzja ta dotyczy i obejmuje zezwolenie na zbieranie odpadów lub przetwarzanie odpadów w stacji przeładunkowej. Tym samym,

na mocy obowiązujących przepisów decyzja ta nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Nadmienić należy, że zamawiający pismem z dnia 10 lutego 2017 roku, wezwał przystępującego, do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w zakresie potwierdzenia uprawnień do zbierania odpadów.

Znowelizowany przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust.1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z uwagi na okoliczność, iż przystępujący złożył wyjaśnienia zgodnie z wezwaniem zamawiającego, jednakże w ocenie Izby nie są one wystarczające w zakresie obowiązku potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający winien, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwać przystępującego do uzupełnienia brakującego dokumentu, tj. decyzji o treści zgodnej z postawionym przez siebie warunkiem. Nie jest bowiem możliwe, na etapie, po składaniu ofert, w trakcie ich badania i oceny (ofert) do interpretacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób odmienny od jej literalnego brzmienia wynikającego wprost z ogłoszenia o zamówieniu i ogłoszonej oraz obowiązującej treści s.i.w.z. Zdaniem Izby, interpretacja dokonywana na obecnym etapie postępowania przez zamawiającego, wypacza zasadę wyrażoną przepisem art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem nie prowadzi do zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zaprzecza zasadzie proporcjonalności i przejrzystości. Stwierdzić bowiem należało, że skoro zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprost opisał warunek udziału w postępowaniu oraz opisał w jaki sposób i jakimi dokumentami wykonawcy będą zobowiązani wykazać się w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku, to nie sposób uznać, że zmiana stanowiska zamawiającego, po terminie składania ofert, w zakresie oceny przedłożonych dokumentów, bezpośrednio nie prowadzi do wypaczenia zasady opisanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powstać bowiem mogła sytuacja, w której wykonawca, który zapoznał się z warunkami zamawiającego opisanymi w ogłoszeniu i s.i.w.z., zrezygnował z udziału w przedmiotowym postępowaniu, biorąc pod uwagę wymogi podmiotowe opisane przez zamawiającego. Jednocześnie znając różną od jej literalnego brzmienia, interpretację

sposobu spełnienia warunku (prezentowaną przez zamawiającego), decyzja takiego wykonawcy mogłaby być zgoła odmienna. Dlatego też Izba stwierdziła, że zamawiający bezzasadnie i niedopuszczalnie interpretuje własne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia i są one w ocenie Izby dokonywane jedynie na potrzeby procesu.

Nadto wskazać należy, że interpretacji prezentowanej przez zamawiającego, popieranej przez przystępującego, wprost zaprzecza organ właściwy do wydawania stosownych decyzji i zezwoleń. Odwołujący bowiem na rozprawie przedłożył korespondencję, jaka prowadził ze Starostwem Powiatowym w Obornikach. I tak na pytanie wykonawcy, cyt. *„Czy spółka P. G. K. i M. sp. z o.o. z siedzibą w O. (...) prowadzi stację przeladunkową o jakiej mowa w art. 23 ust. 10 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz.U. z 2013 r., poz. 21 z późn. zm.) pod adresem: ul. (...) odwołujący uzyskał odpowiedź, iż cyt. „Nie jest to jednak stacja przeladunkowa o jakiej mowa w art. 23 ust. 10 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz.U. z 2013 r., poz. 21 z późn. zm.)”*

Powyższe w sposób jednoznaczny i dobitny świadczy, że przystępujący nie przedstawił decyzji potwierdzającej spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Z uwagi na okoliczność, iż przystępujący nie był wzywany do uzupełnienia brakującego dokumentu, Izba nakazała zamawiającemu wezwanie tego wykonawcy do uzupełniania brakującego dokumentu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: