

WYROK

z dnia 25 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Remondis Opole Sp. z o.o., ALBA Ekoplus Sp. z o.o., al. Przyjaźni 9, 45-573 Opole** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kluczbork, ul. Katowicka 1, 46-200 Kluczbork**

przy udziale wykonawcy **A.S.A. EKO POLSKA Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Remondis Opole Sp. z o.o., ALBA Ekoplus Sp. z o.o., al. Przyjaźni 9, 45-573 Opole** 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 **Remondis Opole Sp. z o.o., ALBA Ekoplus Sp. z o.o., al. Przyjaźni 9, 45-573 Opole** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Remondis Opole Sp. z o.o., ALBA Ekoplus Sp. z o.o., al. Przyjaźni 9, 45-573 Opole** na rzecz wykonawcy **A.S.A. EKO POLSKA Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Opolu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Kluczbork.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 kwietnia 2013 r. pod numerem S 7618/04/2013.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp polegające na nieposiadaniu przez wykonawcę wybranego w przetargu uprawnień do wykonywania określonej działalności, tj. niespełnienie przez ASA EKO POLSKA Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu w zakresie przedstawienia aktualnego zezwolenie na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia wydane na podstawie ustawy o odpadach, w przypadku, gdy Wykonawca zamierza prowadzić odzysk lub unieszkodliwianie odpadów we własnym zakresie. W przypadku, gdy Wykonawca zamierza przekazywać odpady innemu podmiotowi w celu ich odzysku lub unieszkodliwiania umowę na wskazany zakres z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie;
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechania wezwania wykonawcy ASA EKO POLSKA Sp. z o.o. do złożenia wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów pomimo ich niezłożenia przez ASA EKO POLSKA Sp. z o.o. w określonym terminie;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niewykluczenia ASA EKO POLSKA Sp. z o.o. jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;
4. art. 7 ust. 1 i ust 3 ustawy Pzp poprzez uchybienie zasadzie równego traktowania wykonawców i stosowania wobec nich uczciwej konkurencji oraz zamiar udzielania zamówienia wykonawcy, który został wybrany w sposób sprzeczny z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy ASA EKO POLSKA Sp. z o.o. i w konsekwencji odrzucenia jego oferty oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt V ppk 4a SIWZ, wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą spełniać określone warunki udziału w postępowaniu, m.in. winni posiadać „aktualne zezwolenie na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia wydane na podstawie ustawy o odpadach, w przypadku gdy Wykonawca zamierza prowadzić odzysk lub unieszkodliwianie odpadów we własnym zakresie. W przypadku gdy Wykonawca zamierza przekazywać odpady innemu podmiotowi w celu ich odzysku lub unieszkodliwiania umowę na wskazany zakres z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie”.

W ocenie Odwołującego, ASA EKO POLSKA Sp. z o.o. nie spełniła przedmiotowego warunku, gdyż na dzień składania ofert nie posiadała aktualnego zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia wydanego na podstawie ustawy o odpadach, mimo, że taki wymóg wynikał ze wskazanego powyżej zapisu SIWZ.

Odwołujący podniósł, że dopuszczenie oferty niespełniającej warunków określonych w SIWZ uznać należy za naruszające art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp. Skutkiem tego naruszenia wykonawca ASA EKO POLSKA Sp. z o.o. winien zostać wykluczony z postępowania.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył ponadto art. 26 ust 3 ustawy Pzp, w ten sposób, że nie wezwał wykonawcy ASA EKO POLSKA Sp. z o.o. do złożenia wymaganych wyżej wymienionych dokumentów, pomimo że aktualne zezwolenie na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów komunalnych nie zostało przez ASA EKO POLSKA Sp. z o.o. dołączone do oferty.

Odwołujący zarzucił także naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez Zamawiającego. Naruszenie to ma bezpośredni związek z zarzutami, o których mowa powyżej. Wobec faktu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, polegającego na braku aktualnego zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie, Zamawiający zobowiązany był wykluczyć z postępowania ASA EKO POLSKA Sp. z o.o.

Odwołujący podkreślił również, że warunki zawarte w SIWZ, odnoszące się do wymogu posiadania aktualnego zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów komunalnych, nie były kwestionowane, w związku z czym, postanowienia SIWZ uznać należy za wiążące.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zamawiający postanowił, iż jednym z warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności jest obowiązek legitymowania się aktualnym zezwoleniem na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów komunalnych, będących przedmiotem zamówienia, wydane na podstawie ustawy o odpadach, w przypadku

gdy Wykonawca zamierza prowadzić odzysk lub unieszkodliwienie odpadów we własnym zakresie. W przypadku, gdy Wykonawca zamierza przekazywać odpady innemu podmiotowi w celu ich odzysku lub unieszkodliwienia umowę na wskazany zakres z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie. Przedmiotowe dokumenty należało przedłożyć wraz z ofertą (część V pkt 1a ppkt 4a SIWZ).

Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż regionalna instalacja do przetwarzania odpadów komunalnych znajduje się w Gotartowie (załącznik nr 1 do SIWZ pkt 1 ppkt 3 lit. d).

Do oferty Przystępującego została dołączona umowa nr NU/0/2009 z dnia 25.07.2009 r. zawarta przez Przystępującego z Miejskim Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, w ramach której wymienione Przedsiębiorstwo zobowiązało się do odbioru w celu odzysku, unieszkodliwienia oraz sortowania odpadów na terenie Zakładu Segregacji i Kompostowni w Zabrze.

Pismem z dnia 10 czerwca 2013 r., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w części V pkt 1a ppkt 4a SIWZ. Zamawiający wskazał, iż należy przedłożyć aktualne zezwolenie na odzysk lub unieszkodliwienie odpadów komunalnych, będących przedmiotem zamówienia, wydane na podstawie ustawy o odpadach, dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze.

Przystępujący uzupełnił przedmiotowe dokumenty, jednakże Zamawiający nie dokonał ich oceny.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż podjęte przez Zamawiającego czynności po wniesieniu odwołania, w ocenie Izby, świadczą o uwzględnieniu odwołania. Na powyższe wskazują również wyjaśnienia pełnomocnika Zamawiającego, który oświadczył, iż uwzględnił odwołanie, ale nie dokonał oceny uzupełnionych dokumentów, bowiem oczekiwał na rozstrzygnięcie Izby w tym przedmiocie.

Odwołanie podlegało jednakże rozpoznaniu z uwagi na wniesienie sprzeciwu przez Przystępującego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego i podtrzymaniu stanowiska w tym przedmiocie. Zauważyć jednakże należy, iż odwołanie polega na rozpoznaniu w granicach zarzutów w nim podniesionych (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), a więc czynności Zamawiającego podjęte po wniesieniu odwołania nie mogą stanowić przedmiotu rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Z tych również względów ocena prawidłowości postępowania Zamawiającego w ramach uwzględnienia odwołania nie może być dokonana w niniejszym postępowaniu.

Przechodząc do merytorycznej oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu zauważyć należy, iż przedmiotem sporu jest brak spełnienia przez Przystępującego na dzień składnia ofert warunku udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania aktualnego zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów komunalnych, będących przedmiotem zamówienia i zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu.

Wobec tak ukształtowanego przedmiotu sporu w pierwszej kolejności ustalenia wymagało, czy w okolicznościach niniejszej sprawy zaktualizował się obowiązek wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów. Bezsporne w niniejszej sprawie jest, iż wskazane zezwolenia były wymagane a nie zostały dołączone do oferty Przystępującego. Jednakże nie należy pomijać, że obowiązek dołączenia wymaganych zezwoleń, w świetle spornego warunku, dotyczy wykonawcy, który odzysk i unieszkodliwianie odpadów zamierza realizować we własnym zakresie. W okolicznościach niniejszej sprawy brak wskazania w formularzu ofertowym na udział podwykonawcy w realizacji zamówienia nie może prowadzić do wniosku, iż przedmiotowe czynności Przystępujący zamierza realizować samodzielnie. Przeczy temu przedłożona wraz z ofertą umowa dotycząca odbioru od Przystępującego odpadów w celu odzysku i unieszkodliwiania oraz wpis Przystępującego w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta i gminy Kluczbork oraz wydane na rzecz Przystępującego zezwolenia na transport odpadów.

Skoro więc Przystępujący nie był zobowiązany, w świetle spornego warunku udziału w postępowaniu przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, do przedłożenia spornego zezwolenia, to zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należało uznać za chybiony, a w konsekwencji również zarzut przepisów art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 26 ust. 2a oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie zauważyć należy, iż Odwołujący w treści odwołania sformułował zarzuty, które dotyczą wyłącznie zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów komunalnych, a mianowicie, że przedmiotowe zezwolenie nie zostało do oferty Przystępującego dołączone, a co za tym idzie, że Przystępujący nie wykazał spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący nie podnosił zaś żadnych zarzutów dotyczących powoływanej umowy, dołączonej do oferty. Zatem, należało uznać, że w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie podlegają rozpoznaniu zarzuty dotyczące wspomnianej umowy, sformułowane w piśmie procesowym z dnia 25 czerwca 2013 r. i podtrzymane w toku rozprawy.

Na marginesie należy jedynie stwierdzić, że zakaz sformułowany w przepisie art. 20 ust. 7 i 8 ustawy o odpadach nie dotyczy odpadów zbieranych selektywnie, co oznacza, że Przystępujący co do zasady jest uprawniony do przekazywania odpadów w celu ich odzysku

i unieszkodliwiania do instalacji położonej w Zabrze. Zaś, jeśli idzie o odpady zmieszane i zielone, to w ocenie Izby, ze względu na cel spornego warunku udziału w postępowaniu a przede wszystkim regulację przepisu art. 9l ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r., Nr 391), obowiązek przedstawienia umowy w odniesieniu do wskazanych rodzajów odpadów nie wydaje się wchodzić w zakres obowiązków nałożonych na wykonawcę w ramach wykazania spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu. Skoro Przystępujący nie zamierza samodzielnie odzyskiwać i unieszkodliwiać odpadów, a jednocześnie z mocy prawa istnieje obowiązek zawarcia umowy przez prowadzącego regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi, to należy dojść do wniosku, że uprawnienia do wykonywania określonej działalności nie dotyczą Przystępującego, zaś okoliczność, iż Wykonawca zabezpieczy zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych nie wymaga potwierdzenia mocą umowy, skoro gwarancję ich zagospodarowania przez obowiązek zawarcia umowy w tym przedmiocie stanowi przepis art. 9l o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a w zw. z § 5 ust. 3 pkt 2 i § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Przystępującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: