

Sygn. akt: KIO 1798/19

POSTANOWIENIE
z dnia 25 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 25 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2019 r. przez wykonawcę **Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Zielonki**,

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.
2. Nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczonej tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Zielonki [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Zielonki, za wyjątkiem nieruchomości, na których prowadzona jest działalność gastronomiczna, mechanika pojazdowa oraz cmentarze, jak również z 2 Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) – z podziałem na części* (znak postępowania: GK.271.5.2019).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 czerwca 2019 r. pod numerem 2019/S 123-300527.

W dniu 16 września 2019 r. wykonawca Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie w zakresie części I zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

A. w odniesieniu do czynności wyboru najkorzystniejszej oferty:

1. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z sekcją III pkt 1.3.1 SIWZ przez uznanie, że Wykonawca Wiesław Strach spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wyrażającego się zrealizowaniem w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert usług lub usługi polegających na odbieraniu i zagospodarowywaniu odpadów komunalnych zmieszanych w łącznej ilości nie mniejszej niż 5000 Mg, z zastrzeżeniem, że realizacja odbioru i zagospodarowania tych odpadów miała zostać wykonana w ciągu okresu nie dłuższego niż 12 następujących po sobie miesięcy podczas gdy okoliczność taka nie wynika w żaden sposób z dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę, w szczególności Wykonawca tej okoliczności nie wykazał będąc wzywany w trybie art 26 ust. 3 PZP, a więc w konsekwencji oferta Wykonawcy została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, mimo faktu, iż nie wykazał on spełnienia rzeczonych warunków udziału w Postępowaniu, co świadczy o prowadzeniu przez Zamawiającego Postępowania w sposób sprzeczny z regułami, jakie są wyrażone w art. 7 ust. 1 PZP, a więc w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców (zarzut A.1),

2. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z sekcją III pkt 1.2.3 SIWZ przez uznanie, że Wykonawca W.

S. spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania aktualnego wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach w zakresie transportu odpadów oraz zbierających zużyty sprzęt podczas gdy Wykonawca nie posiada takiego wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy w zakresie „zbierających zużyty sprzęt”, a więc w konsekwencji oferta Wykonawcy została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, mimo faktu, iż nie wykazał on spełnienia rzeczowego warunku udziału w Postępowaniu, co świadczy o prowadzeniu przez Zamawiającego Postępowania w sposób sprzeczny z regułami, jakie są wyrażone w art. 7 ust. 1 PZP, a więc w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców (zarzut A.2), 3. art 7 ust. 1 PZP w zw. z sekcją III pkt 1.5 SIWZ (1.5.1 oraz 1.5.2 w zw. z ostatnim akapitem pkt 1.5) przez uznanie, że Wykonawca W. S. spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania środków finansowych w wysokości co najmniej 600.000 zł

podczas gdy okoliczność taka nie wynika w żaden sposób z dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę, a więc w konsekwencji oferta Wykonawcy została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, mimo faktu, iż nie wykazał on spełnienia rzeczowego warunku udziału w Postępowaniu, co świadczy o prowadzeniu przez Zamawiającego Postępowania w sposób sprzeczny z regułami, jakie są wyrażone w art. 7 ust. 1 PZP, a więc w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców (zarzut A.3),

B. w odniesieniu do czynności zaniechania wykluczenia Wykonawcy:

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z sekcją III pkt 1.3.1 SIWZ przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z udziału w Postępowaniu, mimo iż Wykonawca ten przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w Postępowaniu.

Wykonawca przedstawił bowiem celem wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w sekcji III pkt 1.3.1 SIWZ, trzy zadania realizowane w różnych latach (od 2016 do 2018) bez wykazania jaka, ilość zmieszanych odpadów komunalnych została przez niego odebrana i zagospodarowana „w ciągu okresu nie dłuższego niż 12 następujących po sobie miesięcy”, po czym po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 PZP do określenia tej ilości - przedstawił on informacje nieprawdziwe, a więc informacje wprowadzające w błąd. Wskazał on bowiem, że w roku 2017 odebrał on 10.463,32 T,

co nie może w żaden sposób być prawdą. Wskazania też w tym miejscu wymaga, że na podstawie tego oświadczenia Zamawiający uznał, że Wykonawca spełnia rzeczony warunek udziału w Postępowaniu (a w konsekwencji uznał jego ofertę za najkorzystniejszą) co oznacza, że informacje te mogły, a nawet miały, istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu. Nie sposób uznać przy tym, aby Wykonawca nie działał w tym zakresie przynajmniej niedbale, tj. z naruszeniem wymogu dochowania należytej staranności (zarzut B.1),

2. art. 24 ust 1 pkt 17 PZP w zw. z sekcją III pkt 1.2.3 SIWZ przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z udziału w Postępowaniu, mimo iż Wykonawca ten przedstawił w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez niego w Postępowaniu.

Wykonawca oświadczył bowiem, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, w tym także i wskazane w sekcji III pkt 1.2.3 SIWZ (tj. posiadania wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach), podczas gdy, jak wynika z dowodów, jakie Odwołujący dołącza do odwołania, Wykonawca wpisu takiego nie posiada. W konsekwencji doszło do tego, że Wykonawca przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd (informacje nieprawdziwe), że spełnia on warunki udziału w Postępowaniu, w tym, że posiada wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach w zakresie „zbierający zużyty sprzęt”. Po drugie na podstawie oświadczenia nastąpił wybór oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej - a po trzecie - Wykonawca działał w tym zakresie przynajmniej niedbale (jeżeli nie lekkomyślnie) gdyby działał z należyłą starannością oświadczenia takiego by nie złożył (zarzut B.2),

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 26 ust. 3 PZP w zw. z sekcją III pkt 1.3.1 SIWZ w zw. z art. 7 ust. 1 PZP przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z udziału w Postępowaniu, mimo iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia wyrażających się zrealizowaniem w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert usług lub usługi polegających na odbieraniu i zagospodarowywaniu odpadów komunalnych zmieszanych w łącznej ilości nie mniejszej niż 5000 Mg, z zastrzeżeniem, że realizacja odbioru i zagospodarowania tych odpadów miała zostać wykonana w ciągu okresu nie dłuższego niż 12 następujących po sobie miesięcy, przy czym był już wzywany do w trybie art. 26 ust. 3 PZP do „wyjaśnienia i uzupełnienia” podczas gdy w sytuacji

wzywania Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 PZP Wykonawca ten winien wywiązać się w sposób właściwy z wezwania, a w sytuacji gdy tego nie zrobi zasada równego traktowania wykonawców wyklucza możliwość dalszego wzywania Wykonawcy w zakresie tego samego warunku udziału w Postępowaniu, w odniesieniu do tej samej wątpliwości leżącej po stronie Zamawiającego. Tym samym należy uznać, że w przypadku nie wywiązania się przez Wykonawcę z wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 PZP, nie wykazał on spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (zarzut B.3),

4. art 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z sekcją III pkt 1.2.3 SIWZ w zw. z art. 7 ust. 1 PZP przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy z udziału w Postępowaniu, mimo iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania aktualnego wpisu do rejestru, o którym mowa w art 49 ustawy o odpadach w zakresie „zbierających zużyty sprzęt”

podczas gdy

w sytuacji, gdy Wykonawca nie posiada wpisu do rejestru na dzień składania ofert nie sposób uznać, by mógł on wykazać spełnienie rzeczonoego warunku udziału w Postępowaniu, co prowadzi do wniosku, że Wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu, bez względu na jakiegokolwiek wzywania tego podmiotu do uzupełnienia w tym zakresie dokumentów wedle art 26 ust. 3 PZP (zarzut B.4)

ponadto, w sytuacji nieuwzględnienia wszystkich zarzutów skutkujących koniecznością wykluczenia Wykonawcy z udziału w Postępowaniu, Odwołujący, działając z ostrożności procesowej, składa zarzuty ewentualne, a to

C. w odniesieniu do zaniechania wezwania Wykonawcy do uzupełnienia oferty/złożenia wyjaśnień

1. art 26 ust. 3 PZP w zw. z sekcją III pkt 1.2.3 SIWZ przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do przedstawienia wpisu do rejestru, o którym mowa w art 49 ustawy o odpadach potwierdzającego, że Wykonawca w dniu składania ofert spełniał warunek, o którym mowa w sekcji III pkt 1.2.3 SIWZ, a więc że na dzień składania ofert posiadał wpis do ww. rejestru w zakresie zbierającym zużyty sprzęt (zarzut C.1),

2. art. 26 ust. 3 PZP w zw. z sekcją III pkt 1.5 SIWZ (1.5.1 i 1.5.2 w zw. z ostatnim akapitem pkt 1.5 SIWZ) przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów przez przedstawienie informacji pochodzącej od Banku Śląskiego S.A. potwierdzających wysokość posiadanych środków finansowych na dzień 7 sierpnia

2019 r. z wezwaniem Wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czy środki te znajdowały się przez cały dzień na tym rachunku, czy nie dokonał on przelewu ww. środków na inny rachunek, w szczególności w ten sposób, aby środki znalazły się w dniu 7 sierpnia 2019 r. na rachunku bankowym prowadzonym dla Wykonawcy w Banku Spółdzielczym w Konopiskach wraz dowodami wykazującymi prawdziwość złożonych oświadczeń, w tym wyciągiem bankowym obrazującym transakcje na obu rachunkach z dni 5-7 sierpnia 2019 r. (zarzut C.2),

3. art. 26 ust. 3 PZP w zw. z sekcją III pkt 1.3.1 SIWZ przez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów przez przedstawienie dokumentów poświadczających, że spełnił on ww. warunek udziału w Postępowaniu (zarzut C.3).

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą Odwołania i jego uwzględnienie,

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w Odwołaniu,

3. wystąpienie z wnioskiem do Marszałka Województwa Śląskiego, ul. Ligonia 46,40-037 Katowice, o przedstawienie poświadczonych przez ten organ odpisów dokumentów (w tym istniejących w formie elektronicznej) z rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach, a dotyczących Wykonawcy W. S. prowadzącego działalność pod firmą Wywóz nieczystości oraz przewóz ładunków W. S. - nr wpisu do rejestru 000000532 - w zakresie tego, czy Wykonawca ten posiadał wpis w zakresie „zbierający zużyty sprzęt” w dacie składania ofert (13 sierpnia 2019 r.) i w okresie późniejszym, oraz w zakresie wszelkich wniosków tego Wykonawcy, które miałyby odnosić się do dokonania wpisu w zakresie „zbierający zużyty sprzęt” (w tym istniejących w formie elektronicznej), ewentualnie informacji, że Wykonawca ten żadnych takich wniosków w tym zakresie nie składał, ewentualnie gdyby Izba uznała, że nie posiada kompetencji do wystąpienia jak wskazano w pkt 3

3a. na podstawie art. 185 ust. 7 PZP w zw. z art. 1192 §1 KPC w zw. z art. 250 §1 KPC wnoszę o wystąpienie przez KIO do sądu właściwego dla miejsca wykonania czynności - tj. do Sądu Rejonowego Katowice-Wschód w Katowicach, o wykonanie czynności opisanej w art. 250 §1 KPC, tj. o zażądanie przez ten Sąd od Marszałka

Województwa Śląskiego poświadczonych przez ten organ odpisów dokumentów (w tym istniejących w formie elektronicznej) z rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach, a dotyczących Wykonawcy W. S. prowadzącego działalność pod firmą Wywóz nieczystości oraz przewóz ładunków W. S. - nr wpisu do rejestru 000000532 - w zakresie tego, czy Wykonawca ten posiadał wpis w zakresie „zbierający zużyty sprzęt” w dacie składania ofert (13 sierpnia 2019 r.) i w okresie późniejszym, oraz w zakresie wszelkich wniosków tego Wykonawcy, które miałyby odnosić się do dokonania wpisu w zakresie „zbierający zużyty sprzęt” (w tym istniejących w formie elektronicznej), ewentualnie informacji, że Wykonawca ten żadnych takich wniosków w tym zakresie nie składał,

4. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego w zakresie Części 1. (pierwszej) Postępowania, polegających na badaniu i ocenie ofert oraz na wyborze oferty W. S. działającego pod firmą Wywóz nieczystości oraz przewóz ładunków W. S. jako najkorzystniejszej,

5. nakazanie Zamawiającemu, w ramach ponownej czynności badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy W. S. działającego pod firmą Wywóz nieczystości oraz przewóz ładunków W. S. w zakresie Części 1. (pierwszej) Postępowania, a tym samym (jako konsekwencji wykluczenia) odrzucenia jego oferty ewentualnie gdyby Izba nie uznała za zasadne nakazania wykluczenia Wykonawcy W. S. z Postępowania, z ostrożności procesowej wnoszę o:

6. nakazanie Zamawiającemu dokonania w zakresie Części 1. (pierwszej) Postępowania czynności wezwania W. St. działającego pod firmą Wywóz nieczystości oraz przewóz ładunków W. S. w trybie art. 26 ust. 3 PZP (a więc wezwania do uzupełnienia dokumentów poświadczających, że Wykonawca ten spełniał w dniu składania ofert warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w sekcji III pkt 1.2.3 SIWZ, wezwania do uzupełnienia dokumentów poświadczających, że Wykonawca ten spełniał warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa w sekcji III pkt 1.5 SIWZ [1.5.1 i 1.5.2 w zw. z ostatnim akapitem pkt 1.5]

jak i w każdym przypadku wnoszę o:

zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca.

W dniu 20 września 2019 r. Zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości oraz wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Wobec powyższych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do wydania postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 i § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.).

Mając na uwadze powyższe postanowiono jak w sentencji.

Przewodniczący: