

Sygn. akt: KIO 519/12

WYROK
z dnia 27 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., 72-400 Kamień Pomorski, ul. Szczecińska 2** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Dziwnów, 71-420 Dziwnów, ul. Szosowa 5**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., 72-400 Kamień Pomorski, ul. Szczecińska 2** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., 72-400 Kamień Pomorski, ul. Szczecińska 2** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., 72-400 Kamień Pomorski, ul. Szczecińska 2** na rzecz **Gminy Dziwnów, 71-420 Dziwnów, ul. Szosowa 5** kwotę **2 200 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, delegacji oraz dojazdu na rozprawę przed KIO.

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 Szczecinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Dziwnów ul. Szosowa 5, 72-420 Dziwnów zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi: „Utrzymanie czystości i porządku na terenie Gminy Dziwnów”. Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 09.03.2012r. o wykluczeniu ich z postępowania oraz o unieważnieniu postępowania.

Od takiej decyzji Zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca, Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Kamieniu Pomorskim, zwany dalej „Odwołującym”.

W wniesionym opodwołaniu zarzucił czynnościom Zamawiającego naruszenie:

1. Art. 25 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29.01.2004r Prawo Zamówień Publicznych poprzez zażądanie od Wykonawcy przedłożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w przetargu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy, pomimo iż w opisie sposobu oceny spełnienia warunków w SIWZ Zamawiający nie wskazał sposobu ich spełnienia, pozostawiając je w blankietowej postaci.
2. Art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29.01.2004r Prawo Zamówień Publicznych poprzez wykluczenie Wykonawcy z postępowania pomimo, iż w złożonej ofercie Wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w przetargu.

Mając na względzie wskazane wyżej zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego się Wykonawcy.
2. Dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego
3. Unieważnienia zawiadomienia o unieważnieniu postępowania.

W końcowej części rozprawy pełnomocnik Odwołującego dokonał uściślenia zgłoszonych żądań, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważności czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz unieważnienia odrzucenia jego oferty, a także unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał iż Zamawiający poinformował Wykonawcę o wykluczeniu go z postępowania, w związku z naruszeniem postanowień wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawo Zamówień Publicznych. Z uzasadnienia zaskarżonego zawiadomienia wynikało, że Odwołujący nie udokumentował spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż na wezwanie Zamawiającego z dnia 24.02.2012 roku do przedłożenia brakującego dokumentu dotyczącego dowodu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Odwołujący przedłożył decyzję - zezwolenie na transport odpadów, wydaną w dniu 20.02.2012 r., która nie była ostateczną.

Zdaniem Odwołującego powyższa czynność wezwania do przedłożenia decyzji, rażąco narusza ona przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych, gdyż stosownie do treści art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych Zamawiający może żądać od Wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania przetargowego, których konieczność złożenia wskazał w zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

W przedmiotowym postępowaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie przewidział konieczności przedłożenia przez wykonawcę decyzji administracyjnej zezwalającej na transport odpadów, pozostawiając potwierdzenie tego warunku przez wykonawcę, na stosownym blankiecie oświadczenia.

Zamawiający błędnie i niezasadnie, powołując się na treść art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, wezwał w dniu 24.02.2012r Wykonawcę do złożenia decyzji administracyjnej pomimo, iż z samego brzmienia przepisu wynika, że mógł takie wezwanie wystosować tylko w przypadku dokumentów, których złożenia wcześniej wymagał.

Odwołujący stwierdził, że co prawda decyzję przedłożył, jednakże w swoim piśmie z dnia 27.02.2012r wskazał już Zamawiającemu na naruszenie prawa zamówień publicznych w tym zakresie.

Jego zdaniem w przedmiotowej sprawie bezspornym było, iż ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu mogła być dokonana przez Zamawiającego jedynie na podstawie oświadczeń i dokumentów składanych przez Wykonawcę. Zamawiający nie doprecyzował warunku udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3, pozostawiając je w blankietowej postaci zapisanej w art. 22 ust.1 ustawy. Tym samym Zamawiający nie mógł żądać przedłożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia tych warunków, których nie opisał w postanowieniach siwz.

Podniósł, że Zamawiający może zwrócić się o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów, jednak nie oznacza to uprawnienia do domagania się dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku lub prawdziwość oświadczeń. W szczególności Zamawiający, który nawet wobec któregośkolwiek z wykonawców powziął wątpliwość co do rzetelności oświadczeń, nie może -jeżeli nie zażądał tego wszczynając postępowanie - zwrócić się o przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnienie kwestionowanego warunku.

Na poparcie swojego stanowiska powołał się na wyrok Sądu Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 28.04.2006r , sygn.. akt II CA 455/06 wskazując, iż „(..) jak wskazano, przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie może służyć poprawianiu i precyzowaniu oraz wyjaśnianiu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dookreślającym dokumenty wymagane przez zamawiającego od wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia

warunków udziału w postępowaniu. Czynność zamawiającego, jako sprzeczna z art. 26 ust. 3 i art. 25 Pzp podlega zatem unieważnieniu".

W trakcie rozprawy Odwołujący dodatkowo podniósł, że nie może być podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania dokument, którego wymogu posiadania i załączenia do oferty zamawiający nie wskazał w SIWZ, a ponadto decyzja, która została złożona Zamawiającemu jako nieprawomocna jest już decyzją prawomocną i swoim zakresem obejmuje wszystkie kody dotyczące odpadów, które objęte są przedmiotem niniejszego postępowania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, a także w stanowisko zaprezentowanym podczas rozprawy stwierdził iż odwołanie jest niezasadne, gdyż Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący składając ofertę nie przedłożył decyzji administracyjnej zezwalającej na transport odpadów wskazanych w specyfikacji. Wskazał iż decyzja jaką legitymował się Odwołujący nie obejmowała uprawnień do transportu 16 z pośród 19 rodzajów odpadów wskazanych w SIWZ. Natomiast przedłożona na wezwanie Zamawiającego decyzja, obejmująca kody wszystkich odpadów wskazanych w SIWZ, nie miała przymiotu decyzji ostatecznej, gdyż została wydana Odwołującemu w dniu upływu terminu składania ofert i terminie 14 dni mogło zostać wniesione od niej odwołanie. Tym samym Odwołujący w dniu składania ofert nie spełnił warunku określonego w pkt. V.1.1) SIWZ i wobec tego podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta została uznana na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 za ofertę odrzuconą.

Ponadto Zamawiający wskazał, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 23 lutego 2012r. który wzywał Odwołującego do przedłożenia decyzji starosty zezwalającej na transport odpadów niebezpiecznych, w punkcie 1 zamieścił również wezwanie Odwołującego do złożenia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 44 ustawy PZP. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący pismem z dnia 27 lutego 2012 r. - wpływ do Zamawiającego w dniu 28 lutego 2012r. złożył takie oświadczenie, jednakże datowane jest ono na dzień 23 luty 2012r., a więc zostało złożone po terminie składania ofert.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunków na dzień składania ofert i w przypadku gdyby nawet obecne odwołanie zostało uwzględnione to i tak w wyniku ponownej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu Odwołujący zostałby wykluczony z postępowania. Ta podstawa do wykluczenia nie została ujęta w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego ponieważ Zamawiający skupił się na braku właściwej decyzji do wywozu odpadów, o której mowa w punkcie V.1.1 SIWZ

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, Jego oferta w oparciu o kryteria oceny ofert określone w siwz jest ofertą z najniższą ceną spośród złożonych ofert i tym samym w przypadku uwzględnienia odwołania może zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy wartości zamówienia, którego przedmiotem są usługi.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 25 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp.

Wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy pzp, zgodnie z którym Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (lub może żądać jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty). Zgodnie z natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 oraz brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

Izba wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu wymienione w art. 22 ust. 1 ustawy mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania

zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia.

Zamawiający w zakresie spełniania warunku określonego w art. 22 ust.1 pkt 1 postawił wymóg posiadania uprawnienia do wykonywania określonej działalności tj. zezwolenia na transport odpadów wydanego przez właściwy organ starosty dla siedziby Wykonawcy lub oświadczenie o zawarciu umowy z odbiorcą odpadów w przypadku podpisania umowy z Zamawiającym na realizację zamówienia, a także posiadanie zezwolenie na transport odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne. Zgodnie z pkt VI. SIWZ dotyczącym wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt 1 wykonawcy mieli złożyć „*Oświadczenie w trybie art. 22 ust.1 i Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia*”.

Jak wynika z oświadczenia Zamawiającego oraz dokumentacji postępowania, Odwołujący na dzień składania ofert nie złożył oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust 1 ustawy. Jednakże kwestia ta jako nie objęta zarzutami odwołania nie podlegała badaniu i ocenie przez Izbę.

Odnosząc się do podstawowego zarzutu odwołania dotyczącego braku podstawy do wykluczenia wykonawcy w oparciu o dokument, którego złożenia Zamawiający nie wymagał w postanowieniach SIWZ, zdaniem Izby należy stwierdzić, że Zamawiający bezpośrednio złożenia takiego dokumentu nie wymagał, jednakże w wyjaśnieniu treści SIWZ z dnia 14 lutego 2012 roku dotyczącego pkt V.1.1), w odpowiedzi na pytanie Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że cyt. „ *wykonawca ma wykazać posiadanie zezwolenia na transport odpadów obejmującego (...) wyszczególnione rodzaje odpadów*”.

Należy stwierdzić, że wyjaśnienia udzielane wszystkim wykonawcom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich, w zakresie odnoszącym się do treści SIWZ, stanowią rodzaj wykładni autentycznej, wiążącej zamawiającego i wykonawców. Stanowią rodzaj zmiany SIWZ, jeżeli nie ma konieczności odmiennego lub uzupełniającego jej zmodyfikowania. Niewątpliwym jest, że powyższe wyjaśnienia SIWZ uściślają postanowienia ww. pkt SIWZ w kierunku obowiązku „wykazania posiadania zezwolenia”, a więc złożenia go Zamawiającemu.

Tym samym Zamawiający oczekiwał, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie będą posiadali *zezwolenia na transport odpadów* i na jego żądanie „wykażą ich posiadanie” Odwołujący nie miał wątpliwości, co do takiego rozumienia warunków udziału w postępowaniu, świadczy o tym w szczególności fakt iż występując z zapytaniem do Zamawiającego, użył stwierdzenia, że „Zamawiający w pkt V.1.1) SIWZ oczekuje od wykonawcy posiadania,„... zezwolenia na transport odpadów... „. Jednakże wiedząc, że tego warunku nie spełnia podnosił zarzut nie wskazania konieczności złożenia takiego dokumentu wraz z ofertą.

Izba odnosząc się również do kwestii możliwości oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, stwierdza, że profesjonalny Zamawiający winien tak opisać zasady spełniania warunków udziału w postępowaniu jak i opis przedmiotu zamówienia, aby w oparciu o wymagane dokumenty móc w sposób pełny, obiektywny i bezstronny ocenić czy dany wykonawca może w sposób prawidłowy, oczekiwany przez Zamawiającego wykonać przedmiot zamówienia. Jednakże ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, tylko w oparciu o wymagane oświadczenia i dokumenty nie może być celem nadrzędnym, niweczącym możliwości Zamawiającego ustalenia czy przedłożone dokumenty polegają na prawdzie.

Izba w tym składzie orzekającym podziela stanowisko zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. KIO 1044/19 gdzie wskazano, że *„w sytuacji, gdy zamawiający nie ma pewności co do spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę na podstawie złożonych dokumentów, jest uprawniony do sięgania do własnej wiedzy, w tym także pochodzące z innych postępowań jak i zbierania informacji od podmiotów trzecich, innych niż wykonawca którego oferty dotyczą, szczególnie gdy ma to służyć rozwianiu wspomnianych wątpliwości, jeśli tylko ostatecznie Zamawiający umożliwi wykonawcy samodzielne wypowiedzenie się w tym zakresie, na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.... . każdorazowo granicą dopuszczalności takiej praktyki będzie wyrażony w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwej konkurencji”*.

Nadto zasadne jest również przywołanie tezy z wyroku KIO iż *„W bieżącym stanie prawnym bowiem, już nie fakt złożenia oświadczenia lub dokumentu, ma znaczenie dla oceny prawidłowości czynności zamawiającego, ale to czy w rzeczywistości warunek udziału w postępowaniu został przez wykonawcę spełniony czy też nie- wyrok KIO z 20 maja 2010 roku o sygn. 807/10”*.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania, za zasadne należy uznać dokonanie przez Zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego, w oparciu o dokument który sam Odwołujący przekazał Zamawiającemu , tj. nieprawomocną na dzień składania ofert, decyzję – pozwolenie na transport odpadów niebezpiecznych i innych. Tym samym niewątpliwe jest, że na dzień składania ofert Odwołujący nie spełniał postawionych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający mając dowód iż wykonawca składając oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, takiego wymogu nie spełniał nie może tego faktu pominąć, gdyż nadrzędnym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej umowy o wykonanie zamówienia oraz racjonalne wydatkowanie w tym celu środków

publicznych. Zamawiający udzielając zamówienia wykonawcy niespełniającemu warunków udziału w postępowaniu doprowadziłby do zniweczenia tych celów.

Ponadto Izba stwierdza, że wykonawca nie może wykazywać się, dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, posiadaniem właściwego zezwolenia w przyszłości, nawet wtedy kiedy jeszcze przed podjęciem przez Zamawiającego decyzji o wyborze oferty dany warunek udziału byłby już spełniony (przedmiotowa decyzja stała się prawomocna). Zgodnie z art. 26 ust. 2a spełnienie warunków udziału w postępowaniu winno nastąpić nie później niż na dzień składania ofert.

Tym samym wykluczenie Odwołującego z postępowania, należy uznać w tych okolicznościach sprawy, za zasadne.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce w zakresie przepisów podniesionych w odwołaniu

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący