

Sygn. akt: KIO 2618/17

WYROK
z dnia 22 grudnia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2017 roku przez wykonawcę Ochrona Środowiska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamienicy Polskiej, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Starcza z siedzibą w Starczy

przy udziale:

wykonawcy Karol Sienkiewicz P.H.U. PAVER z Włoszczowy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2618/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu – Gminie Starcza unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Gminę Starcza z siedzibą w Starczy i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Ochrona Środowiska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamienicy Polskiej tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Starcza z siedziba w Starczy kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) na rzecz Odwołującego - Ochrona Środowiska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą Kamienicy Polskiej stanowiącą koszty strony 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 2017 r. poz. 1579 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 Częstochowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Starcza, prowadzi postępowanie pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Starcza”, nr ref. ZP 271.8.2017.

Ogłoszenie o przetargu zostało zamieszczone na stronie internetowej BIP Gminy Starcza w dniu 7 listopada 2017 roku.

Dnia 11 grudnia 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie złożone przez wykonawcę Ochrona środowiska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamienicy Polskiej (zwanym dalej odwołującym).

Podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego, polegająca na poinformowaniu odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty odwołującego. Informacja została przesłana do odwołującego faksem w dniu 6 grudnia 2017 roku.

W treści odwołania, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) zwanej dalej „Pzp” lub „ustawą”, poprzez jego zastosowanie w stosunku do oferty odwołującego i uznanie jej za niespełniającą warunków przetargu (nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ).

Opisane powyżej naruszenie przepisów ustawy wynika z naruszenia przez czynność zamawiającego przepisów art. 22 ust 1a w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 i 2 w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp., a to w skutek:

1. uznania przez zamawiającego, iż odwołujący nie posiada zdolności technicznej opisanej w Rozdziale 6 pkt. 3 ppkt. 2 SIWZ, a mianowicie nie dysponuje odpowiednią ilością pojazdów, koniecznych do wykonania wskazanych w SIWZ zadań, podczas gdy odwołujący wykazał, że posiada pojazdy wymagane przez zamawiającego:
 - dwa pojazdy przystosowane do odbioru selektywnie zebranych odpadów komunalnych;
 - dwa pojazdy o masie całkowitej powyżej 3,5 t przystosowane do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych;
 - jeden pojazd o masie całkowitej do 3,5 t przystosowane do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych;
 - jeden samochód dostosowany do odbioru odpadów wielkogabarytowych.

2. uznania przez zamawiającego, iż odwołujący nie dysponuje wymaganym pojazdem przystosowanym do odbioru odpadów komunalnych o masie całkowitej do 3,5 t, a to w skutek stwierdzenia „przystosowania pojazdu do odbioru odpadów komunalnych” na podstawie wpisu w dowodzie rejestracyjnym pojazdu bez odniesienia do cech technicznych pojazdu spełniających w całości warunki określone w § 5 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 poz. 122, dalej: rozporządzenie Ministra Środowiska) oraz art 9d ust 2 Ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 1996 nr 132 poz. 662 ze zm., dalej: ustawa u.c.p.g.).
3. stwierdzenia przez zamawiającego, iż odwołujący nie posiada pozwolenia na zbieranie odpadów o kodach 20 01 40 (metale) oraz 20 02 01 (odpady ulegające biodegradacji) podczas, gdy posiadanie przez wykonawcę pozwolenia na zbieranie wskazanych powyżej odpadów nie było wynikającym z zapisów SIWZ warunkiem dopuszczenia oferty do postępowania.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
2. nakazanie zamawiającemu dopuszczenia do przetargu oferty złożonej przez „Ochrona Środowiska” Sp. z o.o. jako odpowiadającej treści SIWZ oraz rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwzględnieniem oferty odwołującego;
3. uwzględnienie niniejszego odwołania jako oczywiście zasadnego;
4. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według wykazu kosztów przedstawionego podczas rozprawy.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny, aby wnieść niniejsze odwołanie. Na potwierdzenie przedstawił poniższą argumentację. Zgodnie z zapisami Rozdziału 15 SIWZ „Kryteria oceny oferty”, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający przewidział dwa kryteria oceny wyboru oferty najkorzystniejszej:

- ryczałtową ceną brutto stanowiącą 60 % kryterium punktacji (wyboru);
- termin płatności faktury stanowiącą 40% kryterium punktacji (wyboru).

Zgodnie z powyższym zapisem, oferta złożona przez „Ochrona Środowiska” Sp. z o.o. powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, jako, że zaoferowana przez odwołującego cena ryczałtowa brutto wykosiła 376.800,00 zł i była najniższa spośród złożonych w przetargu ofert,

przy jednoczesnym ustaleniu terminu płatności na 30 dni od dnia wystawienia faktury - identycznie jak w przypadku pozostałych ofert.

Powyższe powoduje, iż utrzymanie w mocy zaskarżonej czynności zamawiającego (niezgodnego z przepisami ustawy Pzp odrzucenia oferty „Ochrona Środowiska” Sp. z o.o.) doprowadzi do powstania po stronie odwołującego szkody majątkowej w postaci utraconego zarobku.

W uzasadnieniu odwołania, odwołujący podnosi, iż treść pisma informującego o odrzuceniu oferty wskazuje, iż odrzucenie oferty oparte zostało o przepis art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (oferta uznana została za nieodpowiadającą treści SIWZ).

Jako podstawy faktyczne powyższej czynności zamawiający wskazał trzy okoliczności:

1. Stwierdzenie braku opisanej w Rozdziale 6 pkt 3 ppkt 2 SIWZ zdolności technicznej rozumianej - w myśl zapisów SIWZ - jako posiadanie przez wykonawcę (oferenta) dwóch pojazdów przystosowane do odbioru selektywnie zebranych odpadów komunalnych, dwóch pojazdów o masie całkowitej powyżej 3,5 t przystosowane do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych, jednego pojazdu o masie całkowitej do 3,5 t przystosowanego do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych oraz jednego samochodu dostosowanego do odbioru odpadów wielkogabarytowych.

Powyższe zamawiający argumentował faktem, iż w załączniku nr 6 do oferty wykonawca wykazał jedynie pięć - nie zaś sześć pojazdów przeznaczonych do wykonywania zadań opisanych w SIWZ, zaś pojazd o numerze rejestracyjnym SCZ UL92 został wskazany przez „Ochrona Środowiska” Sp. z o.o. jako pojazd przeznaczony zarówno do zbierania odpadów selektywnych jak i odpadów wielkogabarytowych.

2. Stwierdzenie braku opisanej w Rozdziale 6 pkt 3 ppkt 2 SIWZ zdolności technicznej rozumianej - w myśl zapisów SIWZ - jako posiadanie przez wykonawcę (oferenta) pojazdu przystosowanego do odbioru odpadów komunalnych o masie całkowitej nieprzekraczającej 3,5 t.

Powyższe zamawiający argumentował faktem, iż w dowodzie rejestracyjnym wydzierżawionego przez odwołującego pojazdu IVECO DAILY o numerze rejestracyjnym SBE 67049 w rubryce przeznaczenie widnieje zapis „ uniwersalny ” nie zaś „ wywóz śmieci”

Jednocześnie zamawiający pominął fakt, iż przedmiot postępowania o udzielenia zamówienia publicznego (odbior i zagospodarowanie odpadów komunalnych) powoduje konieczność stosowania przepisów ustawy o odpadach oraz wynikających z niej warunków technicznych pojazdów.

Co za tym idzie, przystosowanie pojazdu do odbioru odpadów komunalnych nie powinno wynikać z wpisu w dowodzie rejestracyjnym lecz ze spełniania warunków technicznych określonych w rozporządzeniu Ministra Środowiska wydanym na podstawie art 9d ust. 2 ustawy u.c.p.g.

3. Stwierdzenie braku wymaganych uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej w zakresie transportu i zbierania odpadów komunalnych.

Powyższe zamawiający argumentował faktem, iż w decyzji o pozwoleniu na zbieranie odpadów z dnia 16 września 2015 r. wydanej przez Starostę Myszkowskiego (OSR.6233.6.2015) nie zostały wymienione odpady o kodach 20 01 40 (metale) oraz 20 02 01 (odpady ulegające biodegradacji).

Odwołujący nie zgodził się z powyższymi niezgodnościami, wskazując:

Ad. 1

Zapisy Rozdziału 6 pkt 3 ppkt 2 SIWZ podają rodzaj i ilość pojazdów, których posiadanie przez oferenta jest wymagane przez zamawiającego:

„[...] 2) *Zdolność techniczna:*

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą że dysponują lub będą dysponować pojazdami:

- *Pojazdem przystosowanym do odbioru selektywnie zebranych odpadów komunalnych - ilość 2 szt.*
- *Pojazdem przystosowanym do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych (śmieciarka) o masie całkowitej powyżej 3,5 t- ilość 2 szt.*
- *Pojazdem przystosowanym do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych (śmieciarka) o masie całkowitej do 3,5 t- ilość 1 szt.*
- *Samochodem dostosowanym do odpadów wielkogabarytowych - ilość 1 szt.”*

Powyższe pokazuje wyraźnie, że zamawiający wymaga, aby oferent posiadał potencjał techniczny pozwalający na wykonanie trzech rodzajów zadań, które obejmuje przedmiot zamówienia (zbiórka i zagospodarowanie odpadów komunalnych):

- odbiór selektywnie zbieranych odpadów komunalnych,
- odbiór zmieszanych odpadów komunalnych
- odbiór odpadów wielkogabarytowych.

Wobec powyższego zamawiający odrzucając ofertę „Ochrona Środowiska” SP. Z o.o. uznał, że jeden pojazd (STEYR. nr rei SCZ UL92) nie może być przeznaczony do wykonywania dwóch zadań: zbiórki odpadów selektywnych oraz zbiórki odpadów wielkogabarytowych.

W kontekście powyższego, wskazuję co następuje:

Art. 7 ust 1 ustawy Pzp. wskazuje, że:

„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości ”

Art. 22 ust 1a ustawy p.z.p. wskazuje, że:

„Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności ”

Art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy p.z.p. natomiast wskazuje, że określne przez zamawiającego warunki mogą dotyczyć w szczególności zdolności technicznej zamawiającego do wykonania przedmiotu umowy zawartej wskutek postępowania przetargowego.

Przytoczone powyżej przepisy oraz znajomość przez zamawiającego zagadnień i metodyki działań dotyczących przedmiotu zamówienia (odbioru i zagospodarowania odpadów) powodują, że po stronie zamawiającego istnieje obowiązek takiego sformułowania zapisów SIWZ aby były one jednoznacznie zrozumiałe dla oferentów .

Jednocześnie koniecznym jest, aby przedstawione przez zamawiającego warunki (zdolność techniczna) były proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a ich zapis w SIWZ umożliwił oferentom ocenę swojej zdolności do wykonania zadań (przesłanka przejrzystości wynikająca z art. 7 ust. 1 in finem Pzp).

W kontekście powyższego, odwołujący wskazuje, że zgodnie z zapisami SIWZ zadanie polegające na zbieraniu zmieszanych odpadów komunalnych powinno być wykonywane przy użyciu trzech pojazdów - dwóch o masie całkowitej powyżej 3,5 t oraz jednego o masie całkowitej nieprzekraczającej 3,5 t.

Do wykonania powyższych zadań zamawiający wymagał posiadania tzw. „śmieciarek”, co uzasadnione jest charakterem zmieszanych odpadów komunalnych.

Rozważając jednak charakter odpadów selektywnych oraz odpadów wielkogabarytowych, wskazać należy, że zbieranie odpadów selektywnych odbywa się w sposób przewidziany przepisami ustawy u.c.p.g., których odzwierciedleniem są również odpowiednie zapisy SIWZ. Mieszkańcy nieruchomości otrzymują od wykonawcy (oferenta) worki przeznaczone do selektywnej zbiórki odpadów, posiadające oznaczenia odpowiedniej frakcji recyklingowej (np. „plastik”, „papier” itd.).

Worki z odpadami selektywnymi przy ich odbiorze od mieszkańców ładowane są na skrzynię pojazdu ciężarowego, a następnie transportowane do Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK). Tam są segregowane ze względu na odpowiednią frakcję recyklingową i następnie przekazywane podmiotom posiadającym uprawnienia do zagospodarowania, recyklingu bądź utylizacji odpadów należących do danej frakcji.

Charakter oraz specyfika zbiórki odpadów selektywnych powoduje, iż do wykonywania tego typu zadania nie używa się pojazdu z zamontowaną prasą do zgniatania śmieci („typowa śmieciarka”) lecz wykorzystuje się pojazdy ciężarowe ze skrzynią załadunkową, które spełniają warunki techniczne przewidziane w § 5 rozporządzenia Ministra Ochrony Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Takim właśnie pojazdem jest wskazany w załączniku nr 6 do oferty samochód STEYR o nr rej. SCZ UL92.

W kontekście powyższego, wskazać należy, że do odbioru odpadów wielkogabarytowych również używa się pojazdu o tożsamy parametrach technicznych - samochód ciężarowy ze skrzynią załadunkową (o odpowiednich rozmiarach, które wskazany powyżej pojazd posiada) dostosowany do warunków opisanych w § 5 rozporządzenia Ministra Środowiska.

Powyższe ukazuje jednoznacznie, że na gruncie przedmiotowego postępowania jeden pojazd może wykonywać dwa zadania przewidziane przez zamawiającego w SIWZ.

W kontekście powyższego, wskazać również należy, że możliwość użycia jednego pojazdu do wykonywania zadań z zakresu zbiórki odpadów selektywnych oraz wielkogabarytowych wynika nie tylko ze specyfikacji technicznej samochodu (skrzynia załadunkowa) i podobieństwa czynności zbierania odpadów (załadunek na skrzynię), lecz wynika również z relacji czasowej.

Jak wskazuje zapis Rozdziału 2 pkt 1.2,2 SIWZ - odbiór odpadów selektywnych powinien odbywać się raz w miesiącu. Zapis Rozdziału 2 pkt 1.2,3 SIWZ wskazuje natomiast, iż odbiór odpadów wielkogabarytowych organizowany ma być przez wykonawcę raz w roku.

Powyższe powoduje oczywistą konkluzję, iż odpowiednie ułożenie grafiku odbioru odpadów selektywnych oraz wielkogabarytowych umożliwi bezproblemowe użycie tego samego pojazdu do wykonania obu zadań.

Zapisy SIWZ również w żadnym miejscu nie zabraniają oferentowi przeznaczenia jednego pojazdu (spełniającego konieczne warunki techniczne) do wykonywania dwóch zadań.

W kontekście powyższego, wskazać należy, że zamawiający, aby zachować w postępowaniu przesłankę przejrzystości powinien zapisać w Rozdziale 6 pkt 3 ppkt 2 SIWZ sformułować w sposób jednoznacznie wskazujący na konieczność posiadania przez oferenta dwóch różnych pojazdów przeznaczonych do wykonania zadań z zakresu zbiórki odpadów selektywnych oraz zbiórki odpadów wielkogabarytowych.

Powyższe jednak nie zostało uczynione, a złożona przez odwołującego oferta przygotowana została w oparciu o zapisy SIWZ i jest z nimi zgodna.

Niezależnie od powyższego, wskazać należy, że wymaganie przez zamawiającego dwóch różnych pojazdów do wykonania dwóch odrębnych zadań powodowałoby naruszenie zasady proporcjonalności wymagań w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W kontekście powyższego, należy również rozważyć użyte przez ustawodawcę w przytoczonych przepisach pojęcie „proporcjonalności” wymaganych warunków zdolności technicznej do przedmiotu przetargu.

Zgonie z powszechnie przyjętą zarówno przez doktrynę jak i przez orzecznictwo KIO definicją, zdolność techniczna jest równoznaczna z dysponowaniem przez oferenta potencjału technicznego do wykonania przedmiotu umowy.

Przez pojęcie dysponowania potencjałem technicznym przyjęto się rozumieć co najmniej posiadanie niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia narzędzi i urządzeń (I. Skubiszak-Kalinowska, art. 22 p.z.p. [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz WKP 2017, LEX).

Przesłanka „proporcjonalności” potencjału technicznego w stosunku do przedmiotu zamówienia zostaje natomiast spełniona, gdy warunki wskazane w SIWZ są niezbędne do umożliwienia prawidłowej realizacji zamówienia (W. Hartung, art. 58 [w:] W. Hartung i in. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz C.H. Beck Warszawa 2015).

Z powyższego można wnioskować, że warunki udziału w postępowaniu oraz wymagana od wykonawców zdolność techniczna powinny być adekwatne do osiągnięcia celu, którym jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Powyższe przekłada się na stwierdzenie, że: *„warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Ich ustanowienie nie powinno pozbawiać lub zawęźać dostępu do zamówienia tym z wykonawców, którzy gwarantują jego należyte wykonanie”* (I. Skubiszak-Kalinowska, art. 22 p.z.p op. cit.).

Powyższe odniesione do wskazanych w niniejszym piśmie aspektów faktycznych i technicznych odbioru odpadów selektywnych i wielkogabarytowych daje jednoznaczną konkluzję, że dopiero udzielenie oferentowi możliwości zastosowania jednego pojazdu dostosowanego do realiów do dwóch zadań spowoduje spełnienie przez SIWZ przesłanki „proporcjonalności” na gruncie przedmiotowego postępowania.

Stąd też uznać należy, że zdolność techniczna wykazana w załączniku nr 6 przez odwołującego spełnia przesłankę proporcjonalności do przedmiotu zamówienia, a odrzucenie oferty „Ochrona Środowiska” Sp. z o.o. przez zamawiającego zostało dokonane z oczywistym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, wskazanych w petitum odwołania.

Ad. 2

Na wstępie wskazać należy, że rozważania dotyczące przesłanek „przejrzystości” zapisów SIWZ oraz „proporcjonalności” zdolności technicznej do przedmiotu przetargu dotyczą również wymaganych od wykonawców środków dowodowych (I. Skubiszak-Kalinowska, art. 22 p.z.p op. cit). Powyższe stwierdzenie ma bezpośrednie przełożenie na drugą z przesłanek faktycznych, na której zamawiający oparł zaskarżoną czynność odrzucenia oferty „Ochrona Środowiska” Sp. z o.o.

W piśmie z dnia 06 grudnia 2017 r., informującym o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający wskazał, iż wykonawca nie dysponuje pojazdem przeznaczonym do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych o masie łącznej nieprzekraczającej 3,5 t.

Powyższe zamawiający argumentował faktem, iż w przedłożonym przez odwołującego dowodzie rejestracyjnym pojazdu marki IVECO DAILY nr rej. SBE 67049 w rubryce „przeznaczenie pojazdu” umieszczony został zapis „uniwersalny”, nie zaś „wywóz śmieci”.

W kontekście powyższego, odwołujący wskazuje, że warunki techniczne, jakie musi spełniać „pojazd przystosowany do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych” szczegółowo określone zostały w § 5 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Powyższy przepis wskazuje, że:

„ W zakresie wymagań technicznych dotyczących wyposażenia pojazdów należy zapewnić, aby:

- 1) konstrukcja pojazdów zabezpieczała przed rozwiewaniem i rozpylaniem przewożonych odpadów oraz minimalizowała oddziaływanie czynników atmosferycznych na odpady;
- 2) pojazdy były wyposażone w system:
 - a) monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postojów oraz
 - b) czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów - umożliwiający weryfikację tych danych;
- 3) pojazdy były wyposażone w narzędzia lub urządzenia umożliwiające sprzątnię terenu po opróżnieniu pojemników”.

Wszystkie opisane powyżej warunki ustawowe spełnia wskazany przez odwołującego w załączniku nr 6 do oferty pojazd o nr rej. SBE 67049, czego potwierdzeniem jest przedłożona zamawiającemu umowa dzierżawy z dnia 02 listopada 2017 roku, której § 1 wskazuje

jednoznacznie, że dzierżawiony pojazd jest dostosowany do odbioru i przewozu odpadów komunalnych zmieszanych.

Wobec powyższego zaznaczenia wymaga fakt, że utrwalona na gruncie prawa polskiego i europejskiego linia orzecznicza wskazuje, iż wpisu w dowodzie rejestracyjnym pojazdu nie należy definiować jako jednoznacznego wykładnika przeznaczenia samochodu.

Przesłankami zasadniczo decydującymi o przeznaczeniu pojazdu do odbioru i transportu odpadów komunalnych zmieszanych są jego cechy techniczne, które spełniają warunki przewidziane w przepisach odrębnych oraz cechy charakterystyczne usług, do świadczenia których pojazdy te są przeznaczone (por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 marca 2014 r., sygn. akt C-222/12, Lex nr 1433643, a także przywołane tam orzecznictwo).

Na powyższym stanowisku wielokrotnie stawały również polskie Sądy Administracyjne (wyrok WSA w Opolu z dnia 29 października 2015 r., sygn. akt II SA/Op 355/15, LEX nr 1932767, wyrok WSA w Opolu z dnia 17 sierpnia 2015 r., sygn. akt II SA/Op 311/15, LEX nr 1776668, czy też wyrok WSA w Poznaniu z dnia 17 grudnia 2014 r., sygn. akt III SA/Po 478/14, LEX nr 1646545).

Wpis w dowodzie rejestracyjnym może być jedynie wynikiem zarejestrowania na terenie Rzeczypospolitej Polskiej pojazdu sprowadzonego z zagranicy, który następnie został przystosowany do odbioru odpadów komunalnych w myśl przepisów ustawy u.c.p.g. i wynikającego z nich rozporządzenia Ministra Środowiska.

Powyższe okoliczności po raz kolejny odnieść należy do zapisu Rozdziału 6 pkt 3 ppkt 2 SIWZ oraz obowiązującej zamawiającego przesłanki przejrzystości zapisów SIWZ oraz proporcjonalności zdolności technicznej oferenta do przedmiotu zamówienia.

Wymaganiem zamawiającego wyrażonym w zapisach SIWZ było posiadanie przez wykonawcę pojazdu przystosowanego do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych, bez wskazania, że pojazd taki musi zawierać w dowodzie rejestracyjnym wpis o przeznaczeniu do wywozu śmieci.

Powyższy zapis SIWZ powoduje, iż za wystarczające uznać należy spełnianie przez wskazany w ofercie pojazd warunków wynikających z przepisów ustawy u.c.p.g. i rozporządzenia, co zostało uczynione poprzez przedłożenie do akt przetargowych opisanej powyżej umowy dzierżawy.

Stan faktyczny występujący na gruncie przedmiotowego postępowania powoduje, że zamawiający wskazując wpis przeznaczenia pojazdu w dowodzie rejestracyjnym jako przesłankę konieczną do spełnienia przez oferenta warunku posiadania zdolności technicznej

narusza zasadę przejrzystości postępowania czyli umożliwienia wykonawcy ocenę zdolności wykonania zadania w myśl art. 22 ust 1a ustawy Pzp.

Gdyby bowiem zapisy SIWZ nie odnosiły się jedynie do „przystosowania pojazdu do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych”, lecz wskazywały na konieczność wykazania takiego przystosowania odpowiednim wpisem w dowodzie rejestracyjnym, „Ochrona Środowiska” Sp. z o.o. przygotowując się do przetargu poszukiwałaby do wydzierżawienia samochodu posiadającego taki wpis, nie zaś pojazdu jedynie” spełniającego warunki ustawy u.c.p.g. i rozporządzenia Ministra Środowiska.

Z drugiej zaś strony, uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego w myśl przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z tego powodu, że wskazany w ofercie pojazd IVECO DAILY nr rej. SBE 67049 - pomimo, iż spełnia przewidziane prawem warunki „przystosowania do odbioru odpadów komunalnych” - nie posiada wymaganego przez zamawiającego wpisu w dowodzie rejestracyjnym, powinno zostać potraktowane jako naruszenie przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp.

Posiadanie odpowiedniego wpisu w dowodzie rejestracyjnym nie jest bowiem - jak zostało wykazane powyżej - przesłanką wskazującą na „przystosowanie pojazdu do odbioru odpadów” (spełnianie tego warunku powinno być wykazane w oparciu o cechy techniczne pojazdu wynikające z § 5 rozporządzenia Ministra Środowiska) lecz dodatkowym warunkiem - nieprzewidzianym w SIWZ przed otwarciem ofert.

W kontekście powyższego wskazać również należy, że spełnianie przez podmioty wykonujące profesjonalną działalność gospodarczą w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych m.in, warunków technicznych pojazdów przeznaczonych do tego celu, ilości posiadanych pojazdów oraz możliwości zamawiających (gmin) do wskazywania w SIWZ wymagań dotyczących powyższych aspektów było przedmiotem interpelacji poselskiej nr 9257 z dnia 11 stycznia 2017 r.(znak sprawy: DGO-III.070.5.2017.MP) skierowanej do Ministra Środowiska.

W odpowiedzi na powyższą interpelację z dnia 20 kwietnia 2017r. wskazane zostało, iż: *„wójt, burmistrz lub prezydent miasta ma możliwość określenia szczegółowych wymagań stawianych przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...)”*.

Konkludując przytoczone w niniejszym punkcie odwołania okoliczności wskazać należy, że:

- stwierdzenie przystosowania pojazdu do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych powinno odbyć się poprzez stwierdzenie, czy jego cechy techniczne wypełniają przesłanki wskazane w § 5 rozporządzenia Ministra Środowiska;

- wpis w rubryce „przeznaczenie pojazdu” w dowodzie rejestracyjnym nie może być traktowany jako decydujący w kontekście spełniania przez pojazd warunków technicznych przystosowania do odbioru odpadów komunalnych;
- wymaganie od przedstawionego w ofercie pojazdu posiadania odpowiedniego wpisu w dowodzie rejestracyjnym jest dodatkowym warunkiem oceny zdolności technicznych odwołującego, nieprzewidzianym w SIWZ przed otwarciem ofert.

Stąd też uznać należy, że odrzucenie oferty „Ochrona Środowiska” Sp. z o.o. przez zamawiającego na podstawie wpisu w dowodzie rejestracyjnym pojazdu zostało dokonane z oczywistym naruszeniem przepisów ustawy Pzp wskazanych w petitum odwołania.

Ad. 3

Zarzucony przez zamawiającego brak pozwolenia na zbieranie odpadów o kodach 20 01 40 (metal) oraz 20 02 01 (odpady ulegające biodegradacji) należy na gruncie niniejszego postępowania traktować jako zarzut braku kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w myśl art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp.

W kontekście powyższego odwołujący podnosi, że zapisy Rozdziału 6 pkt 1 SIWZ wskazują, iż wykonawca zobowiązany jest do posiadania kompetencji i uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej (w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych), a warunek ten zostaje spełniony, jeśli wykonawca:

- 2. posiada zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów, wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą o odpadach*
(...)
- 4. posiada aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych lub gotowość przyjęcia odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. Miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów; o których mowa wyżej powinny spełniać warunki określone w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach i ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach”.*

Powyższe zapisy SIWZ po raz kolejny należy zestawić z wynikającymi z przepisów ustawy Pzp - opisanymi już w pkt Ad 1 niniejszego odwołania - przesłankami proporcjonalności oraz przejrzystości.

Przejrzystość zapisów SIWZ wskazana w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. ma na celu zapewnienie oferentowi możliwości oceny własnego potencjału, potrzebnego do wykonania zadania w myśl art. 22 ust. 1a Pzp.

Z kolei przesłanka proporcjonalności wskazana w art. 22 ust. 1a Pzp. powinna być rozumiana jako wskazanie w SIWZ warunków niezbędnych do umożliwienia prawidłowej realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu kompetencji i zezwoleń adekwatnych do osiągnięcia celu jakim na gruncie przedmiotowej sprawy jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Starcza.

W kontekście powyższego wskazać należy, że celem ogłoszenia przedmiotowego przetargu jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od mieszkańców nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Starcza.

Powyższy cel jest odzwierciedleniem ustawowego zadania Gminy Starcza, wynikającego z przepisu art. 3 ust. 1 i 2 ustawy u.c.p.g.

Zgodnie z powyższymi zapisami ustawy, celem Gminy (a co za tym idzie - celem niniejszego postępowania i podpisanej w jego wyniku umowy) jest utrzymanie porządku i czystości na terenie Gminy poprzez odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w tym również metali i odpadów podlegających biodegradacji.

Powyższy cel zostaje osiągnięty, gdy podmiot posiadający odpowiednie kwalifikacje oraz zezwolenia w ramach prowadzonej przez siebie działalności zawodowej odbiera od mieszkańców odpady i przekazuje je do instalacji lub innych podmiotów zajmujących się ich utylizacją, recyklingiem, przetworzeniem lub zagospodarowaniem czy też unieszkodliwieniem w inny sposób.

Powyższe działania, a więc idące za nimi osiągnięcie celu (utrzymania porządku i czystości na terenie gminy) odbywają się na podstawie przepisów Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2013 poz. 21, dalej: „ustawa o odpadach”), na co wskazuje przepis art. 1a ustawy u.c.p.g.

W kontekście powyższego, wskazać należy, że ustawa o odpadach różnicuje pojęcia transportu odpadów oraz zbierania odpadów.

Art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach zawiera definicję pojęcia „zbieranie odpadów”:

„rozumie się przez to gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsca przetwarzania. w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b. ”

Pojęcie „transportu odpadów” nie zostało zdefiniowane w art. 3 ustawy o odpadach, gdyż nie było takiej potrzeby. Utrwalone stanowisko doktryny wskazuje natomiast, że: *„Transport odpadów jest po prostu usługą do której stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, ustawy*

z dnia 15 listopada 1984 r. - Prawo przewozowe (oraz ustaw regulujących określone rodzaje przewozów (drogowy kolejowy, rzeczny; lotniczy). Zlecający usługę transportu jest obowiązany wskazać transportującemu miejsce przeznaczenia i posiadacza, któremu należy dostarczyć odpady (art. 24 ust. 3)”(W. Radecki, Ustawa o odpadach. Komentarz, art. 22 WK 2016. LEX).

Oba powyższe pojęcia wchodzą w skład czynności polegających na „odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości”, lecz z przywołanych powyżej przepisów wynika, iż inna jest procedura ich wykonania.

Jako, że zbieranie odpadów polega na ich gromadzeniu przed transportem do miejsca przetwarzania, powoduje to konieczność dysponowania przez oferenta miejscem (bazą), w którym odpady takie mogą być okresowo magazynowane (aż do czasu ich przewiezienia - „transportu” - do miejsca przetwarzania).

Wykonywanie czynności polegających na okresowym (aż do czasu transportu) magazynowaniu metali i odpadów podlegających biodegradacji w istocie wymaga posiadania przez podmiot pozwolenia na zbieranie odpadów o określonych kodach.

Pozwolenia na zbieranie odpadów nie wymaga jednak ich natychmiastowy transport do miejsc przetwarzania.

W kontekście powyższego wskazać należy, że podmiot profesjonalnie zajmujący się transportem odpadów - w tym przypadku metali (kod 20 01 40) oraz odpadów ulegających biodegradacji (kod 20 02 01) - musi być wpisany do rejestru prowadzonego przez wójta gminy w myśl przepisu art. 9c ust. 1 ustawy u.c.p.g.

„Ochrona Środowiska” Sp. z o.o, taki wpis posiada - jest on warunkiem sine qua non złożenia oferty w postępowaniu u udzielenie zamówienia.

W kontekście powyższego wskazać należy, że żaden z zapisów SIWZ nie zawiera warunku konieczności posiadania przez wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów o kodach 20 01 40 czy też 20 02 01.

Do osiągnięcia celów przedmiotowego postępowania wystarczy posiadanie pozwolenia na transport odpadów, który to warunek odwołujący spełnia.

„Ochrona Środowiska” Sp. z o.o. ściśle współpracuje z podmiotami zajmującymi się zbieraniem odpadów metalowych oraz ulegających biodegradacji. Transport odpadów o kodach wskazanych przez zamawiającego w piśmie z dnia 06 grudnia 2017 r, odbywa się przy zachowaniu wszelkich warunków przewidzianych przepisami prawa - czego zamawiający na żadnym etapie postępowania nie kwestionował.

Biorąc zatem pod uwagę zapisy SIWZ. wskazujące na przesłanki spełnienia warunku posiadania kompetencji i uprawnień do prowadzenia określonej działalności

(Rozdział 6 pkt 1 ppkt: 2. posiada zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów, wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą o odpadach, oraz 4. posiada aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych lub gotowość przyjęcia odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. Miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, o których mowa wyżej powinny spełniać warunki określone w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach i ustawie z dnia 13 września 1996 r, o utrzymaniu czystości i porządku w gminach SIWZ) uznać należy, że odrzucenie oferty odwołującego oparte o okoliczności wskazane w piśmie z dnia 06 grudnia 2017 r. jest bezpodstawne.

Po raz kolejny (podobnie jak w przypadku dwóch poprzednich zarzutów) wskazać należy, że konieczność wykazania zezwolenia na odbiór metali i odpadów biodegradowalnych nie stanowiły warunków przystąpienia do przetargu w dniu otwarcia ofert.

Warunek posiadania zezwolenia na odbiór odpadów o powyższych kodach wyniknął dopiero z treści pisma stwierdzającego odrzucenie oferty.

Uznanie powyższego warunku na tym etapie postępowania jako koniecznego do spełnienia w świetle zapisów SIWZ doprowadziłoby do oczywistego naruszenia obowiązujących zamawiającego standardów przejrzystości SIWZ oraz proporcjonalności wymaganych warunków w stosunku do osiągnięcia celu postępowania.

Stąd też uznać należy, że odrzucenie oferty „Ochrona Środowiska” Sp. z o.o. przez zamawiającego na podstawie powyższej podstawie zostało dokonane z oczywistym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, wskazanych w petitum odwołania.

Konkludując wszystkie przytoczone w niniejszym piśmie okoliczności, wskazuję, że:

- zamawiający stwierdził, że oferta odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, powołując się przy tym na okoliczności, które nie zostały wyrażone w warunkach przetargowych w sposób jednoznaczny i przejrzysty, pozwalający wykonawcy na odniesienie swojej zdolności do wykonania zadania do oczekiwań zamawiającego;
- zamawiający odrzucając ofertę odwołującego powołuje się na trzy okoliczności« z których każda stanowi naruszenie przepisu art. 22 ust, 1a ustawy Pzp. w zakresie proporcjonalności warunków SIWZ w stosunku do przedmiotu przetargu (osiągnięcia celu w postaci odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Starcza);
- każda z okoliczności wskazanych przez zamawiającego jako podstawy odrzucenia oferty odwołującego pojawiła się już na etapie otwarcia ofert jako pewnego rodzaju doprecyzowanie (niedozwolone w świetle przytoczonych przepisów ustawy Pzp)

warunków określonych w SIWZ w momencie zamieszczenia ogłoszenia o przetargu na stronie internetowej BIP Gminy Starcza;

- oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu przez „Ochrona Środowiska” Sp. z o.o. spełnia wszystkie warunki - zarówno w zakresie zdolności technicznej jak i posiadanych kompetencji i uprawnień - przewidziane w Rozdziale 6 SIWZ.

Dnia 12 grudnia 2017 roku do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego wykonawca K. S., prowadzący działalność gospodarczą jako K. S. P.H.U.PAVER, 29-100 Włoszczowa, ul. Sienkiewicza 58A, wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, iż zarzuty zawarte w odwołaniu nie zasługują na uwzględnienie. W Rozdziale 6 pkt.3 ppk 2 SIWZ jako zdolność techniczna, zamawiający określił, że wymaga by wykonawca dysponował sześcioma pojazdami, a odwołujący wykazał dysponowanie jedynie pięcioma, przy czym do odbioru odpadów wielkogabarytowych wskazał ten sam pojazd, który został wskazany do zbiórki odpadów zbieranych selektywnie. Ponadto zamawiający wskazał, iż argument odwołującego, iż odpady wielkogabarytowe mają być odbierane jeden raz w roku jest dowodem na niewłaściwe podejście do tematu. Jeden raz w roku należy odbierać odpady wielkogabarytowe z każdego gospodarstwa domowego. Gmina Starcza liczy 770 gospodarstw domowych, zatem ich obsługa wymaga większego zaangażowania ze strony potencjalnego wykonawcy niż planował to odwołujący.

Ponadto zamawiający wskazał, iż pojazd wskazany przez odwołującego o masie całkowitej do 3,5 t wskazany do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych, według przedstawionego w ofercie dowodu rejestracyjnego nie jest przystosowany do odbioru odpadów. Pojazd zgodnie z tym dokumentem posiada przeznaczenie uniwersalne, a nie jest przystosowany do wywozu odpadów. Powyższe świadczy jednoznacznie o niespełnieniu warunków SIWZ. Wreszcie odwołujący nie przedłożył potwierdzenia, iż posiada zezwolenie na zbieranie odpadów o kodach 20 01 40 i 20 02 01. W Rozdziale 6 pkt 1 ppkt. 2 określony został warunek posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów, wydanego przez właściwy organ zgodnie z ustawą o odpadach. Jest rzeczą oczywistą, iż warunek ten nie może być uznany za spełniony przez odwołującego, skoro nie posiada on zezwolenia na zbieranie niektórych z odpadów będących przedmiotem zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz złożonych oświadczeń, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zmianami; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 grudnia 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 6 grudnia 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, Izba podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego: Ustawa Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”):

Art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;*

Art. 22 ust 1a - *Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*

Art. 22 ust. 1b pkt 1 i 2 - *Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:*

- 1) *kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;*
- 2) *sytuacji ekonomicznej lub finansowej.*

Art. 7 ust 1 ustawy Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Izba ustaliła

Zamawiający – Gmina Starcza Gmina Starcza, ogłosił dnia 7 listopada postępowanie pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Starcza”, nr ref. ZP 271.8.2017.

Izba ustaliła, iż argumentacja zamawiającego zawarta w odpowiedzi na odwołanie nie znajduje potwierdzenia w zapisach SIWZ.

W Rozdziale 6 SIWZ zatytułowanym: „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” zamawiający ustanowił m.in. warunki:

1. Posiadanie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:

Warunek zostanie spełniony jeśli Wykonawca:

1. jest wpisany do rejestru działalności regulowanej Gminy Starcza
2. posiada zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów, wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą o odpadach
3. posiada wpis do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska zgodnie z ustawą o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym;
4. posiada aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych lub gotowość przyjęcia odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. Miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, o których mowa wyżej powinny spełniać warunki określone w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach i ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach,

2. (...)

3. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

1) (...)

2) Zdolność techniczna

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykazą, że dysponują lub będą dysponować:

Pojazdami:

- pojazdem przystosowanym do odbioru selektywnie zebranych odpadów komunalnych – ilość 2 szt.
- pojazdem przystosowanym do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych (śmieciarka) o masie całkowitej powyżej 3,5 t – ilość 2 szt.
- pojazdem przystosowanym do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych (śmieciarka) o masie całkowitej do 3,5 t – ilość 1 szt.
- samochodem dostosowanym do odbioru odpadów wielkogabarytowych – ilość 1 szt.

W Rozdziale 9 zatytułowanym „**Wykaz oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wskazujących brak podstaw do wykluczenia**” zamawiający wymagał od wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą złożenia m.in. dokumentów: (...)

4. Aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów, wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą o odpadach.

W postępowaniu zostało złożonych sześć (6) ofert, a jako najwyżej oceniona została uznana oferta odwołującego. W związku powyższym, dnia 23 listopada 2017 roku, na mocy art. 26 ust. 2 Pzp, odwołujący został wezwany do złożenia aktualnych dokumentów, o których mowa w Rozdziale 9 SIWZ. Pismem z dnia 28 listopada odwołujący złożył wymagane w SIWZ oświadczenia i dokumenty. Dnia 30 listopada 2017 roku, zamawiający wezwał odwołującego na mocy art. 26 ust. 4 Pzp do uzupełnienia złożonych dokumentów o dokumenty, których nie wymagał w treści SIWZ, ale o złożenie których wnioskował przystępujący. W terminie wyznaczonym przez zamawiającego, odwołujący złożył również wnioskowane dokumenty, choć nie było to wymagane zapisami SIWZ.

Odwołujący wywiązał się z nałożonego przez zamawiającego obowiązku, zgodnie z którym w wyznaczonym w terminie złożył wszystkie wymagane dokumenty. Pismem, z dnia 6 listopada 2017 roku, odwołujący został powiadomiony o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Izba zważyła

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż warunki udziału w postępowaniu 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. Warunki udziału w postępowaniu służą do sprawdzenia zdolności wykonawcy do realizacji danego zamówienia. Ich celem jest weryfikacja wykonawców ubiegających się o dane zamówienie, w taki sposób aby, w jej wyniku zamówienie publiczne powierzone zostało wykonawcy zdolnemu do prawidłowej realizacji zamówienia. W wyniku tej weryfikacji, o zamówienie mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, których rzetelność, doświadczenie i kwalifikacje gwarantują prawidłową realizację zamówienia.

Warunki udziału w postępowaniu odnoszą się do właściwości podmiotowej wykonawcy. Od ich spełnienia uzależniony jest udział wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności do należytego wykonania zamówienia oraz określa środki dowodowe, jakimi winni wykazać się wykonawcy, w celu wykazania spełnienia owych warunków. Warunki muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiać oceną zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Zatem ich precyzyjne sformułowanie jest niezmiernie ważne z punktu widzenia wykonawcy, który ubiega się lub zamierza ubiegać o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem na ich podstawie wykonawca ocenia swoją zdolność do realizacji zamówienia.

W analizowanym stanie faktycznym zamawiający sformułował warunki udziału dotyczące zdolności technicznej, poprzez wskazanie ilości samochodów przeznaczonych do realizacji konkretnego celu, tj. wykonawca winien dysponować *„pojazdem przystosowanym do odbioru selektywnie zebranych odpadów komunalnych – ilość 2 szt., pojazdem przystosowanym do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych (śmieciarka) o masie całkowitej powyżej 3,5 t – ilość 2 szt., pojazdem przystosowanym do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych (śmieciarka) o masie całkowitej do 3,5 t – ilość 1 szt., samochodem dostosowanym do odbioru odpadów wielkogabarytowych – ilość 1 szt.”*

Ponadto, warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów był wymóg złożenia dokumentów wskazanych w Rozdziale 6 i 9 SIWZ.

Odwołujący złożył wymagane oświadczenia i dokumenty, zgodnie z wymogami SIWZ, a mimo to, jego oferta została odrzucona. Na marginesie dodać należy, iż brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu stanowi przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania, a nie odrzucenia jego oferty. W tym zakresie zamawiający dokonał błędnej kwalifikacji prawnej uznając, iż brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu skutkuje odrzuceniem oferty.

W analizowanej sprawie, podstawą odrzucenia oferty był brak wymaganych sześciu pojazdów, brak wpisu w dowodzie rejestracyjnym w rubryce przeznaczenie: „wywóz śmieci” oraz brak posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów o kodach 20 01 40, 20 02 01.

Należy wyraźnie podkreślić, iż w treści SIWZ, ani w żadnym dokumencie dotyczącym przedmiotowego postępowania (np. wyjaśnienia treści SIWZ) zamawiający nie informował wykonawców o powyższych - nowych warunkach ani nie zastrzegł obowiązku ich spełnienia. Zamawiający nie wykluczył możliwości, aby jeden pojazd służył do realizacji dwóch funkcji. Z zapisów SIWZ Odwołujący mógł wyprowadzić wniosek, iż spełni warunki udziału w postępowaniu jeżeli jeden z pojazdów będzie przeznaczony do odbioru odpadów wielkogabarytowych oraz do zbiórki odpadów zbieranych selektywnie. Wniosek taki był w pełni uprawniony, zwłaszcza w kontekście zapisów Rozdziału 2 SIWZ Opis przedmiotu zamówienia, gdzie wskazane jest iż częstotliwość wywozu przez Wykonawcę odpadów zebranych selektywnie nastąpi raz w miesiącu, a odpadów wielkogabarytowych raz na rok. Obowiązkiem zamawiającego jest jednoznaczne i wyczerpujące określenie przedmiotu zamówienia. Wykonawca ubiegając się o zamówienie musi precyzyjnie znać granice zamówienia, na tej podstawie ocenia możliwość realizacji zamówienia oraz kalkulacji jego kosztów. Granice te wyznaczone są opisem przedmiotu zamówienia, określonym w SIWZ.

W SIWZ nie było również sformułowanych wymogów, odnośnie konkretnych wpisów do dowodów rejestracyjnych, dla pojazdów wskazanych do realizacji zamówienia. Podobnie w zakresie wymaganego zezwolenia zamawiający nie dookreślał wymogów, a następnie za niespełnienie niedookreślonych wymogów odrzucił ofertę odwołującego.

Odwołujący złożył wszystkie wymagane przez zamawiającego, sformułowane w treści SIWZ oświadczenia i dokumenty, a jego oferta została odrzucona.

W ocenie Izby działanie zamawiającego jest naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych. Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz wskazał wymagane środki dowodowe, następnie dokonał odrzucenia oferty odwołującego, powołując się na warunki, wymogi i zapisy SIWZ, których nie zawarł w treści SIWZ. Nie można odrzucić oferty powołując się na nieistniejącą niezgodność z treścią SIWZ, na wymogi, których zamawiający nie sformułował w treści SIWZ. Jeżeli wykonawca złożył ofertę, która wpisuje się w warunki określone w SIWZ, to zamawiający nie ma podstawy prawnej do jej odrzucenia czy wykluczenia wykonawcy. Nieścisłość zapisów SIWZ nie może obciążać wykonawców. Wszelkie wątpliwości interpretacyjne dotyczące SIWZ należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy.

Takie stanowisko jest ukształtowane przez utrwaloną linię orzecniczą KIO oraz sądów powszechnych, zgodnie z którymi wszelkie niezgodności, niejasności SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców, np. Wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 roku, sygn. akt III Ca 70/15 który stanowi, iż: „Zapisy w SIWZ (..) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na

celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)"

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 ust. 1 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.).

Przewodniczący: