

Sygn. akt KIO 2553/10

WYROK
z dnia 9 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 25 listopada 2010 r. przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Jednostka Obsługi Finansowej Gospodarki Nieruchomościami, ul. Targowa 2, 41-800 Zabrze,**

przy udziale wykonawcy „**JOKER**” **Kubica, Leksowski, Mosińska Sp. j., ul. Wyciska 5a, 41-800 Zabrze** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący

KIO 2553/10

UZASADNIENIE

Jednostka Obsługi Finansowej Gospodarki Nieruchomościami ul. Targowa 2, 41-800 Zabrze, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Utrzymanie czystości wewnętrznych powierzchni wspólnego użytkowania i terenów zewnętrznych zabudowanych nieruchomości komunalnych, będących w zarządzaniu Jednostki Obsługi Finansowej Gospodarki Nieruchomościami” Nr sprawy: JOFGN.ZP.341-41/2010/IM5. Ogłoszenie o postępowaniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich: pod numerem 2010/S 105JJ9696 z dnia 02 czerwca 2010 r.

Zamawiający pismem z dnia 15 listopada poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty tj. oferty firmy „JOKER” Kubica, Leksowski, Mosińska Sp. j., ul. Wyciska 5a, 41-800 Zabrze, oraz o wykluczeniu szeregu wykonawców i odrzuceniu ich ofert.

W dniu 25 listopada do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie firmy Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, zwanej dalej „odwołującym” który podniósł zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3; art. 24 ust.2 pkt4,; art.24 ust. 4 w związku z art. 89 ust.1 pkt.5 oraz art. 2 pkt.5 w związku z art. 91 ust.1 ustawy Pzp. zarzucając naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, bezprawne wykluczenie odwołującego z powołaniem na okoliczność jakoby nie spełniał on warunków uczestnictwa w niniejszym postępowaniu, poprzez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego; dokonanie wyboru oferty firmy JOKER” Kubica, Leksowski, Mosińska Spółka Jawna z siedzibą w Zabrzu, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że zamawiający wykluczył odwołującego z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powołaniem na

okoliczność, że nie spełnia on warunku uczestnictwa w postępowaniu, gdyż odwołujący nie przedstawił zezwolenia na odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości. Podniósł, że wykonawca IMPEL „mieści się” w ustawowej definicji „wytwórcy odpadów” o jakiej mowa w art. 3 ust. 2 pkt. 22 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 20110 r., Nr 185, poz. 1243), co dotychczas zamawiającemu „umknęło” w trakcie dokonywania przez niego wadliwych w skutkach czynności. Stanowi ona, że przez pojęcie wytwórcy odpadów - rozumie się każdego, którego działalność lub bytowanie powoduje powstawanie odpadów, oraz każdego, kto przeprowadza wstępne przetwarzanie, mieszanie lub inne działania powodujące zmianę charakteru lub składu tych odpadów. Wskazał, że załączone na wezwanie Zamawiającego z dnia 02 listopada 2010 r. zezwolenie IMPEL na działalność w zakresie transportu odpadów (decyzja z dnia 27 grudnia 2005 r., zmieniona decyzja z dnia 07 stycznia 2009 r.) jest wystarczające dla wykonania usługi opisanej jako przedmiot zamówienia i potwierdza spełnienie warunku uczestnictwa w niniejszym postępowaniu. Nadto zgodnie z obowiązującym prawem na podstawie art. 25 ustawy o odpadach - ust. 1 wytwórca odpadów może także zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami innemu posiadaczowi odpadów oraz ust. 2 posiadacz odpadów (czyli ten kto nimi faktycznie włada) może je przekazywać podmiotom, które uzyskały zezwolenie właściwego organu na prowadzenie gospodarowania odpadami, chyba że działalność taka nie wymaga uzyskania zezwolenia. Argumentował, że zważyć należy, że art. 25 ustawy o odpadach stanowi *lex specialis* w stosunku do ustawy PZP i jeżeli z ustawy wynika, że każdy posiadacz odpadów może je przekazywać podmiotom, które uzyskały zezwolenie właściwego organu na prowadzenie gospodarowania odpadami - to jeżeli wykonawca IMPEL w swojej ofercie wskazał, że podwykonawcą, który będzie brał udział w wykonaniu zamówienia w tej części, będzie Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o. (posiadająca takie zezwolenie) oznacza to, że - warunek posiadania takowego zezwolenia materialnie został spełniony. IMPEL zamieścił do oferty zobowiązanie tego podmiotu z art. 26 ust. 2b w powiązaniu z faktem, że zamawiający nie zabronił w żadnym zapisie SIWZ, aby podwykonawcy brali udział w wykonaniu zamówienia. A więc jeżeli przepis szczególny ustawy stanowi, że spełnienie obowiązku może polegać albo na posiadaniu uprawnienia albo na zleceniu wykonania obowiązku

takiemu podmiotowi który takie zezwolenie posiada, to na gruncie zamówień publicznych taką oceną Zamawiający jest normatywnie i legalnie związany.

Ponadto w trakcie rozprawy pełnomocnik odwołującego argumentował ,że odwołujący jest wytwórcą odpadów, gdyż, zgodnie z art. 3 ustawy o odpadach, wykonując czynności sprzątania, sam ten odpady wytwarza, a więc nie otrzymuje tych odpadów w żaden sposób od zamawiającego. Wobec tego, jako wytwórca odpadów, winien je tylko przetransportować w odpowiednie miejsce składowania. Powołał się na pismo zamawiającego z dnia 25 czerwca 2010 r. dotyczącego wyjaśnienia treści SIWZ, gdzie w odpowiedzi na pytanie nr 1 zamawiający wskazał, że uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności jest niezbędne wtedy, jeżeli przepisy prawa nakładają taki obowiązek. Porównując powyższe z art. 3 ust. 2 pkt 22 ustawy o odpadach stwierdził, że taki obowiązek w stosunku do odwołującego nie występuje.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca- firma "JOKER" Kubica, Leksowski, Mosińska Spółka Jawna, wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując ,że sprawa wymaganego zezwolenia którego odwołujący nie załączył do oferty została już prawomocnie rozstrzygnięta wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 października 2010 roku o sygn. KIO 2138/10, a niniejsze odwołanie jest oczywiście w tej sytuacji bezzasadne i jest "grą" odwołującego na jego przedłużanie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowisko odwołującego i przystępującego wnoszącego sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, Izba nie dopatrzyła się wystąpienia przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołania w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Rozpatrując przedmiotowe odwołanie Izba ustaliła następujący stan faktyczny będący podstawą wydania wyroku. Niniejsze odwołanie jest drugim odwołaniem rozpatrywanym przez Izbę w przedmiotowej sprawie. W trakcie pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający wybrał ofertę firmy Impel Cleaning Sp. z o.o., obecnego odwołującego. W trakcie rozpatrzenia poprzedniego odwołania zakończonego wyrokiem z dnia 15 października 2010 roku Izba ustaliła, że wykonawca IMPEL przedłożył stosowne zezwolenie dotyczące odpadów jednak wystawione na Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, której - zgodnie ze złożonym oświadczeniem (załącznik nr B.5.P) wykonawca ten zamierzał powierzyć wykonanie części zamówienia w zakresie odbioru i wywozu odpadów komunalnych. Oznaczało to, iż wykonawca IMPEL, poprzez złożenie wraz z ofertą stosownych uprawnień, dotyczących podwykonawcy nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba stwierdziła iż z treści siwz jednoznacznie wynikało, iż w kwestionowanym zakresie warunek ów dotyczył wykonawcy, a nie podwykonawcy i żadne z postanowień siwz nie różnicowało zakresu żądanych dokumentów od planowanego sposobu realizacji zamówienia. Skoro więc postanowienia siwz dotyczące zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych stały się dla uczestników niniejszego postępowania wiążące (nie były kwestionowane przez wykonawców) brak wymaganego dokumentu (zezwolenia) skutkować powinien wezwaniem wykonawcy do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przedmiotowy dokument może być bowiem uzupełniony, jako składany na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zwłaszcza że wykonawca IMPEL nie był dotychczas wzywany do jego uzupełnienia.

Wobec powyższego Izba nakazała uchylenie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, wezwanie obecnego odwołującego się do przedłożenia dokumentu poświadczającego posiadanie nie później niż na dzień terminu składania ofert uprawnień do wykonywania działalności polegającej na gospodarowaniu odpadami komunalnymi. W wyniku tego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp odwołujący pismem z dnia 4 listopada odpowiedział zamawiającemu iż przedmiotowego zezwolenia nie przedkłada gdyż to on będzie wytwórcą odpadów, a w związku z tym takie zezwolenie nie jest potrzebne. Wobec takiego stanowiska odwołującego, zamawiający wykluczył go na podstawie art. 24 ust.2 pkt.4 ustawy i na podstawie art.24 ust.4 ustawy ofertę uznał za odrzuconą.

Do realizacji przedmiotu zamówienia została wybrana oferta przystępującego w przedmiotowym postępowaniu. W dniu 7 grudnia 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie w której to zamawiający postanowił uwzględnić w całości zarzuty odwołania , nie podając jakiegokolwiek uzasadnienia swojego stanowiska. Równocześnie Izba stwierdza ,że od wyroku Izby z 15 października 2010 roku nie został wniesiona skarga, a tym samym wyrok stał się prawomocnie wiążący strony dokonany orzeczeniem.

Ponadto Izba stwierdza, że w stanie faktycznym i prawnym w porównaniu z poprzednim orzeczeniem Izby nie zaszły żadne zmiany.

Wobec tego Izba zważyła co następuje- odwołanie jest niezasadne. Odwołujący stara się oprzeć swoje twierdzenie o braku potrzeby posiadania zezwolenia do wykonywania działalności polegającej na gospodarowaniu odpadami komunalnymi z twierdzenia ,że zgodnie z art. 3 ustawy o odpadach, wykonując czynności sprzątania, sam ten odpady wytwarza dokonując sprzątania terenów, a więc nie otrzymuje tych odpadów w żaden sposób od zamawiającego. Wobec tego, jako wytwórca odpadów, winien je tylko przetransportować w odpowiednie miejsce. Wskazuje, iż odwołujący posiada stosowne zezwolenie na transport odpadów, którego prawidłowości w niniejszym postępowaniu nikt nie zakwestionował, a jako odbiorcę przewożonych odpadów wskazał podwykonawcę który stosowne zezwolenie posiada.

Izba dokonując analizy szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia opisanego w siwz stwierdza ,że przedmiot zamówienia można podzielić co najmniej na dwa rodzaje czynności związanych z sposobem powstania odpadów. Pierwszą sytuacją gdzie można by uznać że odwołujący sam wytwarza odpady, są czynności wymienionych w pkt.2 opisu, polegających między innymi na grabieniu terenów z liści, koszenia trawników, cięcia żywopłotów itp. jednakże czynności opisane w pkt. 3 są to już czynności polegające w większości na odbieraniu odpadów od zamawiającego, tutaj należy zaliczyć wymienione w ppkt.a - usuwanie odpadów z korytarzy piwnic , strychów; ppkt.b - opróżnianie pustostanów i usuwanie odpadów z mieszkań, lokali użytkowych, garaży, itp. ppkt. c – usuwanie odpadów mebli , sprzętu RTV i innych.

Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 roku o odpadach /Dz.U nr 62 poz. 628 z późn. Zm./ w sposób ścisły nie definiuje pojęcia odpadów, wobec tego definiowanie pojęcia odpadu w odniesieniu do konkretnego przypadku winno być oparte na

realnych założeniach i dokonane przy uwzględnieniu logicznych metod rozumowania ich powstania /– wyrok WSA w Lublinie II SA/Lu 17/08/. Nadto należy zwrócić uwagę że ustawa jako posiadacza odpadów określa każdego , kto faktycznie włada odpadami, jest nim zazwyczaj ich wytwórca , a jest nim również każdy którego działalność lub bytowanie powoduje powstawanie odpadów/ art. 3 ust.2 pkt.22 ustawy o odpadach. W takiej sytuacji trudno uznać aby odpady których odbiór będzie dokonywał wykonawca zamówienia – opisanych w pkt.3 w/w opisu przedmiotu zamówienia, były wytwarzane przez niego, a nie odbierane od zamawiającego.

Ponadto nawet tam gdzie można uznać , że odwołujący sam jest wytwórcą odpadów to zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 wykonawcy, w piśmie z dnia 6.07.2010 roku poinformował, że *„Jednostka / zamawiający- przypis a./ nie może odstąpić od konieczności posiadania przez wykonawcę zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych do kompostowni miejskiej”* Tym samym twierdzenia odwołującego w tym zakresie nie mogą być uznane za zasadne i prawidłowe. Nadto Izba stwierdza ,że zarzuty podniesione w odwołaniu jakoby w tym zakresie posiadanie zezwolenia do wykonywania działalności polegającej na gospodarowaniu odpadami komunalnymi było niezgodne z przepisami ustawy o odpadach i sprzeczne z postanowieniami siwz, są nieprawdziwe, gdyż sam odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do przedłożenia wymaganego zezwolenia i zagrożenia w razie braku jego złożenia, zatrzymaniem wadium, w piśmie z dnia 4 listopada 2010 roku oświadcza- *„ nie złożenie przez Impel Cleaning sp. z o.o. aktualnego na dzień otwarcia ofert zezwolenia na odbiór odpadów wynika z przyczyn nie leżących po naszej stronie. Impel Cleaning sp. z o.o. mimo podjęcia czynności tj. uzyskiwania zapewnień o gotowości przyjęcia odpadów komunalnych przez przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, na skutek okoliczności przez siebie niezawinionych , takich jak krótki termin (okres pomiędzy dniem dokonania zmiany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a dniem otwarcia ofert) nie miał realnych możliwości uzyskania stosownych zapewnień i zgód a w konsekwencji również samego zezwolenia na dzień otwarcia ofert.”* Wobec takiego oświadczenia Izba stwierdza ,że odwołujący wiedział o konieczności posiadania stosownego zezwolenia, wiedział iż takiego wymogu nie jest w stanie spełnić , a tym samym winien nie brać udziału w przedmiotowym postępowaniu. W świetle powyższego Izba w całości zgadza się z stanowiskiem przystępującego podanym na rozprawie, że całkowicie jest niezrozumiałe na podstawie jakich

przesłanek, zamawiający w całości uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniu. Izba zwraca uwagę również na fakt, że w wyroku z 15 października 2010 roku wyraźnie stwierdzone zostało, że firma Impel Cleaning sp. z o.o. nie spełniła warunku udziału w postępowaniu z art. 22 ust.1 pkt. 1 ustawy, oraz że możliwość powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego o którym mowa w art. 26 ust. 2b nie dotyczy w/w warunku. Przepis ten dotyczy jedynie warunku wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowych. W art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie przewidziano, aby wykonawca mógł polegać na uprawnieniach podmiotu trzeciego do prowadzenia określonej działalności gospodarczej podlegającej reglamentacji.

Odpady mogą być przekazywane wyłącznie podmiotom które uzyskały zezwolenie właściwego organu na prowadzenie gospodarowania odpadami. Wiążącym ustaleniem zamawiającego było zatem, aby podmiot wyłoniony w przetargu wykonawca przejął od zamawiającego pełną odpowiedzialność za gospodarowanie odpadami w trybie art. 25 ust. 3 ustawy o odpadach, co zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu wymaga zezwolenia właściwego organu na zbieranie, odzysk, unieszkodliwianie odpadów, a odwołujący takiego zezwolenia nie posiada. Oznacza to zatem, że nie dysponując stosownym zezwoleniem, nie spełnia przesłanek, o których mowa w art. 25 ust. 3 ustawy o odpadach umożliwiających realizację zamówienia w sposób przewidziany przez Zamawiającego.

Izba nie stwierdziła naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy podniesionych w zarzutach odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Przewodniczący
