

Wyrok
z dnia 30 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 30 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 października 2014 r. przez wykonawcę **BŁYSK-BIS sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 1, 06-200 Maków Mazowiecki** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto i Gmina Serock, Rynek 21, 05-140 Serock**

przy udziale wykonawcy **MPK sp. z o.o. ul. Kołobrzaska 5 07-401 Ostrołęka** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2172/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MPK sp. z o.o. ul. Kołobrzaska 5 07-401 Ostrołęka** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BŁYSK-BIS sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 1, 06-200 Maków Mazowiecki** tytułem wpisu od odwołania;

2.1 Zasądza od wykonawcy **MPK sp. z o.o. ul. Kołobrzaska 5 07-401 Ostrołęka** na rzecz wykonawcy **BŁYSK-BIS sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 1, 06-200 Maków Mazowiecki** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00 gr) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

Zamawiający: Miasto i Gmina Serock prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „ODBIERANIE I ZAGOSPODAROWANIE (ODZYSK LUB UNIESZKODLIWIANIE) ODPADÓW KOMUNALNYCH Z NIERUCHOMOŚCI POŁOŻONYCH NA TERENIE MIASTA I GMINY SEROCK W LATACH 2015 - 2016”

BŁYSK - BIS Sp. z o.o. z siedzibą w Makowie Mazowieckim (Odwołujący) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania i uznał ofertę Odwołującego za odrzuconą.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy pzp poprzez jego zastosowanie i wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz art. 24 ust. 4 poprzez jego zastosowanie i uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą.

Odwołujący wnosi o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu: • dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy - MPK Sp. z o.o. - jako najkorzystniejszej; • dokonania unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący został zawiadomiony wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta wykonawcy - MPK Sp. z o.o. z Ostrołęki, oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania.

Zamawiający kwestię warunku związanego z odzyskiem lub unieszkodliwianiem odpadów uregulował postanowieniami pkt 8.1 tiret trzecie oraz pkt 9.3 lit. d) SIWZ. W postanowieniu pkt 9.3 lit. d) SIWZ Zamawiający wymienił dokumenty, jakie wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu związanego z odzyskiem lub unieszkodliwianiem odpadów i są to: 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, ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Z powyższego postanowienia SIWZ wynika, że Zamawiający określił jedynie rodzaj dokumentu, w postaci aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych, dla tych wykonawców, którzy sami taką działalność prowadzą. Zamawiający nie określił natomiast dokumentów (lub dokumentu) jakie miałby złożyć wykonawca, który sam nie prowadzi takiej działalności. Zamawiający dla takiego wykonawcy (takim wykonawcą jest

Odwołujący) wskazał jedynie w formie alternatywy: „lub gotowość przyjęcia odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów*’. Bezspornym jest, że nie można do oferty załączyć „gotowości”. „Gotowość” nie jest dokumentem (dowodem), który wykonawca mógłby załączyć do oferty. Wydaje się, że Zamawiającemu chodziło o potwierdzenie przez wykonawcę gotowości innego przedsiębiorcy do przyjęcia odpadów komunalnych. W świetle powyższego niejasność treści postanowienia pkt 9.3 lit. d) SIWZ jest znaczna. Postanowienie to nie precyzuje nawet dokumentu lub dokumentów jakimi wykonawca miałby się posłużyć, mało tego, nie precyzuje, czy takie potwierdzenie winno być dokonane w formie jakiegokolwiek dokumentu. Wniosek z treści pkt 9.3 lit. d) SIWZ płynie jeden, że Zamawiający zrezygnował z określenia sposobu wykazania gotowości innego przedsiębiorcy do przyjęcia odpadów, pozostawił tę kwestię w gestii wykonawcy (uznaniu wykonawcy) składającego ofertę. Zauważyć należy, że także bezpośrednia regulacja ustawowa z zakresu dokumentowania (udowadniania) spełniania warunków udziału w postępowaniu w przedmiotowej sprawie nie znajdzie zastosowania. Warunek udziału w postępowaniu określony postanowieniami pkt 8.1 tiret trzecie oraz pkt 9.3 lit. d) SIWZ jest warunkiem udziału w postępowaniu wymienionym w art. 22 ust. 1 pkt 1) Ustawy. Nie jest warunkiem wymienionym w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Ustawy, zatem nie znajduje zastosowania także art. 26 ust. 2b Ustawy i określony w nim sposób dokumentowania (udowadniania).

Odwołujący załączył do oferty, zgodnie z własnym pomysłem na wykazanie spełniania warunku gotowości, umowę z przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie odzysku odpadów Spółdzielnią Pracy ARGO-FILM (zaznaczyć trzeba, że miał ją już zawartą przed terminem składania ofert) oraz wzór umowy z innym przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie odzysku odpadów REMONDIS Sp. z o.o., z którym umowa miała być zawarta po uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący załączył do oferty także decyzje - pozwolenia na odzysk odpadów dotyczące ww. przedsiębiorców. Zamawiający, mimo iż w SIWZ nie wskazał metody wykazania gotowości do przyjęcia odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zakwestionował metodę zastosowaną przez Odwołującego i pismem z dnia 26 września 2014 r. znak: OŚRiL.272.2.2014 wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów w zakresie określonym postanowieniem pkt 9.3 lit. d) SIWZ zawarte jest w tiret drugim ww. pisma. Z wezwania do uzupełnienia dokumentów wynikała inna prawda, niż wynikająca z treści pkt 9.3 lit. d) SIWZ. Zamawiający wezwaniem rozszerzył kryteria oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu i zażądał gotowości przedsiębiorcy do przyjęcia wszystkich odpadów wymienionych w SIWZ (wszystkich odpadów objętych zamówieniem). Treść wezwania wybiega poza wymogi określone w pkt 9.3 lit. d) SIWZ. Zamawiający nie

miał prawa żądać wykazania gotowości do przyjęcia przez innego przedsiębiorcę wszystkich odpadów wymienionych w SIWZ, bo takiego wymogu w pkt 9.3 lit d) SIWZ, ani w żadnym innym postanowieniu SIWZ, nie zamieścił. Odwołujący przygotowując się do złożenia oferty zastanawiał się, czy nie chodziło Zamawiającemu o właśnie taką gotowość. Czytając jednak całą SIWZ doszedł do wniosku, że nie. Odwołujący taką ocenę oczekiwań Zamawiającego wysnuł z treści poprzedzających postanowień SIWZ, a mianowicie z pkt 8.1 tiret pierwsze oraz pkt 9.3 lit. a), gdzie w kwestii dotyczącej aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Miasta i Gminy Serock w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, Zamawiający zawarł wyraźne żądanie, że wpis przedsiębiorcy musi obejmować kody odpadów objęte zamówieniem. Takiego żądania nie było w przypadku warunku określonego postanowieniami pkt 8.1 tiret trzecie oraz pkt 9.3 lit. d) SIWZ. Jednak w związku z tym, że Odwołujący dysponował także umowami z innymi przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w zakresie odzysku odpadów, z którymi rozpoczęcie współpracy nastąpiło przed terminem składania ofert, i którzy jednocześnie wyrazili gotowość przyjmowania odpadów komunalnych z Miasta i Gminy Serock, nie wniósł odwołania do Prezesa KIO na czynność niezasadnego wezwania do uzupełnienia dokumentów, tylko zareagował pozytywnie na wezwanie Zamawiającego i przesłał posiadane umowy wraz z decyzjami - pozwoleniami tych przedsiębiorców do Zamawiającego. Przesłał także umowę z REMONDIS Sp. z o.o. zawartą z tym przedsiębiorcą po terminie składania ofert, gdy występowała już realna szansa na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, bowiem Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną. Mimo starań Odwołującego, Zamawiający nie uznał wykazania przez Odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów i w dniu 10 października 2014 r. przesłał zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Zarzuty Zamawiającego zawarte w zawiadomieniu nie opierają się o postanowienia SIWZ, pochodzą ze sfery, co piszący miał na myśli pisząc SIWZ, a nie co faktycznie napisał. Zarzuty i wykluczenie oparte o nieokreślone w SIWZ kryteria są czynnościami bezprawnymi. Zamawiający nie określając zakresu gotowości innego przedsiębiorcy, sposobu jej udowodnienia, nie określając rodzaju, kompletności i aktualności dokumentów nie może stawiać zarzutów, w szczególności w nawiązaniu do treści niezasadnego wezwania do uzupełnienia dokumentów, że złożona wraz z innymi uzupełnianymi dokumentami umowa z REMONDIS Sp. z o.o. na odbiór odpadów z kodem 200301 zawarta została po terminie składania ofert, że Odwołujący załączył do oferty decyzję WŚR.BS.6620/68/06 z dnia 9 maja 2006 r. bez załącznika nr 3. Z braku załącznika nr 3 ma wynikać, zdaniem Zamawiającego, że Zamawiający nie posiada informacji jakie rodzaje odpadów firma wskazana w decyzji może zagospodarować. Powyższe stanowisko Zamawiającego jest nieprawdziwe, bo taka informacja wynika z załącznika nr 4, który wraz z

decyzją został do oferty załączony. Odwołujący, jako doświadczony przedsiębiorca, rozumiał, że po wygraniu przetargu będzie musiał posiadać zawarte umowy z innymi przedsiębiorcami umożliwiające odbiór od niego wszystkich odpadów objętych zamówieniem, i przygotowywał się do tego. Niektóre umowy miał już zawarte przed ogłoszeniem przedmiotowego przetargu, inne umowy zawarł po ogłoszeniu zakładając wygraną przetargu. Wszystkie te umowy Zamawiający otrzymał, albo wraz z ofertą albo wraz z uzupełnianymi innymi dokumentami na wezwanie, łącznie z decyzjami - pozwoleniami obejmującymi wszystkie odpady będące przedmiotem zamówienia. Zapobiegliwość Odwołującego nie odniosła skutku. Zamawiający oparł swoją decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o kryteria nieokreślone w SIWZ. Jeżeli chodzi o kwestię umowy zawartej ze spółką REMONDIS Sp. z o.o. po terminie składania ofert, to ten fakt jest bez znaczenia dla fazy ubiegania się przez Odwołującego o przedmiotowe zamówienie. Gotowość tego przedsiębiorcy do przyjęcia odpadów komunalnych została wykazana przez Odwołującego poprzez załączenie do oferty otrzymanych od przedsiębiorcy wzoru umowy i decyzji - pozwolenia na prowadzenie odzysku odpadów. Przekazanie Odwołującemu przez REMONDIS Sp. z o.o. wzoru umowy i decyzji - pozwolenia stanowiło zapewnienie, że przedsiębiorca ten jest gotowy do przyjęcia odpadów komunalnych, i że umowa zostanie zawarta. REMONDIS Sp. z o.o. uwarunkował zawarcie umowy od wygrania przetargu przez Odwołującego. Nie chciał zawrzeć umowy, która być może nie będzie realizowana. Do zawarcia umowy w dniu 30 września 2014 r. doszło wcześniej w stosunku do zamierzonego terminu na bardzo wyraźne żądanie Odwołującego, a jedyną okolicznością, która przekonała przedsiębiorcę był fakt, że Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, i że wybór jego oferty jest bardzo prawdopodobny. Odwołujący wyjaśnia, że doprowadził do zawarcia umowy jeszcze przed wyborem jego oferty, bowiem chciał dodatkowo uspokoić Zamawiającego, że gotowość REMONDIS Sp. z o.o., wykazana poprzez załączenie do oferty wzoru umowy i decyzji - pozwolenia, była prawdziwa. Załączenie przez Odwołującego do pisma z dnia 30 września 2014 r. (przekazanego Zamawiającemu w dniu 1 października 2014 r.) umowy zawartej z REMONDIS Sp. z o.o. nie służyło wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu tylko ww. celowi. Wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy zgodnie z postanowieniami SIWZ Odwołujący wykazał spełnienie tych warunków jest naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4) Ustawy. Zamawiający jest gospodarzem postępowania i na nim ciążył ustawowy obowiązek przygotowania SIWZ. Zamawiający przygotowaną przez siebie SIWZ jest związany. Zmiany jej treści, czy to w sposób pisany, czy inny, po terminie składania ofert są niedopuszczalne.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie, która wpłynęła do Izby dnia 29 października 2014 r. oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy pzp, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego złożyli następujące oświadczenia:

Odwołujący popiera odwołanie, z zawartą w nim argumentacją. Przypomniał, że określona w specyfikacji gotowość do odbioru, nie jest kwestią realizacyjną, lecz związana jest z potwierdzeniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Specyfikacja nie precyzowała sposobu wykazania tej okoliczności, zatem odwołujący przedstawił wymagane dowody według swojej najlepszej wiedzy, w trybie uzupełnienia dokumentów na wezwanie zamawiającego. Tym samym potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie później, niż na dzień składania ofert.

Potwierdził stwierdzenie przystępującego, że firma REMONDIS ma status RIPOK, co oznacza ustawowy obowiązek i gotowość do odbioru odpadów, a zatem nie ma ryzyka, że umowa nie zostałaby zawarta. W ofercie przekazano wzór umów i decyzję administracyjną na potwierdzenie wymaganej gotowości. Wskazał na treść wezwania, z 26.09.2014 r., które zawierało nieuprawnione rozszerzenie zakresu wymaganych dowodów, na potwierdzenie spełnienia warunków. W decyzji o wykluczeniu postępowania zamawiający oparł się na tych rozszerzonych wymaganiach, a nie wprost na postanowieniach specyfikacji.

Zamawiający podtrzymuje stanowisko, w którym uwzględnił zarzuty do odwołania.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na warunki udziału w postępowaniu w punkcie 8 specyfikacji, oraz wymagane dokumenty w punkcie 9, 3 D, stwierdził, że opis wymaganego dokumentu, w tym punkcie, należy odczytywać całościowo. Przedstawiony przez odwołującego wzór umowy nie jest dowodem gotowości przyjęcia odpadów. Zauważył, że wykonawcy nie mieli wątpliwości co do postanowień specyfikacji, a odwołujący nie kwestionował wezwania do przedstawienia przez zamawiającego uzupełnienia dokumentów. Stwierdził, że odwołujący przedstawił umowę z firmą REMONDIS zawartą po dniu składania ofert, z czego wynika, że na dzień składania ofert, nie wykazał gotowości. Zauważył, że umowa z firmą ARGO-FILM dotyczy wyłącznie tzw. elektrośmieci. Złożył wydruk ze strony internetowej tej firmy oraz korespondencję mailową na tę okoliczność. W związku z powyższym stwierdził, iż odwołujący nie potwierdził spełnienia wymagań warunków udziału, gdyż nie udowodnił gotowości przyjęcia odpadów przez podmiot posiadający odpowiednią instalację, służącą zagospodarowaniu wszystkich odpadów komunalnych. Nadal podtrzymał twierdzenie, że brak jest umowy na dzień składania ofert i wskazał, że sam wzór umowy i decyzja, nie potwierdza wymaganej gotowości. Uznał wezwanie zamawiającego skierowane do wykonawców, w tym odwołującego, za prawidłowe

i zgodne ze specyfikacją. Stwierdził, że odpady komunalne są opisane zamkniętym katalogiem kodów i pozostali wykonawcy uznali treść wezwania za prawidłową. Stwierdził, że złożone w wyniku wezwania umowy, nie obejmują całości zbierania i zagospodarowania, a niektóre dotyczą wyłącznie zbierania odpadów.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty odwołującego oraz wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego, zważyła, co następuje.

Warunek udziału w postępowaniu związany z odzyskiem lub unieszkodliwianiem odpadów regulują w tym postępowaniu postanowienia pkt 8.1 tiret trzecie oraz pkt 9.3 lit. d) siwz. W postanowieniu pkt 9.3 lit. d) SIWZ Zamawiający wymienił dokumenty, jakie wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu związanego z odzyskiem lub unieszkodliwianiem odpadów i są to: 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, ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Istotne jest użycie w zacytowanym postanowieniu alternatywy przez wskazanie treści od słowa „lub”. Izba podziela stanowisko odwołującego, że z powołanego postanowienia SIWZ wynika, że Zamawiający określił rodzaj dokumentu, w postaci aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych, dla tych wykonawców, którzy sami taką działalność prowadzą. Zamawiający nie określił natomiast dokumentów (lub dokumentu) jakie miałby złożyć wykonawca, który sam nie prowadzi takiej działalności. Zamawiający dla takiego wykonawcy wskazał w formie alternatywy: „lub gotowość przyjęcia odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów”. Bezspornym jest, że nie można do oferty załączyć „gotowości”. W świetle powyższego niejasność treści postanowienia pkt 9.3 lit. d) SIWZ jest znaczna. Wniosek z treści pkt 9.3 lit. d) SIWZ jest taki, że Zamawiający nie określił sposobu wykazania gotowości innego przedsiębiorcy do przyjęcia odpadów, pozostawił tę kwestię w gestii wykonawcy składającego ofertę. Odwołujący na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku przedstawił wzór umowy i decyzję administracyjną dla firmy Remondis dysponującą stosowną instalacją przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK), która z racji takiego statusu ma ustawowy obowiązek i gotowość do odbioru odpadów. Nie ma zatem ryzyka, że na etapie realizacji zamówienia umowa z tą firmą nie zostałaby zawarta. W ocenie składu orzekającego odwołujący z należytą starannością potwierdził

spełnianie spornego warunku udziału i wykazał dokumentami złożonymi w ofercie wymaganą postanowieniami siwz gotowość przyjęcia odpadów przez przedsiębiorstwo prowadzące działalność w zakresie odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych.

Wobec potwierdzenia się zarzutu niezasadnego wykluczenia odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, skład orzekający Izby uwzględnił odwołanie.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....