

WYROK
z dnia 16 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2014 r. przez wykonawcę

Zakład Zagospodarowania Odpadów Nowy Dwór Sp. z o.o.

Nowy Dwór 35, 89-620 Chojnice

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Miejską Chojnice Stary Rynek 1, 89-600 Chojnice

przy udziale wykonawcy **SITA PÓŁNOC Sp. z o. o. ul. Trakt Św. Wojciecha 43/45, 80-044 Gdańsk** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla sektora 3., unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie odwołującego do uzupełnienia spornego dokumentu,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Chojnice i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zakład**

Zagospodarowania Odpadów Nowy Dwór Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Gminy Miejskiej Chojnice na rzecz Zakładu Zagospodarowania Odpadów Nowy Dwór Sp. z o.o. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.**

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Miejska Chojnice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbieranie od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Miejskiej Chojnice odpadów komunalnych i transport do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Nowym Dworze (RIPOK Nowy Dwór) od 1 stycznia 2015 do 30 czerwca 2017 roku” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 15 października 2014 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 198-350391. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Zakład Zagospodarowania Odpadów Nowy Dwór Sp. z o.o. wniósł odwołanie w zakresie części 3. (sektor 3.) zarzucając zamawiającemu naruszenie ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 poprzez brak zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez niezgodne z przepisami ustawy wykluczenie odwołującego z postępowania,
3. art. 24 ust. 4 poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą,
4. art. 26 ust. 3 poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia podstaw dysponowania zasobami innego podmiotu (potencjałem technicznym).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty SITA Północ Sp. z o.o.,
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego,
3. dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego po uprzednim wezwaniu odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym wymaganym przez zamawiającego, ewentualnie wezwaniu odwołującego do wyjaśnienia podstaw dysponowania zasobami innego podmiotu (potencjałem technicznym).

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w rozdziale 10 pkt 1 ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia w każdej części mogą się ubiegać wykonawcy, którzy dysponują odpowiednim potencjałem technicznym, tj. dysponują lub będą dysponować co najmniej: dwoma pojazdami przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, dwoma pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz jednym pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej.

Odwołujący wraz z ofertą przedłożył wykaz samochodów-śmieciarek, którymi dysponuje wskazując, iż trzy z nich są jego własnością, natomiast samochody-śmieciarki DAF FA LF 55.250 G18 do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych oraz MAN TGL 12.180 4x2 BB do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej są wynajmowane. Przedstawił też poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię „zobowiązania podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia” z 5 listopada 2014 r. sporządzonego przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Czersku.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania, a oferta przez niego złożona została odrzucona. W uzasadnieniu informacji o wykluczeniu zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych stwierdzając, iż odwołujący załączył do oferty „Wykaz narzędzi wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, którymi dysponuje Wykonawca”, z którego wynikało, iż dwa pojazdy nie stanowią własności odwołującego i zostaną przez niego wynajęte oraz „zobowiązanie podmiotu do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” w postaci kserokopii. W ocenie zamawiającego dokument ten nie spełnia wymogów formalnych przewidzianych dla tego typu dokumentów, bowiem jest kopią, podczas gdy z treści art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że wykonawca polegający na potencjale innych podmiotów ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował wskazanymi zasobami przedstawiając pisemne zobowiązanie tych podmiotów. Pojęcie pisemności zostało zdefiniowane w art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego, zatem forma pisemna występuje w sytuacji złożenia własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Zdaniem zamawiającego zobowiązanie podmiotu trzeciego w postaci kopii nie spełnia wymogu formy pisemnej określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający podniósł też, iż przedłożone zobowiązanie przez swą „lapidarność” nie może być uznane za dokument udowadniający zamawiającemu, iż odwołujący będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Tym samym nie wyczerpuje dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał ponadto, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przy zastosowaniu rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, nie jest możliwe wezwanie do uzupełnienia oferty o powyższy dokument, albowiem nie został on wyszczególniony we wskazanym rozporządzeniu.

Odwołujący nie podziela stanowiska zamawiającego stwierdzającego, iż pisemne zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b, nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na brak wyszczególnienia tego dokumentu w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, albowiem stoi ono w opozycji do ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, jak również powszechnej praktyki stosowanej przez zamawiających,

W momencie stwierdzenia przez zamawiającego faktu złożenia przez odwołującego dokumentu wadliwego co do formy, po stronie zamawiającego powstał obowiązek zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego zamawiający zaniechał. Ten sam obowiązek spoczywał na zamawiającym w sytuacji, gdyby uznał on, iż z „lapidarnej” treści przedłożonego zobowiązania innego podmiotu nie wynikało potwierdzenie przez odwołującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganym potencjałem technicznym. Jeżeli przedłożone zobowiązanie nie stanowiło dla zamawiającego wystarczającego dowodu na dysponowanie zasobami, to zamawiający powinien stwierdzić, iż w istocie nie złożono dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu i wezwać odwołującego do uzupełnienia dokumentu. Wykluczenie odwołującego bez uprzedniego wezwania do uzupełniania i uznanie jego oferty za odrzuconą jest sprzeczne z ustawą, tj. z art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Potwierdzenie dysponowania zasobami innych podmiotów służy potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i może być dokonane dokumentem wskazanym w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Oznacza to, że w razie braku wymaganego dokumentu, w tym braku dokumentu we wskazanej przepisem formie, ma zastosowanie procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 26 ust. 3 wskazuje bowiem na oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 nie ograniczając ich wyłącznie do dokumentów wymienionych w powołanym rozporządzeniu.

Zatem po stronie zamawiającego istniał obowiązek wezwania odwołującego do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w postaci

posiadania odpowiedniego potencjału technicznego niezbędnego do wykonania zamówienia w postaci określonych specjalistycznych pojazdów w odpowiedniej formie, tj. oryginale. Natomiast jeżeli zamawiający kwestionował przedłożone zobowiązanie z uwagi na „lapidarność” jego treści skutkującą niemożnością uznania tego zobowiązania „za dokument udowadniający zamawiającemu, iż wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia”, powinien wezwać odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do przedłożenia dokumentów wykazujących spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto z treści uzasadnienia informacji o wykluczeniu odwołującego nie wynika, jakie konkretnie zarzuty zamawiający stawia przedłożonemu przez odwołującego zobowiązaniu. Zamawiający ograniczył się jedynie do wskazania, iż „przedłożone zobowiązanie przez swoją lapidarność nie może być uznane jako dokument udowadniający zamawiającemu, iż wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia”.

Poza tym, jeśli zamawiający miał wątpliwości co do treści przedłożonego zobowiązania, to mógł również zastosować procedurę wyjaśniającą określoną w art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie podstaw dysponowania zasobami (potencjałem technicznym) podmiotu trzeciego. W treści oferty pojawiła się sprzeczność, która powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego odnośnie sposobu i zakresu dysponowania zasobami innego podmiotu.

Zamawiający podtrzymał swoją decyzję w zakresie wykluczenia odwołującego oraz wniosków o oddalenie odwołania. Jego zdaniem zobowiązanie powinno być złożone w formie pisemnej – w oryginale. Co do „lapidarności” zobowiązania stwierdza, iż to wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że spełnia wymóg. W zobowiązaniu brak jest wskazania, że chodzi o wymienione w wykazie pojazdy. Poza tym wskazanie w tym zobowiązaniu pojazdów nie oznacza, że zamawiający nie badałby dalej możliwości realnego dysponowania tymi pojazdami, biorąc pod uwagę fakt, że Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Czersku obsługuje gminę Czersk, a odwołujący gminę Konarzyny.

Zamawiający nie wzywał do uzupełnienia tych dokumentów, ponieważ nie polegają one na uzupełnieniu. Z art. 26 ust. 3 i art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że uzupełnieniu podlegają dokumenty, których jest brak, natomiast uzupełnienie to nie dotyczy formy. Poza tym uzupełnione dokumenty powinny potwierdzać stan na dzień składania ofert, a odwołujący musiałby złożyć nowe oświadczenia woli, które siłą rzeczy musi być późniejsze, a odwołujący do wykazu pojazdów wpisał pojazdy posługując się konkretnymi nazwami.

Odwołujący dopiero przystąpił do zakupu dwóch śmieciarek. Podzielenie pojazdów do świadczenia usługi odbioru odpadów u zamawiającego i w Czersku jest niemożliwe ze

względu na spodziewany harmonogram wywozu odpadów, który zostanie ustalony po podpisaniu umowy. Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Czersku ma własne zobowiązanie, które musi wykonać, a zamawiający musi zapewnić, by wybór wykonawcy prowadził do tego, aby był to wykonawca będący w stanie zrealizować zamówienie.

Przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca SITA Północ Sp. z o.o.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła też, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Zamawiający, w ramach warunku udziału w postępowaniu, wymagał wykazania dysponowania pięcioma specjalistycznymi pojazdami do odbioru odpadów. Odwołujący w złożonym wraz z ofertą wykazie pojazdów wskazał pięć wymaganych pojazdów przy trzech z nich zaznaczając „własność”, a przy dwóch „wynajem”. Odwołujący załączył również oświadczenie złożone w imieniu Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Czersku, w którym wskazano, że na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Czersku zobowiązuje się do oddania do dyspozycji odwołującego swoich zasobów, tj. potencjału technicznego niezbędnego na okres korzystania z niego przy wykonaniu zamówienia pod nazwą (...) dla zamawiającego Gminy Miejskiej Chojnice.

Zobowiązanie to zostało złożone w formie kserokopii poświadczonej przez odwołującego za zgodność z oryginałem.

Ze stanowiska odwołującego – choć wskazywał on, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie nałożyła obowiązku przedłożenia oryginału dokumentu – wynika, iż zasadniczo nie kwestionuje on wymogu przedstawienia oryginału i jest gotów taki oryginał przedłożyć, jeśli zostanie do tego wezwany. Przedmiotem zarzutu zasadniczo również było zaniechanie wezwania, a nie sama konieczność uzupełnienia dokumentu.

Izba przyznaje tu rację zamawiającemu – rzeczywiście treść art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych jest interpretowana w ten sposób, że zobowiązanie to co do zasady należy złożyć w oryginale. Zresztą biorąc pod uwagę, że dane zobowiązanie jest oświadczeniem skonkretyzowanym w stosunku do danego postępowania, nie ma powodu, by przedkładać kopię – w przeciwieństwie np. do urzędowych zaświadczeń, które wykonawca może powielać na potrzeby wielu przetargów nie ponosząc każdorazowo trudów i kosztów ich uzyskania lub poświadczenia przez notariusza (taka zresztą była przyczyna wprowadzenia możliwości poświadczenia dokumentów przez samych wykonawców).

Izba nie widzi ten powodów, dla których dokument nie mógłby być uzupełniony co do formy – w pewnym sensie jest to sytuacja bardziej klarowna niż uzupełnianie go co do treści, gdyż kopia dokumentu stanowi dowód na to, że oryginał istnieje i jaka jest jego treść, tylko oryginał ten nie został zamawiającemu przedstawiony. Nie ma tu więc obaw co do „nieuprawnionego negocjowania między zamawiającym a wykonawcą oferty”, na którą to okoliczność jako naruszającą uczciwą konkurencję wielokrotnie wskazywał Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Należy się też zgodzić z zamawiającym, że również sama treść zobowiązania jest niewystarczająca. Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Czersku zobowiązał się do oddania do dyspozycji odwołującego „swoich zasobów, tj. potencjału technicznego niezbędnego na okres korzystania z niego przy wykonaniu zamówienia”. Ze zobowiązania tego jednak nie wynika nic konkretnego, do czego podmiot ten się zobowiązywał, tzn. w tym wypadku, że chodzi tu o dwa wskazane w wykazie pojazdy do odbioru odpadów – DAF FA LF 55.250 G18 i MAN TGL 12.180 4x2 BB. Zatem rzeczywiście w razie sporu nie byłby on zobowiązany do udostępnienia odwołującemu tych pojazdów, a tym samym odwołujący nie wykazał zamawiającemu, że będzie mógł nimi dysponować.

Co do samej możliwości uzupełnienia tego typu dokumentów – tu rzeczywiście kwestia od początku istnienia art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych i jego relacji do art. 25 ust. 1 (gdyż nie jest to dokument wymagany przez zamawiającego, lecz przedstawiany z własnej inicjatywy wykonawcy), a tym samym i art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jest sporna. Jednak w praktyce uznaje się, że taki dokument można uzupełnić – oczywiście biorąc pod uwagę samą treść art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz to, by uzupełnienie to nie prowadziło do naruszenia uczciwej konkurencji między wykonawcami.

Jednak również w tym wypadku i w tym stanie faktycznym, Izba nie widzi przeszkód, by odwołujący mógł uzupełnić ten dokument – i to, wbrew twierdzeniu zamawiającego, w sposób, który potwierdzałby dysponowanie wskazanymi pojazdami na dzień składania ofert, jak stanowi art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bez uciekania się do

antydatowania zobowiązania. Nie ma bowiem przeszkód, by Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Czersku złożył np. oświadczenie uzupełniające, że pod pojęciem „swoich zasobów, tj. potencjału technicznego niezbędnego na okres korzystania przy wykonaniu zamówienia” miał na myśli właśnie owe pojazdy. Czyli owo zobowiązanie nie tyle nawet byłoby zmienione, co właśnie uzupełnione przez uszczegółowienie.

Zresztą sam fakt, że przedmiotem udostępnienia miały być owe dwa pojazdy w sumie nie jest sporny i pośrednio wynika nawet z przedstawionego przez przystępującego pisma Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Czersku, w którym stwierdzono, że spółka złożyła zobowiązanie do udostępnienia sprzętu z przedstawionej w tym piśmie listy na potrzeby realizacji usługi wywozu odpadów z terenu Chojnic, natomiast sam sposób korzystania z niego (ilość i częstotliwość udostępnienia sprzętu) zostanie ustalony w oparciu o opracowany przez wykonawcę (odwołującego) i uzgodniony z Zakładem Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Czersku harmonogram wywozu odpadów.

Należy też zwrócić uwagę, że na etapie składania ofert nie ma znaczenia, czy umowa najmu została już zawarta, czy zostanie zawarta dopiero w przyszłości (dla realizacji danego zamówienia). Zrozumiałe jest, że wykonawca, który przeznaczają dany sprzęt dopiero do realizacji danego, przyszłego zamówienia, nie będzie go wynajmował wcześniej, gdy go jeszcze nie potrzebuje. Poza tym odwołujący w wykazie wcale nie oświadczył, że taki sprzęt ma już wynajęty – wpis „wynajem” może bowiem odnosić się równie dobrze do czasu teraźniejszego, jak i przyszłego.

Co zaś do podnoszonej podczas rozprawy kwestii, czy Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Czersku rzeczywiście będzie w stanie pojazdy wynająć, czy też sam będzie musiał z nich korzystać, należy stwierdzić, że brak realności samego zobowiązania nie był podnoszony w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego, zatem wykracza poza zarzuty odwołania. Jeśli zamawiający ma w tym zakresie wątpliwości, powinien to zbadać w ramach powtórnego badania oferty odwołującego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 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).

Przewodniczący: