Sygn. akt KIO 1456/19

POSTANOWIENIE

z dnia 8 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron postępowania odwoławczego 8 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 lipca 2019 r.

przez wykonawcę: MPO sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu gminy Boguty-Pianki oraz utworzenie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (nr postępowania GOK.271.1.2019)

prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Boguty-Pianki

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze.

2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 6750 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy siedemset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący: .....

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

Zamawiający Gmina Boguty-Pianki prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp", „pzp" lub „p.z.p."} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu gminy Boguty-Pianki oraz utworzenie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (nr postępowania GOK.271.1.2019)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 28 czerwca 2019 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 56636-N-2019.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

23 lipca 2019 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „ROBERT" R.G., Drewnowo-Ziemaki {dalej również: „R.G."}.

29 lipca 2019 r. Odwołujący MPO sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku {dalej również: „MPO"} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności, a także od zaniechania wykluczenia „Roberta" z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 22 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12

   przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez R.G. w sytuacji, gdy wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania (a złożona przez niego oferta odrzucona), gdyż nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w pkt 6.2.SIWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej dotyczących obowiązku posiadania bazy magazynowo-transportowej usytuowanej w gminie Boguty-Pianki lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy gminy Boguty-Pianki, na terenie, do którego posiada tytuł prawny, spełniającej wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, gdyż nie posiada bazy zgodnej z § 2 ust 2 pkt 2 i 3 wskazanego powyżej rozporządzenia.

2. Art. 24 ust. 1 pkt 16 przez zaniechanie wykluczenia z postępowania R.G., który podał

   nieprawdziwe oświadczenie w przedmiocie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co miało wpływ na wynik.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Wykluczenia R.G. z postępowania.

3. Ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto w uzasadnieniu odwołania podniesiono następujące okoliczności.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 2 ust 2 pkt 2 i 3 wskazanego powyżej rozporządzenia w zakresie wyposażenia bazy magazynowo-transportowej należy zapewnić, aby: miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu (pkt 2); miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych (pkt 3).

Odwołujący oświadczył, że dokonał wizji lokalnej bazy posiadanej przez R.G., w której wyniku stwierdził, że nie posiada ona utwardzonego terenu, co stanowi podstawowe zabezpieczenie przed emisją zanieczyszczeń do gruntu. Brak utwardzenia terenu bazy powoduje, że nie zostały spełnione warunki określone rozporządzeniem, a tym samym wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu {dowód: dokumentacja fotograficzna potwierdzająca brak zabezpieczenia ternu przed przedostawaniem się zanieczyszczeń do gruntu}.

Odwołujący dodał, że o powyższych nieprawidłowościach poinformował Zamawiającego, wnioskując o przeprowadzenie kontroli bazy wykonawcy. Zamawiający najprawdopodobniej dokonał kontroli, jednakże nie poinformował o jej wynikach odwołującego ,wskazując, że czynność ta zostanie wykonana w terminie późniejszym w trybie dostępu do informacji publicznej {dowód: pismo Odwołującego z 12.07.2019 r., odpowiedź Zamawiającego z 24.07.2019 r.}

Odwołujący podniósł, że zawarte treści oferty oświadczenie R.G. w przedmiocie spełnienia warunków udziału w postępowaniu stanowi samoistna przesłankę do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 16 pzp. Zgodnie z tym przepisem wykluczeniu podlega wykonawca, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Niezależnie od powyższego Odwołujący poinformował, że o dostrzeżonych nieprawidłowościach zawiadomił również Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska w Białymstoku, jednakże do dnia dzisiejszego kontrola bazy nie została przez ten urząd dokonana.

Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności nie stoją na przeszkodzie możliwości dokonania oceny bazy R. w oparciu o dokumentację fotograficzną załączoną do odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 31 lipca 2019 r. wniósł o jego oddalenie, następująco uzasadniając swoje stanowisko.

W pierwszej kolejności Zamawiający podniósł, że zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego (znajdującego zastosowanie przez odesłanie zawarte w art. 14 pzp) ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, co zostało odzwierciedlone w art. 190 ust 1 pzp. Z przepisów tych wynikają dwie ogólne reguły, a mianowicie: po pierwsze wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz, po drugie usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (w myśl zasady Ei incubit probatio qui dicit non qui negat „Na tym ciąży dowód, kto twierdzi, a nie na tym, kto zaprzecza").

W ocenie Zamawiającego Odwołujący na etapie formułowania odwołania nie sprostał powyższym wymogom odnoszącym się do ciężaru dowodu, gdyż dokumentacja fotograficzna załączona do odwołania przedstawia bazę magazynowo-transportową od jej zewnętrznej strony i nie oddaje rzeczywistego stanu rzeczy odnośnie terenu wewnątrz bazy. Stąd nie pozwala na identyfikację faktu, czy teren bazy jest utwardzony i czy dzięki temu jest zabezpieczony przed emisją zanieczyszczeń do gruntu.

Zamawiający zrelacjonował, że w celu prawidłowej oceny spornej kwestii 23 lipca 2019 r. jego pracownicy przeprowadzili wizję w terenie na okoliczność złożenia przez R.G. oświadczenia o posiadaniu bazy transportowo-magazynowej spełniającej wymogi rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Podczas wizji stwierdzono między innymi odnośnie tej bazy, że:

1) znajduje się w odległości nie większej niż 60 km od granicy gminy Boguty-Pianki,

2) zlokalizowana jest na terenie, do którego przedsiębiorca posiada tytuł prawny,

3) jej teren jest zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym,

4) jest wyposażona w miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów,

5) jest wyposażona w pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób,

6) jest wyposażona w miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych,

7) jest wyposażona w legalizowaną samochodową wagę najazdową,

8) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów są zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń gruntu,

9) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych są zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych (z jednym wyjątkiem część odpadów zebranych selektywnie puszek w trakcie kontroli leżało na otwartej przestrzeni bez zadaszenia),

10) jest wyposażona w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód

opadowych i ścieków przemysłowych pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne,

11) na jej terenie znajduje się punkt bieżącej konserwacji i napraw pojazdów,

12) na jej terenie znajduje się miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów,

13) pojazdy są poddawane myciu i dezynfekcji, nie rzadziej niż raz na miesiąc, a w okresie letnim nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie.

Na miejscu wykonano dokumentację fotograficzną.

W związku z tym, że część odpadów w postaci puszek w trakcie kontroli leżało na otwartej przestrzeni, zalecono przedsiębiorcy, aby odpady magazynowane selektywnie były zabezpieczone przed czynnikami atmosferycznymi.

Zamawiający stwierdził, że analiza zgromadzonego przez niego materiału dowodowego, w szczególności protokołu i zdjęć zadeklarowanej bazy, nie pozostawia wątpliwości, że spełnia ona wymogi wyspecyfikowane w treści SIWZ. Wykonane zdjęcia potwierdzają istnienie stosownego utwardzenia oraz drenaży wraz ze studzienkami, które chronią przed przenikaniem zanieczyszczeń do gruntu i zapewniają zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy, zgodnie ze stosownymi przepisami prawa.

Na okoliczność powyższego, w szczególności że baza posiada utwardzony teren i przez to jest zabezpieczona przed emisją zanieczyszczeń do gruntu Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ww. protokołu z kontroli bazy przeprowadzonej dniu 23 lipca 2019 r. wraz z dokumentacją fotograficzną. Jeśli po wyczerpaniu ww. środka dowodowego pozostałyby niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy lub wątpliwości, Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania przeprowadzającej kontrolę bazy Pani S.R. (która będzie obecna podczas rozprawy).

Zamawiający podniósł również, że biorąc pod uwagę poczynione przez niego ustalenia należy uznać za niezasadne zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp, gdyż kwestionowane oświadczenie R. jest zgodne ze stanem rzeczywistym. Oświadczenie to w konsekwencji nie wprowadza Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Pismem z 31 lipca 2019 r. Zamawiający poinformował Izbę, że kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom 29 lipca 2019 r.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia w tej sprawie.

7 sierpnia 2019 r. o godz. 16:53 wpłynęło do Izby drogą elektroniczną oświadczenie Odwołującego o cofnięciu powyższego odwołania, zawierające wniosek o umorzenie postępowania w sprawie oraz rozliczenie i zwrot kosztów postępowania na rzecz Odwołującego.

Na wyznaczone na 8 sierpnia na godz. 10:00 posiedzenie stawił się pełnomocnik Zamawiającego, którego Izba poinformowała o wycofaniu odwołania. Pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, że przyłącza się do wniosku o umorzenie postępowania i wnosi o zasądzenie kosztów zastępstwa przed Izbą według faktury, którą złożył do akt sprawy.

Jednocześnie Izba ustaliła, że Zamawiający nie przesyłał do Odwołującego treści odpowiedzi na odwołanie, której odpis załączył do pisma przesłanego do Izby.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (czyli uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego lub cofnięcia odwołania przez odwołującego, względnie

uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów i cofnięcia pozostałych zarzutów przez odwołującego) powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 pzp odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze. Jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90% wpisu.

Odwołujący skorzystał z przysługującego mu uprawnienia i skutecznie wycofał uprzednio wniesione odwołanie, co nastąpiło przed otwarciem posiedzenia w tej sprawie odwoławczej.

Z tych względów - działając na podstawie art. 187 ust. 8 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do treści art. 187 ust. 8 zd. 2 ustawy pzp w związku z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a 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 (t.j. Dz. U. 2018 r. poz. 972), nakazując zwrot Odwołującemu 90% procent uiszczonego wpisu,

Natomiast Izba nie zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zawnioskowanych przez tego ostatniego koszów zastępstwa prawnego przed Izbą, gdyż zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia Izba zasądza koszty, o których mowa w § 3 pkt 2 rozporządzenia, od odwołującego na rzecz zamawiającego, jeżeli odwołanie zostało cofnięte na mniej niż 1 dzień przed dniem, na który został wyznaczony termin rozprawy lub posiedzenia z udziałem stron oraz uczestników postępowania, albo po otwarciu rozprawy.

Izba zważyła, że przepisy Kodeksu cywilnego o terminach (art. 110-116 kc), które co do zasady znajdują zastosowanie przez odesłanie zawarte w art. 14 pzp, przewidują dzień kalendarzowy jako najmniejszą jednostkę okresu czasu na dokonanie czynności prawnej. Jednocześnie przepisy tytułu V Kodeksu cywilnego regulują obliczanie biegu terminów na przyszłość od zaistnienia pewnego zdarzenia, co powoduje, że nie znajdują wprost zastosowania do określonego w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia terminu, który należy liczyć wstecz. Stąd nie znajduje zastosowania reguła, że jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło (art. 111 §2 kc). Jeżeli zatem wycofanie odwołania nastąpiło w dniu poprzedzającym dzień, na który zostało wyznaczone posiedzenie, czynność ta została dokonana w dniu poprzedzającym dzień posiedzenia, czyli nie na mniej niż 1 dzień przed posiedzeniem, co jest warunkiem sine qua non zasądzenia kosztów zamawiającego od odwołującego.

Podobnie Krajowa Izba Odwoławcza orzekła w analogicznych okolicznościach

w sprawach o sygn. akt: KIO 2282/17 (postanowienie z 14 listopada 2017 r.), sygn. akt KIO 1422/18 (postanowienie z 2 sierpnia 2018 r.) oraz sygn. akt KIO 1092/19 (postanowienie z 28 czerwca 2019 r.), uznając, że nie ziściła się przesłanka zasądzenia kosztów od odwołującego na rzecz Zamawiającego, o której mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b przywołanego rozporządzenia.

Niewątpliwie powyższa regulacja została sformułowana w sposób zawiły, gdyż wystarczające byłoby wskazanie, że koszty zamawiającego podlegają zasądzeniu od odwołującego, jeżeli cofnięcie odwołania nastąpiło w dniu, na który został wyznaczony

termin rozprawy lub posiedzenia, albo po otwarciu rozprawy. Tym niemniej z brzmienia przepisu nie wynika również, że punktem odniesienia dla ustalenia, czy cofnięcie odwołania nastąpiło na mniej niż 1 dzień, jest termin rozumiany jako data i godzina, na którą wyznaczono rozprawę czy posiedzenie. Nie ma więc podstaw, aby uznać, że przepis warunkuje zasądzenie kosztów zamawiającego od odwołującego, jeżeli wycofanie odwołania nastąpiło mniej niż na 24 godziny przed datą i godziną, na które wyznaczono termin rozprawy lub posiedzenia.

Z kolei branie pod uwagę wykładni celowościowej nie prowadzi do jednoznacznych rezultatów. Z jednej strony wydaje się, że celem wprowadzenia rozważanej regulacji było zmotywowanie odwołujących do podejmowania decyzji o wycofaniu odwołania z takim wyprzedzeniem, aby nie narażać strony przeciwnej na ponoszenie zbędnych kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i reprezentację przed Izbą.
W aktualnym stanie prawnym, który nie nakłada na odwołującego obowiązku przesłania treści pisma o wycofaniu odwołania zamawiającemu, ten ostatni może nie ponieść zbędnych

kosztów jedynie w sytuacji, gdy Izba zdąży umorzyć postępowanie odwoławcze i zdjąć sprawę z wokandy zanim pełnomocnik zamawiającego uda się na wyznaczony uprzednio termin posiedzenia. W praktyce wycofanie odwołania poprzedniego dnia często nie będzie wystarczające, aby to osiągnąć. Z drugiej strony wycofanie odwołania może być również reakcją na przekonującą odpowiedź na odwołanie. Jednak w aktualnym stanie prawnym zamawiający również nie ma obowiązku przesłania treści odpowiedzi na odwołanie do odwołującego. W rezultacie do późnego wycofania odwołania może również przyczynić się zamawiający, który nie poinformuje w ogóle (jak miało to miejsce w tej sprawie) lub niezwłocznie o swoim stanowisku zawartym w odpowiedzi na odwołanie.

Z powyższych względów skład orzekający nie znalazł argumentów, aby odejść od dotychczas prezentowanej przez Izbę wykładni § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b rozporządzenia regulującego koszty postępowania odwoławczego.

Przewodniczący: .....