

WYROK
z dnia 26 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2015 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe LS-PLUS Sp. z o.o.

ul. Szałwiowa 34a/2, 62-064 Plewiska

w postępowaniu prowadzonym przez

Jednostkę Wojskową 5701, 69-211 Wędrzyn

przy udziale wykonawcy **Zakład Usług Komunalnych sp. z o.o., ul. Chrobrego 3, 69-200**

Sulęcín zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wielobranżowe LS-PLUS Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe LS-PLUS Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania.

1

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

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 298/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa 5701 w Wędrzynie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór nieczystości stałych komunalnych z kompleksów administrowanych przez JW nr 5701 i przekazanie ich do utylizacji lub zagospodarowania z kompleksów wojskowych administrowanych przez JW 5701” 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 zamieszczone 19 stycznia 2015 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 12988. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe LS-PLUS Sp. z o.o. wniósł odwołanie od wadliwego wyniku postępowania oraz wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 22 ust. 1 pkt 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert, w następstwie której nastąpi przywrócenie oferty odwołującego do postępowania, powtórzenie oceny (punktacji ofert) i przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do oferty odwołującego, wskazanie wyniku postępowania na ofertę odwołującego, a także o równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się

o zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Zdaniem odwołującego nie powinien on zostać wykluczony z postępowania, ponieważ spełnia warunek posiadania stosownych uprawnień i posiada wszystkie wymagane prawem decyzje administracyjne niezbędne do prowadzenia działalności związanej z odbiorem odpadów komunalnych.

Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania za brak wpisu do ewidencji działalności regulowanej w kodach grupy 15.00, który na dzień realizacji zamówienia odwołujący posiada. Na dzień składania ofert odwołujący przedłożył zamawiającemu również kopię wpisu do ewidencji działalności regulowanej w kodach 20.00, które to kody również zawierają kody 15.00 jako kody pochodne.

Pojęcie odpadów komunalnych zdefiniowane zostało w art. 3 ust. 2 pkt 4 ustawy

3

o odpadach. Zgodnie z tym przepisem są to odpady powstające w gospodarstwach domowych, z wyłączeniem pojazdów wycofanych z eksploatacji, a także odpady niezawierające odpadów niebezpiecznych pochodzące od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter lub skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych. Dla odpadów komunalnych istotne jest więc, aby powstawały w gospodarstwach domowych, bądź też by były podobne do takich odpadów z uwagi na skład lub charakter. To, czy dany odpad jest komunalnym, należy badać każdorazowo z uwzględnieniem powołanych wyżej okoliczności. Definicja ta znajduje się w akcie rangi ustawowej. Natomiast katalog odpadów zawarty jest w akcie wykonawczym, tj. rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów i posiada wyłącznie charakter pomocniczy.

Zgodnie z § 4 ust. 1-4 ww. rozporządzenia odpady klasyfikuje się według źródła powstawania w grupach od 01 do 12 lub 17 do 20. W przypadku nieodnalezienia odpowiedniej pozycji w grupach 01 do 12 lub 17 do 20, odpady klasyfikuje się w grupach 13, 14 i 15. Ponieważ odpady komunalne to te, które powstają w gospodarstwach domowych lub o podobnym składzie i charakterze, posługiwanie się kodami odpadów innymi niż z grupy 20 (odpady komunalne), nie pozbawia danych odpadów statusu odpadów komunalnych.

Tym samym, składając do oferty wpis do ewidencji działalności regulowanej w kodach z grupy 20 odwołujący wykazał, że spełnia warunek ustawowy z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym wezwanie o dodatkowy wpis w kodach z grupy 15 był zbędny. Odwołujący wywodził także, iż zamawiający nie miał prawa żądać dołączenia do oferty wpisu do rejestru działalności regulowanej.

Zgodnie z art. 9b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Tak więc przedsiębiorca zamierzający prowadzić działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu danej gminy jest zobowiązany do uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości (art. 9c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Brak jest podstaw do kwestionowania przedłożonego przez odwołującego zaświadczenia, gdyż wskazuje na spełnienie przez przedsiębiorcę wskazanych ustawą i rozporządzeniem warunków, uprawnia go do prowadzenia działalności w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jako całości, bez różnicowania spełnienia warunków w odniesieniu do określonego rodzaju odpadów.

4

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów,

jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zamawiający żąda następujących dokumentów: koncesji, zezwolenia lub licencji. Z regulacji samego rozporządzenia wynika, że takie dokumenty jak wypisy z ewidencji działalności gospodarczej, w tym regulowanej, czy wypisy z Krajowego Rejestru Sądowego nie są dokumentami, których zamawiający ma prawo żądać. Stąd żądanie odwołującego, aby nakazać zamawiającemu postawienie wymogu przedłożenia wraz z ofertą wpisu do ewidencji działalności gospodarczej w trybie art. 9b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, jest nieuprawnione.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie odwołującego kosztami postępowania.

Zamawiający wskazał, że przesłanką do wykluczenia odwołującego było niespełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu w terminie składania ofert.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału VII ust. 1 pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający żądał załączenia do oferty m.in. zaświadczeń o wpisie do rejestru działalności regulowanej na terenach objętych świadczeniem usługi, tj. w m. Wędrzyn (gmina Sulęcín), m. Skwierzyna (gmina Skwierzyna), m. Międzyrzecz (gmina Międzyrzecz), m. Gorzów Wlkp. (gmina Gorzów Wlkp.), wydanych zgodnie z art. 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach uwzględniających odpady o kodach: 20 03 01, 20 03 07, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07.

W ofercie odwołujący złożył:

- 1) zaświadczenie z 7 maja 2012 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej wystawione przez Urząd Miejski w Międzyrzeczu,
- 2) zaświadczenie z 12 lipca 2012 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej wystawione przez Urząd Miejski w Sulęcínie, z których nie wynikało, jaki jest rodzaj uwzględnionych w rejestrze odpadów oraz
- 3) zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej wystawione przez Burmistrza Skwierzyny z 4 maja 2012r. które nie zawierało wszystkich kodów wymaganych przez zamawiającego, tj. kodów 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07.

5

Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał wykonawcę do uzupełnienia zaświadczeń. W wyznaczonym terminie wykonawca uzupełnił następujące dokumenty:

- 1) zaświadczenie z 3 lutego 2015 r. o zmianie wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (na teren gminy Sulęcín) dotyczące rozszerzenia działalności o wymagane kody odpadów, tj. 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07. Jednakże powyższa zmiana została dokonana w dniu 3 lutego 2015 r., tj. po terminie składania ofert, który upłynął 27 stycznia 2015 r.,
- 2) zaświadczenie z 3 lutego 2015 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (na teren gminy Skwierzyna) po zmianie w dniu 3 lutego 2015 r., tj. po terminie składania ofert, polegającej na dodaniu kodów odpadów komunalnych 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07,
- 3) zaświadczenie z 4 lutego 2015 r. o dokonaniu zmiany w rejestrze działalności regulowanej poprzez dodanie kodów odpadów 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07 (na teren gminy Międzyrzecz) dnia 4 lutego 2015 r., tj. po terminie składania ofert.

Z przedstawionych po uzupełnieniu zaświadczeń wynikało, że na dzień, w którym upłynął termin składania ofert, wykonawca nie spełniał wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W związku z tym, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w terminie składania ofert, podlegał on wykluczeniu z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający podkreślił, że w odwołaniu odwołujący nie kwestionował powyższego faktu, podniósł natomiast, że pojęcie odpadów komunalnych zostało zdefiniowane w art. 3 ust. 2 pkt 4 ustawy o odpadach i zawiera ono w sobie wszystkie odpady powstające w gospodarstwach domowych, odpady, których charakter lub skład są podobne do odpadów

powstających w gospodarstwach domowych, zaś katalog odpadów zawarty w rozporządzeniu w sprawie katalogu odpadów posiada jedynie charakter pomocniczy. Powyższy pogląd, zdaniem zamawiającego, nie znajduje oparcia w aktualnie obowiązującym prawie ani w treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w postanowieniach specyfikacji, jak również w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia oraz we wzorze umowy doprecyzował, iż wykonawca do oferty ma załączyć zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej z uwzględnieniem kodów odpadów konkretnie wymienionych w dokumentacji przetargowej.

W odwołaniu odwołujący zakwestionował stanowisko zamawiającego o konieczności przedstawienia w zaświadczeniu zezwolenia na odbiór odpadów o kodach z grupy 15,

6

podnosząc, iż ta kategoria odpadów objęta jest kodem z grupy 20, Obowiązujące rozporządzenie w sprawie katalogu odpadów w odrębnych pozycjach wymienia kategorię odpadów 20, która dotyczy odpadów komunalnych łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie i kategorię 15, która dotyczy odpadów opakowaniowych, sorbentów, tkanin do wycierania, materiałów filtracyjnych.

Powołane na potwierdzenie zasadności odwołania orzeczenia KIO nie mają zastosowania w niniejszym postępowaniu, albowiem zapadły w innych stanach faktycznych. W pierwszym zamawiający nie zamieścił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowień, które doprecyzowałyby, aby z treści składanego przez wykonawcę zaświadczenia miał wynikać pełen katalog odpadów objętych przedmiotem tego konkretnego zamówienia, podczas gdy w niniejszym postępowaniu kwestia ta została w sposób precyzyjny uregulowana. W drugim wykonawca odwołał się od treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w terminie prawem przewidzianym, podczas gdy w niniejszym postępowaniu odwołujący wnosi odwołanie, podważając postanowienia, których nie kwestionował ani nie zaskarżył w ustawowym terminie,

Natomiast na obecnym etapie specyfikacja istotnych warunków zamówienia musi być traktowana jako dokument wiążący i nie może podlegać rewizji. Sporne postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest ostatecznie ukształtowane, a tym samym wiązało zarówno wykonawców, którzy złożyli swoje oferty, zamawiającego na etapie ich oceny, a także Krajową Izbę Odwoławczą w ramach środka ochrony prawnej skierowanego wobec dokonanej przez zamawiającego oceny ofert.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie 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, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału VI ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeśli przepisy prawa nakładają

7

obowiązek ich posiadania. „Zamawiający uzna, iż Wykonawca posiada uprawnienie do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli złoży oświadczenie, o którym mowa w art. 44 ustawy Pzp (zał. nr 3 do SIWZ) oraz dokumenty wymienione w rozdziale VII niniejszej SIWZ.”

W rozdziale VII („Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie powinni złożyć Wykonawcy do oferty”) ust. 1 pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wskazał, że żąda zaświadczeń o wpisie do rejestru działalności regulowanej na terenach objętych świadczeniem usługi, tj. w m. Wędrzyn (gmina Sulęcín), m. Skwierzyna (gmina Skwierzyna), m. Międzyrzecz (gmina Międzyrzecz), m. Gorzów Wlkp. (gmina Gorzów

Wikip.), wydanych zgodnie z art. 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach uwzględniających odpady o kodach: 20 03 01, 20 03 07, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07.

W ofercie odwołujący złożył: 1) zaświadczenie z 7 maja 2012 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej wystawione przez Urząd Miejski w Międzyrzeczu, 2) zaświadczenie z 12 lipca 2012 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej wystawione przez Urząd Miejski w Sulęcinie, 3) zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej wystawione przez Burmistrza Skwierzyny z 4 maja 2012 r.

Jednak, jak stwierdził zamawiający, w zaświadczeniach tych nie wskazano na kody 15 01 01, 15 01 02 i 15 01 07. Nie było to sporne pomiędzy stronami.

W związku z powyższym zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał wykonawcę do uzupełnienia zaświadczeń.

W wyznaczonym terminie wykonawca przedstawił:

1) zaświadczenie z 3 lutego 2015 r. o zmianie wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Sulęcina), dotyczące rozszerzenia działalności o wymagane kody odpadów, tj. 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07,

2) zaświadczenie z 3 lutego 2015 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Skwierzyna wskazujące na dodanie kodów odpadów komunalnych 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07,

3) zaświadczenie z 4 lutego 2015 r. o dokonaniu zmiany w rejestrze działalności regulowanej poprzez dodanie kodów odpadów 15 01 01, 15 01 02, 15 01 07 na teren gminy Międzyrzecz. Zamawiający uznał, że z przedstawionych w ramach uzupełnienia dokumentów zaświadczeń wynika, że na dzień składania ofert, tj. 27 stycznia 2015 r. wykonawca nie spełniał wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie było sporne między stronami, że wpisy do ewidencji zostały zmienione – i objęły kody

8

15 01 01, 15 01 02 i 15 01 07 – dopiero po otrzymaniu przez odwołującego wezwania do uzupełniania dokumentów, a więc po upływie terminu składania ofert.

Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych „zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.”

Tym samym z powyższego przepisu wynika jednoznacznie, że chociaż dokumenty składane na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą być uzupełniane po terminie składania ofert, to muszą potwierdzać spełnianie przez wykonawcę tych warunków nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Odwołujący natomiast co prawda przedłożył zamawiającemu zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej dla kodów 15 01 01, 15 01 02 i 15 01 07, ale wskazujące na to, że stosownych wpisów dokonano dopiero po terminie składania ofert.

Tym samym zamawiający nie mógł uznać, że dokumenty zostały uzupełnione prawidłowo, a wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Konsekwencją zaś była konieczność wykluczenia wykonawcy stosownie do dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W rozdziale VII ust. 1 pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wyraźnie i jednoznacznie wskazał kody, których wymagał w stosunku do ww. zaświadczeń. Zarówno wykonawca, jak i zamawiający postanowieniem tym byli związani i po upływie

terminu składania ofert zamawiający, nawet gdyby chciał, nie mógł zmienić swoich wymogów zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż naruszałoby to zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Jeśli odwołujący miał jakieś zastrzeżenia co do wymagań zamawiającego, powinien był zakwestionować postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia – albo

9

wnioskować o jej zmianę – po jej opublikowaniu przez zamawiającego, a nie dopiero po upływie terminu składania ofert.

Nawet jeśli wykonawcy, w związku z treścią art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie przysługiwało odwołanie, mógł w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, o której mowa w art. 181 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając 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 1, § 3 i § 5 ust. 3 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:

10