Sygn. akt: KIO 1362/14

WYROK
z dnia 18 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lipca 2014 r. przez wykonawcę **MPK sp. z o.o. w Ostrołęce**

w postępowaniu prowadzonym przez **Ostrołęckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Ostrołęce,** działające w imieniu i na rzecz **Miasta Ostrołęka z siedzibą w Ostrołęce**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MPK sp. z o.o. w Ostrołęce** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MPK sp. z o.o. w Ostrołęce** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **MPK sp. z o.o. w Ostrołęce** na rzecz **Ostrołęckiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Ostrołęce,** działającego w imieniu i na rzecz **Miasta Ostrołęka z siedzibą w Ostrołęce** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 w **Ostrołęce.**

Przewodniczący: ……..…..

Członkowie: ……..……..

……..……..

Sygn. akt: KIO 1362/14

Uzasadnienie

Ostrołęckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. w Ostrołęce, działające w imieniu i na rzecz Miasta Ostrołęka z siedzibą w Ostrołęce, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", którego przedmiotem jest „odbieranie i zagospodarowanie odpadów z terenu miasta Ostrołęki".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 marca 2014 r. 2014/S 055-092347.

W dniu 3 lipca 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1) czynności wyboru, w zakresie części III zamówienia, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez W. a K. a, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład

Usług Komunalnych W. K. , zwanego dalej „wykonawcą ZUK”,
2) czynności wezwania wykonawcy ZUK do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu,
3) czynności badania oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu,
4) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę ZUK,
5) zaniechania czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, względnie również w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłowe uznanie wykazania przez wykonawcę ZUK warunku dotyczącego posiadania uprawnień w wyniku uzupełnienia dokumentów przez tego wykonawcę pismem datowanym na dzień 23 czerwca 2014 r. oraz uwzględnienie wyjaśnień wykonawcy w rzeczonym piśmie, a w rezultacie zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZUK z postępowania po uprzednim samodzielnym unieważnieniu w dniu 23 czerwca 2014 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci przedłożenia zezwolenia na przetwarzanie odpadów wydanego na podstawie art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, jak i oświadczenia o zawarciu umów z podmiotami posiadającymi odpowiednie instalacje i zezwolenia na

przetwarzanie odpadów w zakresie rodzajów odpadów określonych w pkt 9 ust. 1 ppkt 1) lit. b) SIWZ i zaniechanie uznania oferty tego podmiotu za odrzuconą, względnie zaniechanie odrzucenia oferty tego podmiotu jako wykluczonego;
2) art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 oraz 8 ustawy Pzp poprzez wezwanie, po uprzednim samodzielnym unieważnieniu w dniu 23 czerwca 2014 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy ZUK, do złożenia wymaganego przez Zamawiającego zezwolenia na przetwarzanie odpadów lub oświadczenia o zawarciu umów z podmiotami posiadającymi odpowiednie instalacje i zezwolenia na przetwarzanie odpadów określonych w pkt 9 ust. 1 ppkt l) lit. ,,b)” SIWZ w sytuacji, gdy nie było obiektywnie podstaw do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów - wykazał on niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie, zaś jego oferta podlegała odrzuceniu;
3) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, względnie również w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez nieprawidłowe uznanie przez zamawiającego wykazania przez wykonawcę ZUK warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w wyniku uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę ZUK pismem datowanym na dzień 23 czerwca 2014 r. i zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZUK z postępowania, po uprzednim samodzielnym unieważnieniu w dniu 23 czerwca 2014 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wobec niewykazania spełnienia przez ten podmiot warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia - niedołączenia do oferty zgodnego z wymaganiami Zamawiającego wykazu głównych dostaw wykonanych lub wykonywanych w okresie 3 ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, jak i niezałączenia dowodu, że zostały one wykonane należycie,
4) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 oraz 8 ustawy Pzp poprzez wezwanie wykonawcy ZUK, po uprzednim samodzielnym unieważnieniu w dniu 23 czerwca 2014 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, do uzupełnienia zgodnego z wymaganiami zamawiającego wykazu głównych dostaw wykonanych lub wykonywanych w okresie 3 ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, jak i załączenia dowodu, że zostały one wykonane należycie bądź wezwania tego podmiotu do wyjaśnienia treści wykazu i oświadczenia o należytym wykonaniu usług w sytuacji, gdy nie było obiektywnie podstaw do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów - wykazał on bowiem niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie, zaś jego oferta podlegała odrzuceniu;
5) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1pkt 4

oraz art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, względnie również w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5

ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZUK z postępowania, po uprzednim samodzielnym unieważnieniu w dniu 23 czerwca 2014 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, na skutek nieuprawnionego uznania, że uzupełnienie dokumentów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej tego podmiotu dokonane pismem z dnia 23 maja 2014 r. było należytym wykonaniem wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności za ostatnie trzy lata obrotowe, podczas gdy uzupełnione dokumenty nie obrazują zarówno obrotu, jak i nie wynika z nich podana przez ten podmiot w oświadczeniu suma należności i zobowiązań za trzy ostatnie lata obrotowe, co winno prowadzić do wykluczenia tego podmiotu z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, względnie odrzucenia oferty tego podmiotu jako wykluczonego,

6) art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, względnie również w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZUK z postępowania, po uprzednim samodzielnym unieważnieniu w dniu 23 czerwca 2014 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na podanie przezeń nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w postaci informacji dotyczących ilości odebranych odpadów w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w sytuacji przez okres 7 następujących po sobie miesięcy, gdy ilość odebranych przez ten podmiot odpadów w okresie 3 lat przed terminem składania ofert nie wyniosła 2300 Mg, co winno prowadzić do wykluczenia tego podmiotu z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, względnie odrzucenia oferty tego podmiotu jako wykluczonego;
7) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZUK, po uprzednim samodzielnym unieważnieniu w dniu 23 czerwca 2014 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowieniu czynności badania i oceny ofert, jako niezgodnej z postanowieniami SIWZ - podmiot ten w pkt 6 ppkt 6 oferty wskazał termin płatności niezgodny z ust. 6 pkt 6) Załącznika nr 1 do SIWZ - formularza oferty oraz § 8 ust. 4 Części II SIWZ - Załącznika nr 6 do SIWZ - termin 30 dni zamiast terminu 21 dni wprowadzonego w wyniku zmiany przez Zamawiającego w dniu 24 kwietnia 2014 r. ust. 6 pkt 6) Załącznika nr 1 do SIWZ - formularza oferty oraz postanowień przyszłej umowy w tym zakresie;
8) z ostrożności - art. 87 ust. 1 oraz ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania, po uprzednim samodzielnym unieważnieniu w dniu 23 czerwca 2014 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawcy ZUK do złożenia wyjaśnień bądź zaniechanie poprawienia omyłki zawartej w ust. 6 pkt 6) oferty tego podmiotu, a także zaniechanie wezwania tego podmiotu do złożenia wyjaśnień odnośnie do treści oferty w zakresie wskazanym w punkcie 7 zarzutu;

9) art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z uchwałą Rady Miasta Ostrołęki z dnia 27 grudnia 2012 r., nr 388/XXXVI/2012 w sprawie metody ustalania opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz stawki opłaty poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZUK, po uprzednim samodzielnym unieważnieniu w dniu 23 czerwca 2014 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowieniu czynności badania i oceny ofert, jako sprzecznej z ustawą - z § 1, § 2 oraz § 3 uchwały;
10) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZUK, po uprzednim samodzielnym unieważnieniu w dniu 23 czerwca 2014 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowieniu czynności badania i oceny ofert, w sytuacji, gdy oferta ta nie spełniała wymagań określonych w SIWZ co do zgodności z obowiązującymi przepisami, a także są podstawy do formułowania tezy o nieważności tej oferty z uwagi na sprzeczność z uchwałą Rady Miasta Ostrołęki z dnia 27 grudnia 2012 r. nr 388/XXXVI/2012 (§ 1, § 2 oraz § 3 uchwały) w sprawie metody ustalania opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz stawki opłaty;
11) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez poddanie ocenie punktowej, po uprzednim samodzielnym unieważnieniu w dniu 23 czerwca 2014 r. czynności wyboru oferty

najkorzystniejszej i ponowieniu czynności badania i oceny ofert, oferty wykonawcy ZUK i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej w dniu 27 czerwca 2014 r. w sytuacji, gdy istniały opisane w powyższych zarzutach podstawy do jego wykluczenia, a - niezależnie od tego - podstawy do odrzucenia jego oferty [w konsekwencji czego oferta tego podmiotu nie powinna być była poddana ocenie punktowej], a w konsekwencji zaniechanie dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie części III zamówienia;

12) art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie przez zamawiającego postępowania w sposób niezapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na zaniechaniach i czynnościach opisanych w zarzutach od 1 do 11 powyżej, co świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców w postępowaniu i co grozi zawarciem umowy w zakresie części III zamówienia z podmiotem wybranym niezgodnie z przepisami Pzp;
13) art. 94 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz 3 ustawy Pzp poprzez zawarcie przez zamawiającego umowy z wykonawcą ZUK w zakresie części III zamówienia mimo braku upływu terminu 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazanego w tym przepisie;
14) innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności z dnia 27 czerwca 2014 r. w postaci wyboru oferty wykonawcy ZUK jako najkorzystniejszej w zakresie części III zamówienia;
2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert (w tym oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu) w zakresie części III zamówienia przeprowadzonej po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 23 czerwca 2014 r.;
3) powtórnego dokonania oceny spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu w zakresie części III zamówienia;
4) wykluczenia wykonawcy ZUK z udziału w postępowaniu w zakresie części III zamówienia;
5) z ostrożności, w razie nieuwzględnienia wniosku z punktu 4) - wezwania wykonawcy ZUK do uzupełnienia/wyjaśnienia treści dokumentów obrazujących spełnienie przezeń warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania;
6) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części III zamówienia;
7) w zakresie części III zamówienia - odrzucenia oferty wykonawcy ZUK jako niezgodnej z postanowieniami SIWZ;
8) z ostrożności, w razie nieuwzględnienia wniosku z punktu 7 - poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy ZUK albo nakazanie wezwania tego podmiotu do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania;
9) w zakresie części III zamówienia - odrzucenia oferty wykonawcy ZUK z uwagi na sprzeczność tej oferty z ustawą;
10) odrzucenia oferty wykonawcy ZUK z uwagi na jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów;
11) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie części III zamówienia;
12) z ostrożności, z uwagi na podejrzenie zawarcia umowy przez zamawiającego - unieważnienie umowy zawartej przez zamawiającego z wykonawcą ZUK w zakresie części III zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że analiza oferty wykonawcy ZUK i załączonych do niej dokumentów, również przy uwzględnieniu ich uzupełnienia pismem z dnia 23 czerwca 2014 r., uprawnia do tezy, że do jego oferty nie zostało dołączone ani zezwolenie na przetwarzanie odpadów, ani oświadczenie o zawarciu umów z podmiotami posiadającymi odpowiednie instalacje i zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Powyższe, zdaniem odwołującego, świadczyło o niewykazaniu warunku udziału w postępowaniu, opisanego przez zamawiającego w pkt 9.1.3 SIWZ. Wywiódł, że pierwotnie załączona przez wykonawcę ZUK umowa w zakresie zagospodarowania odpadami dotyczyła tylko ograniczonego rodzaju odpadów, a mianowicie odpadów o kodach: 20 03 01 -

niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne; 20 02 01 - odpady ulegające biodegradacji oraz 19 12 12 - pozostałości z sortowania odpadów komunalnych. Tymczasem zamawiający wymagał od wykonawców złożenia zezwolenia na przetwarzanie odpadów bądź oświadczenia o zawarciu umów z podmiotami posiadającymi odpowiednie instalacje i zezwolenia na przetwarzanie odpadów w zakresie rodzajów odpadów określonych w pkt 9 ust. 1 ppkt 1) lit. b). Ponadto umowa ta nie jest oświadczeniem, o którym mowa w warunku. Zdaniem odwołującego, o spełnieniu warunku nie świadczy złożenie przez wykonawcę ZUK oświadczenia PGK w Zambrowie sp. z o.o. o zapewnieniu podpisania w przyszłości umowy na odbiór odpadów obejmujących kody wymienione w zakresie odpadów, o których mowa w pkt 9 ust. 1 ppkt 1 lit b) SIWZ w przypadku wygrania przetargu. Oświadczenie żądane przez zamawiającego winno pochodzić od wykonawcy, nie zaś od podmiotu posiadającego odpowiednie instalacje. Ponadto argumentował, że zamawiający żądał oświadczenia o zawarciu umów, nie zaś o zamiarze zawarcia umów. Stan spełnienia warunków udziału w postępowaniu winien istnieć na dzień upływu terminu składania ofert. Zdaniem odwołującego, wykonawca winien złożyć oświadczenie o zawarciu umowy, to jest czynności już dokonanej. Dodatkowo odwołujący podniósł, że PGK sp. z o.o. w Zambrowie nie przewiduje przyjmowania odpadów wskazanych w oświadczeniu. Powołał się na cennik udostępniony na stronie internetowej PGK http://www.pgkzambrow.pl/PageShowCategory?id=11). Dodatkowo, w regulaminie tego podmiotu (znajdującym się na stronie internetowej PGK http://www.pgkzambrow.pl/PageShowCategory?id=12) § 6 ustęp 4 regulaminu stanowi, że spółka odmówi przyjęcia i unieszkodliwienia na terenie Zakładu odpadów" m.in. „pochodzących spoza terenu wyznaczonego do obsługi przez zakład" [pkt 2) ust. 4]. Teren wyznaczony do obsługi jest określony w § 4 ust. 3 regulaminu. To dowodzi, że mimo złożenia przez ten podmiot oświadczenia PGK nie zawrze z wykonawcą ZUK przyrzeczonej umowy z uwagi na sprzeczność takiej umowy z regulaminem. Ponadto odwołujący podniósł, że nie było podstaw do wzywania wykonawcy ZUK do uzupełnienia dokumentacji w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Pierwotnie wykonawca ten załączył umowę zawartą z podmiotem trzecim, która obejmowała tylko niektóre kody objęte przedmiotem zamówienia. W ocenie odwołującego umowa ta potwierdziła niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, co winno skutkować wykluczeniem z postępowania bez konieczności wzywania do uzupełnienia dokumentacji. Ponadto oferta odwołującego podlegała odrzuceniu.

Odnośnie niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, opisanego przez zamawiającego w pkt 9.1. ppkt 2) Części I SIWZ, odwołujący podniósł, że wykonawca ZUK wskazał, że w okresie 3 lat wykonał usługi polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych w okresie od

maja 2011 r. do listopada 2011 r. w ilości 2.350,72 Mg. Niemniej jednak nie przedstawił, wbrew wymaganiu SIWZ, dowodów potwierdzających należyte wykonanie usług, albowiem załączył on jedynie własne oświadczenie, wedle którego „wykonane od kwietnia 2011 r. do października 2011 r. usługi odbioru odpadów komunalnych w ilości 2.350,72 Mg na rzecz mieszkańców miasta Ostrołęki, gmin Baranowo, Olszewo Borki, Lelis, Kadzidło, Rzekuń, Młynarze, Gaworowo zostały wykonane należycie ".

Odnosząc się do treści uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia posiadania wiedzy i doświadczenia odwołujący wywiódł, że zamawiający swoim wezwaniem z dnia 23 czerwca 2014 r. nie zobowiązał wykonawcy do wyjaśnienia treści już złożonych dokumentów, a wyłącznie do ich uzupełnienia. Uwzględnienie tych wyjaśnień przez zamawiającego należy uznać za naruszenie norm Pzp. Ponadto, zdaniem odwołującego, wykonawca ZUK, pomimo wezwania zamawiającego nie uzupełnił wymaganych dokumentów, albowiem w dalszym ciągu chodzi o okres maj 2011 - listopad 2011. Nieuwzględnienie miesiąca maja 2011 r. oznaczałoby, że w istocie wykonawca według oświadczenia świadczył usługi przez 6 miesięcy, co byłoby wprost sprzeczne z wymaganiem zamawiającego. Z kolei gdyby uwzględniać miesiąc maj 2011 r., to należałoby w tej sytuacji uwzględnić także pierwsze 18 dni maja 2011 r., które niewątpliwie nie mieszczą się w maksymalnym trzyletnim okresie wykonywania usług. Zatem niezależnie od wybranej opcji, wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że wykonawca przedstawił referencje tylko kilku podmiotów (w tym gmin), nie wykazując

przyczyn niemożności niezałączenia referencji z pozostałych gmin objętych uprzednim oświadczeniem o wykonywaniu usług (Goworowo, Łyse, Młynarze). Nie kwestionując potencjalnych trudności związanych z uzyskaniem poświadczenia należytego wykonania usług od 1 900 rzekomych kontrahentów wskazywał, że wykonawca w wykazie usług ograniczył się do określonych gmin. Przedłożył on jednocześnie poświadczenie należytego wykonania umowy części z nich. Niezrozumiałe jest zatem, z jakich powodów nie przedłożył on poświadczenia należytego wykonania usług od pozostałych gmin. Najistotniejsze jednak jest to, że wykonawca ZUK powtórnie nie wyjaśnił, jaka przyczyna obiektywna, uzasadniona zachodzi w przypadku poszczególnych gmin wymienionych w wykazie, uniemożliwiająca przedłożenie oświadczenia. Ponadto, zdaniem odwołującego ze złożonych kart przekazania odpadów wynika, że większość z nich to odpady o kodzie 19 12 12, czyli odpady powstałe wskutek mechanicznej obróbki. Takie odpady mogą powstać wprawdzie z odpadów komunalnych, ale równie dobrze ze wszystkich innych odpadów niekomunalnych. Zamawiający nie może bowiem na tej podstawie zweryfikować rzeczywistego pochodzenia tych odpadów, z uwagi na ich niejednorodny charakter i przesądzić w sposób rzetelny, że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wywiódł ponadto, że wykonawca nie wykazał przyczyn obiektywnych i uzasadnionych, które czyniły niemożliwym przedłożenie oświadczeń potwierdzających należyte wykonanie usługi. Oświadczenie własne, w tym sprawozdanie M-09 czy GUS, miały subsydiarny charakter wobec poświadczeń osób trzecich. Z uzupełnionych dokumentów nie wynika, ile odpadów było odebranych w maju 2011 r. - zbiorcza karta przekazania odpadów za maj 2011 r. jest niewystarczająca - może obejmować bowiem część miesiąca przypadająca przed 3-letnim terminem wynikającym z SIWZ.

W dalszej części odwołania, odwołujący podniósł, że wykonawca ZUK nie wykazał warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, opisanego w pkt 9.1. SIWZ. Wskazał, że zamawiający, w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzania sprawozdania finansowego, wymagał złożenia innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności za ostatnie trzy lata obrotowe. Odwołujący wskazał, że wykonawca złożył dokumenty, z których nie wynikają informacje wymagane przez Zamawiającego. Załączył on bowiem:
a) w zakresie roku 2013 zeznanie o wysokości osiągniętego dochodu w 2013 r., informację o wysokości dochodu (straty) w 2013 r. oraz własne oświadczenie, że na koniec 2013 r. zobowiązania wynosiły 114.700 złotych, zaś należności 550.505 złotych,
b) w zakresie roku 2012 zeznanie o wysokości osiągniętego dochodu w 2012 r., informację o wysokości dochodu (straty) w 2012 r. oraz sporządzone przez Wykonawcę oświadczenie, że na koniec 2012 r. zobowiązania wynosiły 112.000,10 złotych, zaś należności 316.600 złotych,
c) w zakresie roku 2011 wprowadzenie do sprawozdania finansowego oraz sprawozdanie finansowe za rok 2011 wraz z oświadczeniem własnym Wykonawcy o niepodleganiu sprawozdania finansowego za rok 2011 badaniu przez biegłego rewidenta.

Odwołujący wywiódł, że kwota zobowiązań podanych w oświadczeniu za rok 2013 oraz 2012 r. nie pokrywa się z kwotami wskazanymi w zeznaniu podatkowym za rok 2013 oraz 2012. Ponadto, ze złożonych dokumentów za 2013 i 2012 r. wynika, że wykonawca mógł mieć zaległość w zaliczkach na podatek- z zeznań tych nie wynikało, że w ogóle płacił zaliczki w ciągu roku (część M PIT 36L). Wynika z nich również, że składał on sprawozdania finansowe od 2011 r. To poddaje w wątpliwość wysokość rzeczywistych zobowiązań. Jeżeli chodzi o obrót, to w zakresie roku 2013 i 2012 wykonawca ZUK dla jego wykazania powinien był raczej przedłożyć deklaracje VAT, a nie PIT, bo w tych deklaracjach deklaruje się pośrednio obrót (dostawę) i zakupy. Trudno dodatkowo uznać, że własnoręcznie sporządzone oświadczenie może być uznane za dokument obrazujący wysokość należności

---

i zobowiązań. Gdyby dopuszczalne w tej mierze było oświadczenie własne wykonawców, zamawiający wskazałby taką możliwość w SIWZ.

W kolejnej części odwołania, odwołujący podniósł, że wykonawca ZUK podał nieprawdziwe informacje dotyczące ilości odebranych odpadów w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Jego zdaniem, zaniechanie złożenia prze wykonawcę ZUK sprawozdań M-09 czy G-06 wraz z ofertą wynikało ze świadomości wykonawcy o niespełnieniu warunku odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości o łącznej masie odebranych odpadów co najmniej 2300 Mg przez 7 następujących po sobie miesięcy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący powołując się na załączone do odwołania sprawozdania podniósł, że w III kwartale 2013 r. wykonawca ZUK odebrał tylko 204,44 Mg, zaś w IV kwartale 218,1 Mg odpadów. Gdyby zatem oceniać ilość odpadów odebranych w dwóch ostatnich kwartałach 2013 r. stwierdzić należy, że ilość ta zebrana w okresie 6 miesięcy - ok. 422 Mg - jest pięciokrotnie niższa od wymaganej przez zamawiającego w okresie 7 miesięcy (2 300 Mg). To powoduje, że jest wysoce prawdopodobne, że w okresie maj - listopad 2011 r. nie odebrał ilości odpadów, jaką wskazał w oświadczeniu. Dołączone do wyjaśnień wykonawcy z dnia 23 czerwca 2014 r. sprawozdanie M 09 odnosi się do całego roku - nie wynika z niego, jaka ilość odpadów została odebrana od mieszkańców nieruchomości w okresie od maja do listopada 2011 r., danych tych nie potwierdzają również karty przekazania odpadów. Z uzupełnionych dokumentów nie wynika, ile odpadów było odebranych w maju 2011 r. - zbiorcza karta przekazania odpadów za maj 2011 r. jest niewystarczająca.

Odwołujący podniósł również w odwołaniu, iż wykonawca, oprócz dokumentów określonych w pkt 9 zobowiązany był złożyć wraz z ofertą formularz oferty, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ. Nadto, ofertę należało przygotować ściśle według wymagań określonych w SIWZ. Wzory dokumentów dołączonych do SIWZ powinny zostać wypełnione przez wykonawcę i dołączone do oferty bądź też przygotowane przez wykonawcę w formie zgodnej z SIWZ. Formularz oferty przygotowany przez zamawiającego zawierał pierwotnie oświadczenie wykonawcy o akceptacji terminu płatności faktur - 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury. Niemniej SIWZ została przez zamawiającego zmodyfikowana w dniu 24 kwietnia 2014 r., w którym zmieniono formularz oferty i nadano jej nowe brzmienie o treści: „akceptuję (emy) termin płatności faktury 21 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury". Tymczasem wykonawca ZUK złożył oświadczenie o zaakceptowaniu terminu płatności faktury 30 dni od daty otrzymania prawidłowo wystawionej faktury. Powyższe, zdaniem odwołującego, implikuje konieczność odrzucenia jego oferty.

Odwołujący argumentował również, że w ofercie wykonawcy, w pkt 4.3.2. „Formularza ofertowego", tj. części odnoszącej się do „Kalkulacji ceny ofertowej za 1 miesiąc" za „odbiór i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości niezamieszkałych i nieruchomości mieszanych w części niezamieszkałej", wykonawca ZUK wskazał stawki przekraczające maksymalne stawki określone w uchwale Rady Miasta Ostrołęki z dnia 27 grudnia 2012 r., nr 388/XXXVI/2012 w sprawie metody ustalania opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz stawki opłaty. Odwołujący wskazał w odwołaniu w formie tabelarycznej stawki maksymalne, wynikające z powołanej uchwały, oraz stawki zaoferowane. w jest Przekroczenie maksymalnych stawek określonych uchwale wystarczające do uznania, że oferta jest niezgodna z aktem prawa miejscowego, a zatem powinna zostać odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp. Odwołujący zwrócił również uwagę, że w części III SIWZ „opis przedmiotu zamówienia", pkt 11 przywołano akty prawne zawierające wymogi, zgodnie z którymi należy realizować przedmiot zamówienia. Jednym z tych aktów prawnych jest uchwała Rady Miasta Ostrołęki z dnia 27 grudnia 2012 r., nr 388/XXXVI/2012 w sprawie metody ustalania opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi oraz stawki opłaty. Zdaniem odwołującego oznacza to, że oferta nie jest zgodna z postanowieniem części III SIWZ i powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z tych samych powodów może być uznana za nieważną na gruncie odrębnych przepisów i w związku z tym zachodziły podstawy do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Odwołujący, w końcowej części odwołania wywiódł, że wybór oferty wykonawcy ZUK nie miał podstawy faktycznej, a w związku z tym podstawy prawnej i konsekwencji doprowadził do naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady poszanowania

uczciwej konkurencji. Nieuwzględnienie zarzutów prowadziłoby do zawarcia przez zamawiającego umowy z podmiotem, który został wybrany niezgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wskazał również, że w dniu 3 lipca 2014 r. na stronie internetowej zamawiającego pojawiła się informacja o harmonogramie odbioru odpadów w okresie 2014 - 2015. Wskazano tam, że w sektorze III odbiorcą ma być wykonawca ZUK. Istnieje zatem prawdopodobieństwo, że pomimo otwartego terminu do wniesienia przez odwołującego odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 27 czerwca 2014 r. zamawiający zawarł umowę udzielając wykonawcy ZUK przedmiotowego zamówienia. Jeżeli w istocie umowa została zawarta, to świadczy to o rażącym naruszeniu norm Pzp i uzasadnia wniosek o unieważnienie umowy.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez wykonawcę ZUK, pismo zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania datowane na 3 czerwca 2014 r., odwołanie wniesione przez odwołującego w dniu 13 czerwca 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1220/14, pismo zamawiającego z 23 czerwca 2014 r. o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części III, wezwanie zamawiającego z 23 czerwca 2014 r. skierowane do wykonawcy ZUK do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, pismo wykonawcy ZUK z 23 czerwca 2014 r. stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie zamawiającego, pismo zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania datowane na 27 czerwca 2014 r., postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej wydane w sprawie o sygn. akt KIO 1220/14, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło wprawdzie zgłoszenie przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego wykonawcy W. a K. a, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych w Laskowcu, jednakże po terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu, *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Jak wynikało z dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przesłał wykonawcy W. owi K. owi w dniu 4 lipca 2014 r., w

taki sposób, że ten zapoznał się z jego treścią. Okoliczność ta została potwierdzona przez samego zgłaszającego przystąpienie w zgłoszeniu przystąpienia i na posiedzeniu. Tym samym z ww. chwilą rozpoczął bieg termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Trzydniowy termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął wykonawcy w dniu 7 lipca 2014 r.

Wskazać w tym miejscu należy, że dla zachowania terminu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego znaczenie ma data doręczenia zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w jednej z form wskazanych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, które dotarło do Izby w

prawidłowej formie tj. formie pisemnej, zostało wniesione dopiero w dniu 9 lipca 2014 roku (prezentata Krajowej Izby Odwoławczej na zgłoszeniu przystąpienia z adnotacją o wpływie pisma). Wprawdzie pismo ze zgłoszeniem przystąpienia zostało nadane na poczcie w dniu 4 lipca 2014 r. (stempel na kopercie), jednakże ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wyraźnie nie łączy żadnych skutków z nadaniem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, inaczej niż w przypadku innych pism (por. przykładowo przepis art. 198b ust. 2 ustawy Pzp, który ze złożeniem skargi na orzeczenie Izby w takiej placówce łączy skutki wniesienia skargi do sądu). A zatem z nadaniem zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 4 lipca 2014 r. nie można było łączyć skutków wniesienia pisma do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe stanowisko jest ugruntowane i prezentowane jednolicie w orzecznictwie Izby. Prawidłowość tego stanowiska, na tle analogicznych przepisów ustawy Pzp dotyczących wniesienia odwołania, potwierdza również uchwała Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r., sygn. akt II CZP 90/13, w której stwierdził, że nie ma znaczenia dla zachowania terminu do wniesienia odwołania okoliczność, kiedy pismo z odwołaniem zostanie złożone w placówce operatora wyznaczonego.

Izba stwierdziła, że wobec otrzymania w dniu 4 lipca 2014 roku kopii odwołania wraz wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym, wniesione w dniu 9 lipca 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę W. a K. a zostało złożone z uchybieniem ustawowego 3 - dniowego terminu do jego wniesienia i skutkuje niedopuszczeniem do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie. W konsekwencji wykonawca ten nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Niezachowanie terminu dla zgłoszenia przystąpienia skutkowało wygaśnięciem prawa do wniesienia tego środka ochrony prawnej, gdyż termin określony w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter terminu zawitego i nie podlega przywróceniu.

W dalszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego – w świetle kryteriów oceny ofert – została sklasyfikowana przez zamawiającego na drugiej pozycji, za oferta wybraną jako najkorzystniejsza. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, względnie zaniechał odrzucenia tej oferty, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania tej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zarzuty dotyczące oceny przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów, składanych przez wykonawcę ZUK celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 9.1.1. lit. c SIWZ

Ustalono, że zamawiający, stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp opisał w pkt 9.1.1. lit. c SIWZ warunek udziału w postępowaniu wskazując, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się tacy wykonawcy, którzy posiadają zezwolenie na przetwarzanie odpadów wydane na podstawie art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2013 r. poz. 21) lub oświadczenie o zawarciu umów z podmiotami posiadającymi odpowiednie instalacje i zezwolenia na przetwarzanie odpadów, w zakresie

rodzajów odpadów określonych w pkt 9.1.1) lit. b) SIWZ. Celem potwierdzenia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu, należało złożyć wraz z ofertą zezwolenie na przetwarzanie odpadów wydane na podstawie art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2013 r. poz. 21) lub oświadczenie o zawarciu umów z podmiotami posiadającymi

odpowiednie instalacje i zezwolenia na przetwarzanie odpadów, w zakresie rodzajów odpadów określonych w pkt 9.1.1) lit. b) SIWZ (pkt 9.1.3.3. SIWZ).

Ustalono również, że wykonawca ZUK nie złożył wraz z ofertą zezwolenia na przetwarzania odpadów. Do oferty załączył umowę z 25 czerwca 2013 r. na przyjmowanie odpadów nr 9/R/2013, jaką zawarł z MPK sp. z o.o. w Ostrołęce. Przedmiotem tej umowy było przyjmowanie przez MPK sp. z o.o. od wykonawcy ZUK odpadów o kodach 20.03.01, 20.02.01, 19.12.12, na zagospodarowanie których MPK sp. z o.o. posiada stosowne decyzje administracyjne.

3 czerwca 2014 r. zamawiający wybrał ofertę wykonawcy ZUK jako najkorzystniejszą w zakresie części III zamówienia.

13 czerwca 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1220/14. W odwołaniu tym zarzucił zamawiającemu m.in. zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy ZUK z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.1.1. c SIWZ.

23 czerwca 2014 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części III.

W tym samym dniu, zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę ZUK m.in. do uzupełnienia zezwolenia na przetwarzanie odpadów wydanego na podstawie art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21) lub oświadczenia o zawarciu umów z podmiotami posiadającymi odpowiednie instalacje i zezwolenia na przetwarzanie odpadów, w zakresie rodzajów odpadów określonych w pkt 9.1.1) lit. b) SIWZ. Wskazał, że załączona do oferty umowa z dnia 25 czerwca 2013 r. na przyjmowanie odpadów celem ich zagospodarowania zawarta z MPK sp. z o.o. w Ostrołęce nie spełnia warunku opisanego w pkt 9.1.1. c SIWZ, gdyż nie obejmuje kodów wszystkich odpadów wymienionych w pkt 9 ust. 1 ppkt 1 lit. b SIWZ.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, wykonawca ZUK złożył pismo z dnia 23 czerwca 2014 r., w którym wskazał, że składa oświadczenie PGK Zambrów o zapewnieniu podpisania umowy na odbiór odpadów obejmujących kody wymienione w pkt 9 ust. 1 ppkt 1 lit. b SIWZ. Wskazał, że oświadczenie to jasno gwarantuje podpisanie umowy w przypadku wygrania przetargu. Do swego pisma wykonawca ZUK załączył oświadczenie PGK sp. z o.o. w Zambrowie z 15 maja 2014 r., zgodnie z którym oświadcza on, że w przypadku wygrania przez wykonawcę ZUK na „odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Ostrołęki" zapewnia podpisanie umowy na odbiór niżej wymienionych odpadów w celu ich przetworzenia. Wskazano również kody wszystkich brakujących odpadów, o których mowa w pkt 9.1.1. b SIWZ.

W dniu 27 czerwca 2014 r., zamawiający ponownie wybrał ofertę wykonawcy ZUK jako najkorzystniejszą w części III.

Na posiedzeniu Izby w dniu 2 lipca 2014 r. odwołujący cofnął odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 1220/14. Na skutek powyższego Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 1220/14 umorzyła postępowanie odwoławcze.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Wykonawca ZUK nie złożył wraz z ofertą zezwolenia na przetwarzanie odpadów i skorzystał z alternatywnej możliwości wykazania warunku opisanego w pkt 9.1.1. c. Zamawiający tę możliwość opisał jako wymóg złożenia „oświadczenia o zawarciu umów z podmiotami posiadającymi odpowiednie instalacje i zezwolenia na przetwarzanie odpadów".

Według Izby złożona wraz z ofertą przez wykonawcę ZUK umowa łącząca go z MPK sp. z o.o. w Ostrołęce dotyczącą odbioru odpadów o niektórych kodach konsumowała wymóg złożenia „oświadczenia o zawarciu umów". Skoro zamawiającego satysfakcjonowało „oświadczenie o zawarciu umów", to tym bardziej o wypełnieniu wymogu złożenia takiego

oświadczenia świadczyła już zawarta umowa.

Dostrzeżenia wymagało jednak, że przedmiotem umowy nie było przetwarzanie wszystkich rodzajów odpadów wymienionych w pkt 9.1.1. b SIWZ. W tej sytuacji zamawiający zasadnie wezwał w dniu 23 czerwca 2014 r. wykonawcę ZUK do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, z których wynikałoby spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 9.1.1. c SIWZ. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, *zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, 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.* Izba stwierdziła, że nie zachodzi żaden z wyjątków od opisanej zasady wzywania. Nie było sporne, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie podlegało unieważnieniu. Zarzuty odwołującego dotyczące zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy ZUK podlegały zaś oddaleniu jako spóźnione, o czym mowa w dalszej części wyroku.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, który wywodził, że zamawiający nie mógł wezwać wykonawcy ZUK do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż ten „wykazał niespełnienie warunku" poprzez złożenie umowy z MPK sp. z o.o. nie obejmującej wszystkich rodzajów odpadów. W orzecznictwie i piśmiennictwie dotyczącym przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dominuje, prezentowany również przez skład orzekający Izby w niniejszej sprawie, pogląd, że sytuacja „niezłożenia" dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w

postępowaniu zachodzi również w przypadku, w którym złożony dokument nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe pogląd wywodzi się z wnioskowania a maiori ad minus. Jeżeli w świetle przywoływanego przepisu dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów, które nie zostały złożone w ogóle (nawet wszystkich dokumentów), to tym bardziej możliwe jest i konieczne uzupełnianie dokumentów zawierających mniej doniosłe błędy czy braki. Tym samym sytuacja, w której dokument który został złożony nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu jest równoważna z brakiem złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1724/09; KIO/UZO 1731/09, wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 463/10, wyrok KIO z dnia 9 listopada 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1495/09).

W wykonaniu wezwania zamawiającego z 23 czerwca 2014 r. wykonawca ZUK złożył zobowiązanie PGK sp. z o.o. w Zambrowie dotyczące podpisania z wykonawcą ZUK umowy na przetwarzanie odpadów na wypadek wygrania przez niego przetargu. Zobowiązanie to obejmowało odbiór wszystkich rodzajów odpadów, o których mowa w pkt 9.1.1. b SIWZ.

W ocenie Izby, złożenie ww. zobowiązania świadczyło o wypełnieniu obowiązku złożenia „oświadczenia o zawarciu umów z podmiotami posiadającymi odpowiednie instalacje i zezwolenia na przetwarzanie odpadów, w zakresie rodzajów odpadów określonych w pkt 9.1.1) lit. b) SIWZ".

Zdaniem Izby, interpretacja spornego postanowienia pkt 9.1.1. c SIWZ, jaką przedstawił odwołujący, nie była jedyną możliwą. Odwołujący wywiódł w odwołaniu, że myśl powołanego postanowienia wykonawca powinien dysponować podpisaną umową na przetwarzanie odpadów już w momencie ofertowania. Argumentował ponadto, że oświadczenie, o którym mowa w analizowanym postanowieniu, powinno pochodzić od wykonawcy, a nie od podmiotu, z którym miała być zawarta umowa.

Izba przy dokonywaniu wykładni spornego postanowienia wzięła pod uwagę, że zamawiający posłużył się sformułowaniem „oświadczenie o zawarciu umów", bliżej nie precyzując jego treści. Literalna wykładnia nie wyklucza, aby pod pojęciem „oświadczenia o zawarciu umów" rozumieć również oświadczenie o zawarciu umów w przyszłości. Za taką interpretacją przemawiała również treść pkt 32 SIWZ. W myśl tego postanowienia wykonawca obowiązany był złożyć zamawiającemu umowy na przetwarzanie odpadów z podmiotami prowadzącymi instalacje do przetwarzania odpadów, jednak dopiero „przed podpisaniem umowy" w sprawie zamówienia publicznego. Skoro zatem w innym miejscu tej samej SIWZ wymagano złożenia omawianych umów dopiero na etapie podpisania umowy w

sprawie zamówienia publicznego, to przeczyłoby to obowiązkowi posiadania takich umów już na etapie ofertowania. Wzięto pod uwagę również fakt, że w rozdziale SIWZ poświęconym

sprecyzowaniu dokumentów, jakie wykonawcy mają złożyć zamawiającemu celem wykazania warunku, nie nałożono obowiązku przedstawienia wraz z ofertą kopii zawartych umów, co wprost wskazywałoby na konieczność ich posiadania już na etapie ofertowania. Izba wzięła ponadto pod uwagę przyjmowaną jednolicie w orzecznictwie zasadę, iż wszelkie ewentualne wątpliwości co do treści SIWZ muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Literalna wykładnia nie wykluczała również możliwości złożenia oświadczenia pochodzącego od podmiotu, z którym miała zostać zawarta umowa na przetwarzanie odpadów. Zamawiający nie posłużył się bowiem określeniem „oświadczenie wykonawcy", lecz „oświadczenie".

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący nie zdołał wykazać, iż PGK sp. z o.o. w Zambrowie (podmiot, który zobowiązał się do zawarcia z wykonawcą ZUK umowy na przetwarzanie odpadów) nie ma prawa do przetwarzania wszystkich rodzajów odpadów, wskazanych w zobowiązaniu. W ocenie Izby wiarygodnym dowodem, na podstawie którego można byłoby wnioskować o uprawnieniach PGK Zambrów mogły być decyzje administracyjne z zakresu gospodarki odpadami uzyskane przez ten podmiot (np. zezwolenie na przetwarzanie odpadów, o którym mowa w art. 41 ustawy o odpadach). Dowodów takich Izbie nie przedstawiono.

Odwołujący w odwołaniu powołał się na cennik usług i regulamin świadczenia usług zamieszczone na stronach internetowych tej firmy. Z faktu, iż w cenniku brakowało cen jednostkowych wszystkich rodzajów odpadów, o których mowa w zobowiązaniu, odwołujący wywodził że PGK sp. z o.o. nie posiada uprawnień do przetwarzania tych odpadów. Zdaniem Izby, nieujęcie w cenniku cen jednostkowych odbioru odpadów o niektórych kodach mogło być również wynikiem innych okoliczności. Przykładowo brak taki mógł być konsekwencją tego, że podmiot standardowo nie odbiera tego rodzaju odpadów albo tego rodzaju odpady nie są odbieranie w ramach wykonywania przez PGK zadań własnych gminy Zambrów. Nie można również wykluczyć szeregu innych, bardziej prozaicznych okoliczności, np. zamieszczenia na stronie internetowej nieaktualnych cenników.

Za interpretacją odwołującego nie przemawiała również treść zamieszczonego na stronie internetowej PGK Zambrów regulaminu wykonywania przez PGK sp. z o.o. w Zambrowie zadań publicznych nałożonych przez gminę Zambrów. Odwołujący w oparciu o treść tego regulaminu wywodził, że podmiot ten może odbierać odpady wyłącznie z określonej lokalizacji. Uszło uwadze odwołującego, że regulamin ten precyzował sposób świadczenia usług publicznych nałożonych na PGK Zambrów na mocy uchwały Rady Gminy Zambrów nr 107/XXIII/08 z 30 września 2008 r. Z kolei uchwała ta odnosiła się do świadczenia usług z zakresu zadań własnych gminy Zambrów i zadań powierzonych tej gminie na podstawie porozumienia międzygminnego. W ocenie Izby zakres przedmiotowy

obu aktów odnosił się wyraźnie do świadczenia przez PGK jedynie usług o charakterze publicznym. Nie można zatem wykluczyć, że świadczenie usług niemających takiego charakteru może być świadczone na innych zasadach, aniżeli określone w regulaminie. Wzięto pod uwagę również to, że informacje znajdujące się na stronach internetowych mogą nie być rzetelnym źródłem informacji. Interpretacji odwołującego przeczyło również oświadczenie Prezesa PGK sp. z o.o., który w sposób wyraźny zobowiązał się do zawarcia z umów dotyczących przetwarzania odpadów o jednoznacznie wskazanych kodach.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę Izba uznała, że odwołujący nie zdołał wykazać, aby PGK Zambrów sp. z o.o. nie posiadał odpowiednich instalacji i zezwoleń na przetwarzanie odpadów, w zakresie wszystkich rodzajów odpadów określonych w pkt 9 ust. 1.1. lit b SIWZ.

2. **Zarzuty dotyczące oceny przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów, składanych przez wykonawcę ZUK celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 9.1.2 SIWZ**

Ustalono, że zamawiający, stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp opisał w pkt 9.1.1. lit. c SIWZ ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się tacy wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie, wykonali lub wykonują, usługi odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości o masie łącznej odebranych odpadów komunalnych co najmniej 2300 Mg – w przypadku ubiegania się o część III zamówienia, odebranych w ciągu następujących po sobie 7 miesięcy.

Zgodnie z pkt 9.1.3 ppkt 5, zmodyfikowanym w dniu 24 kwietnia 2014 r., celem potwierdzenia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu, należało złożyć wraz z ofertą *wykaz głównych usług wykonanych lub wykonywanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem przedmiotu wykonanej usługi i dat wykonania oraz masy odebranych odpadów komunalnych z nieruchomości w okresie 7 miesięcy, wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do niniejszej SIWZ. Do wykazu należy załączyć dowody potwierdzające, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Dowodami tymi są:*

1) poświadczenie, z tym że w odniesieniu do nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
2) w przypadku, gdy z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w pkt. 1 – oświadczenie wykonawcy, np. sprawozdanie M-09 o wywozie i unieszkodliwianiu odpadów, sprawozdanie G-06 potwierdzające obrót surowcami wtórnymi.

Termin składania ofert upłynął 19 maja 2014 r.

Ustalono również, że wykonawca ZUK złożył wraz z ofertą wykaz usług, w którym powołał się na swe doświadczenie w wykonaniu usługi polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, w okresie od maja 2011 r. do listopada 2011 r., w ilości 2350,72 Mg. Do wykazu załączono oświadczenie własne wykonawcy ZUK zgodnie z którym wskazuje on, iż wykonane od kwietnia 2011 r. do października 2011 r. usługi odbioru odpadów komunalnych w ilości 2350,72 Mg na rzecz mieszkańców miasta Ostrołęki, gmin: Baranowo, Olszewo Borki, Lelis, Kadzidło, Rzekuń, Młynarze, Goworowo, Łyse zostały wykonane należycie.

3 czerwca 2014 r. zamawiający wybrał ofertę wykonawcy ZUK jako najkorzystniejszą w zakresie części III zamówienia.

13 czerwca 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1220/14. W odwołaniu tym zarzucił zamawiającemu m.in. zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy ZUK z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.1.2 SIWZ.

23 czerwca 2014 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części III.

W tym samym dniu, zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę ZUK m.in. do uzupełnienia wykazu głównych usług wykonanych lub wykonywanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem przedmiotu wykonanej usługi i dat wykonania oraz masy odebranych odpadów komunalnych z nieruchomości w okresie 7 miesięcy, wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W wezwaniu zamawiający wskazał, że w złożonym wykazie dostaw wskazano wykonanie usług od maja do listopada 2011r. Biorąc pod uwagę przypadający na 19 maja 2014 r. termin składania ofert, usługi wskazane w wykazie realizowane były wcześniej niż 3 lata przed upływem terminu składania ofert. Jednocześnie

zamawiający wskazał, że poświadczenie można zastąpić oświadczeniem wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać odpowiedniego poświadczenia. Przy czym wykonawca powinien wykazać, że takie uzasadnione przyczyny o obiektywnym charakterze wystąpiły.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, wykonawca ZUK złożył pismo z dnia 23 czerwca 2014 r., w którym wyjaśnił, że w związku z tym, iż data składania ofert była przekładana z 29 kwietnia 2014 r. na 19 maja 2014 r. dopuścił się w oświadczeniu o należytym wykonaniu usług pomyłki dotyczącej daty wykonania usług. Zamiast kwiecień 2011 r. – październik 2011 r. winno być maj 2011 – listopad 2011. Wyjaśniał, że termin składania ofert determinuje wymagany w SIWZ okres 36 miesięcy przed upływem terminu składania ofert na: maj 2011 – kwiecień 2014 r. Maj 2014 roku nie może być zaliczony na poczet tego okresu, gdyż rozliczenie każdego miesiąca następuje po jego zakończeniu. Poinformował także, że w okresie tym obsługiwał ponad 1900 kontrahentów, tak więc uzyskanie poświadczeń od każdego z nich wiązało się ze znacznymi trudnościami organizacyjnymi. W związku z tym dodatkowo do pisma załączył sprawozdanie M-09 za 2011 r. Złożył również karty przekazania odpadów na składowisko na okres 7 miesięcy od maja 2011 r. do listopada 2011 r. na masę 2250,80 Mg oraz karty wyselekcjonowanych odpadów na masę 254,82 Mg.

W dniu 27 czerwca 2014 r., zamawiający ponownie wybrał ofertę wykonawcy ZUK jako najkorzystniejszą w części III.

Na posiedzeniu Izby w dniu 2 lipca 2014 r. odwołujący cofnął odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 1220/14. Na skutek powyższego Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 1220/14 umorzyła postępowanie odwoławcze.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Jak wynikało z ustalonego w sprawie stanu faktycznego, w dokumentach złożonych wraz z ofertą przez wykonawcę ZUK niewątpliwie wystąpiła rozbieżność co do wykazywanego okresu świadczenia usługi odbioru odpadów. W wykazie usług był to okres maj 2011 r. – listopad 2011 r., zaś w oświadczeniu własnym wykonawcy, złożonym celem udowodnienia faktu należytego wykonania tych usług, wskazano na okres kwiecień 2011 r. – październik 2011 r. Zatem zamawiający zasadnie wezwał wykonawcę ZUK, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.1.2. SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca ZUK wyjaśnił, że omyłkowo w oświadczeniu własnym podał okres kwiecień 2011 r. – październik 2011 r., co było wynikiem przedłużenia terminu składania ofert. Zdaniem Izby, argumentacja wykonawcy ZUK jest

przekonująca. Sporządzając oświadczenie własne zakładał, że według pierwotnego terminu składania ofert przypadającego w kwietniu 2014 r., 36 miesięczny okres, w jakim należało wykazać 7 miesięcy świadczenia usługi odbioru odpadów, rozpoczynał się w kwietniu 2011 r.

W ocenie Izby niezasadną była argumentacja odwołującego, który wywiódł, że zamawiający nie powinien brać pod uwagę wyjaśnień wykonawcy ZUK złożonych w piśmie z dnia 23 czerwca 2014 r. Uważał, że skoro wezwanie zamawiającego kierowane było w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i dotyczyło uzupełnienia dokumentów, to zamawiający nie powinien brać pod uwagę wyjaśnień wykonawcy. Wbrew stanowisku odwołującego, wyjaśnienia wykonawcy niewątpliwie nie zostały złożone samodzielnie. Jak wynikało wprost z treści pisma, wyjaśnienia zostały zainicjowane wezwaniem zamawiającego i podlegały badaniu i ocenie przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę miesięczny cykl rozliczania umów na odbiór odpadów, wskazany przez wykonawcę ZUS okres maj 2011 r. – listopad 2011 r., odpowiada treści warunku i mieści się w czasie 3 lat przypadających przed upływem terminu składania ofert. Jak wynikało z opisu warunku, zamawiającego interesowało, aby to „odbiór" odpadów dokonany był w ciągu 7 następujących po sobie miesiącach, przypadających we wskazanym 3 letnim okresie przed upływem terminu składania ofert. Dla omawianych usług charakterystyczne jest to, że rozliczenie odebranych odpadów następuje z końcem miesiąca. Biorąc powyższe pod uwagę, pierwszym miesiącem przypadającym przed upływem terminu składania ofert był kwiecień 2014 r., zaś trzydziestym szóstym – maj 2011 r. Stąd też okres doświadczenia w realizacji usługi odbioru odpadów, wskazany przez wykonawcę ZUK w wykazie, był

prawidłowy i odpowiadał treści warunku.

Niezasadna jest argumentacja odwołującego, który wywodził, że wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż „nie zastosował się do treści wezwania zamawiającego". Uszło uwadze odwołującego, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp następuje w razie niewykazania warunku udziału w postępowaniu, a nie w razie „niezastosowania się do treści wezwania kierowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp". Formułując zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należy zatem wykazać, który element warunku udziału w postępowaniu nie został wykazany.

Wbrew stanowisku odwołującego, wykonawca ZUK w piśmie z dnia 23 czerwca 2014 r. podał uzasadnione przyczyny o obiektywnym charakterze, które uniemożliwiają mu uzyskanie od jego kontrahentów poświadczeń należytego wykonania usług w zakresie odbioru odpadów komunalnych. Wykonawca ZUK wykazywał doświadczenie w wykonywaniu usług odbioru odpadów komunalnych na terenie kilku gmin od ponad 1900 kontrahentów indywidualnych. W ocenie Izby uzyskanie poświadczenia od każdego z nich wiązać musiałoby się ze znacznymi trudnościami natury techniczno – organizacyjnej i uprawniało

---

wykonawcę do poprzestania na oświadczeniu własnym. Tym samym należało uznać, że wykonawca ZUK wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w sposób określony w SIWZ. Zdaniem Izby, nie musiał składać jakichkolwiek poświadczeń, w tym również wystawionych przez gminy, na terenie których realizował kontrakty indywidualne. Złożenie takich poświadczeń wystawionych przez kilka gmin, a niezłożenie ich w odniesieniu do trzech z nich, nie ma jakiegokolwiek znaczenia. Na marginesie jedynie należało wskazać, że z formalnego punktu widzenia żadna z gmin nie była kontrahentem wykonawcy ZUK, gdyż byli nimi klienci indywidualni mieszkający na ich terenie.

Wbrew stanowisku odwołującego, odwołujący wykazał w sposób zgody z SIWZ ilość odebranych odpadów na poziomie 2350,72 Mg, o czym świadczyła treść wykazu usług załączonego do oferty. Nieprawidłowym było stanowisko odwołującego, jakoby wykonawca ZUK miał obowiązek wykazania ilości odebranych przez siebie odpadów w oparciu o sprawozdania, czy karty przekazania odpadów. Jak wynikało z pkt 9.1.3.5 SIWZ zamawiający jako dowód należytego wykonania usług wymienił oświadczenie własne, a jedynie jako przykład takiego oświadczenia wskazał na sprawozdanie M-09. Oświadczenia, którym mowa w tym postanowieniu, miały dowodzić jedynie tego, że usługi odbioru odpadów zostały wykonane należycie. W szczególności oświadczeniami tymi wykonawca nie miał obowiązku wykazania ilości odebranych odpadów. Jak wynika z utrwalonego, jednolitego orzecznictwa Izby, referencje, poświadczenia czy inne dokumenty składane na potwierdzenie faktu należytego wykonania usług mają służyć tylko i wyłącznie wykazaniu tego faktu. Doprecyzowanie cech usługi istotnych z punktu widzenia warunku jest rolą wykazu składanego przez wykonawcę. Powyższe stanowisko bierze się stąd, że referencje (poświadczenia) nie są przygotowywane wyłącznie na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zaś w postępowaniach zamawiający formułują rozmaite warunki, w których za istotne uznają odmienne cechy usług. Niezasadnym byłoby oczekiwanie, że dokument referencyjny czy poświadczenia będą dokładnie odzwierciedlały treść warunku.

Biorąc powyższe pod uwagę, niezasadne było oczekiwanie odwołującego, aby wykonawca ZUK złożył sprawdzania czy karty przekazania odpadów, z których w sposób jednoznaczny wynikałaby ilość odpadów w wymaganym przez zamawiającego okresie.

Okoliczność, iż na niektórych kartach przekazania odpadów uwidoczniono częściowo odpady o kodzie 19 12 12, czyli odpady pochodzące z mechanicznej obróbki, nie dowodziła, że nie są to odpady komunalne. Powyższe przyznał w odwołaniu sam odwołujący wskazując, że odpady o takich kodach mogą powstawać z odpadów komunalnych, choć nie muszą.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się w ustalonym przez nią stanie faktycznym sprawy.

---

3. Zarzut naruszenia art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Niezasadnym okazał się zarzut naruszenia art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie

z powołanym przepisem, zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 10 dni od przesłania zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, jeżeli zawiadomienie zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba wzięła pod uwagę, że powołany przepis dotyczy terminu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, czyli takiej umowy, która jest zwieńczeniem postępowania, jakie prowadzi zamawiający. Przepis ten nie dotyczy innych umów, choćby łączyły się one z przedmiotem zamówienia. W szczególności umową w sprawie zamówienia publicznego, o której mowa w tym przepisie, nie jest umowa przejściowa podpisana przez zamawiającego na okres 1 miesiąca, mająca zabezpieczać jego potrzeby z zakresu odbioru odpadów, do czasu podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Nie było sporne, że zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający przesłał odwołującemu w dniu 27 czerwca 2014 r. faksem, tj. w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający zaprzeczył, jakoby zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. Podnosząc zarzut naruszenia art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odwołujący obowiązany był zatem wykazać, że zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego przed 8 lipca 2014 r. Sporna okoliczność faktyczna nie została przez odwołującego wykazana. Nie świadczył o zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego wydrukowany ze strony internetowej zamawiającego harmonogram odbioru odpadów w miesiącu lipcu. Z harmonogramu tego wynikało, że odpady w sektorze III w tym miesiącu odbierał będzie wykonawca ZUK. Fakt odbierania przez niego odpadów w miesiącu lipcu, nie oznacza jeszcze że odbywać się to będzie na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego, jaka została zawarta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wniesiono odwołanie. Odbiór odpadów mógł być wynikiem podpisania przez zamawiającego umowy na odbiór odpadów w okresie przejściowym, tj. do czasu udzielania zamówienia publicznego w wyniku przetargu.

4. Pozostałe zarzuty

Pozostałe zarzuty przedstawione w odwołaniu podlegały oddaleniu, jako spóźnione.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Ponieważ jednak Izba nie ma możliwości wydania orzeczenia częściowego, w tym przypadku postanowienia o odrzuceniu odwołania w części,

w orzecznictwie Izby ukształtował się jednolicie prezentowany pogląd, że zarzuty spóźnione podlegają oddaleniu bez merytorycznego ich rozpoznawania.

Zgodnie ze znajdującym zastosowanie w sprawie art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Termin na wniesienie odwołania jest terminem zawitym, po którego upływie prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej wygasa i nie podlega przywróceniu.

Zdaniem Izby, wszystkie okoliczności faktyczne, które umożliwiały odwołującemu sformułowanie pozostałych zarzutów były odwołującemu znane już w dniu 4 czerwca 2014 r., tj. w dniu kiedy zamawiający przesłał mu informację o pierwszym wyborze oferty wykonawcy ZUK jako najkorzystniejszej. Na powyższe wskazuje choćby fakt, że odwołujący skorzystał z prawa do wniesienia w dniu 13 czerwca 2014 r. odwołania, w których sformułował identyczne zarzuty, jak w odwołaniu obecnie rozpoznawanym przez Izbę. Odwołujący wniósł odwołanie z 13 czerwca 2014 r. w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jednakże odwołanie to cofnął w dniu 2 lipca 2014 r. na posiedzeniu Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1220/14. Powielenie tych zarzutów w odwołaniu z 3 lipca 2014 r. należało uznać za spóźnione.

Niewątpliwa okoliczność, że zamawiający po wniesieniu pierwszego odwołania unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, po czym wezwał wykonawcę ZUK do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie dwóch warunków udziału w postępowaniu i w efekcie ponownie wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą, nie obligowała odwołującego od rezygnacji z popierania wniesionego przez siebie pierwszego odwołania z 13 czerwca 2014 r.

Dostrzeżenia wymaga fakt, że po wezwaniu wykonawcy ZUK do uzupełnienia dokumentów, zamawiający ponownie wybrał ofertę wykonawcy ZUK jako najkorzystniejszą. Powyższe fakty znane były odwołującemu w momencie cofnięcia odwołania w dniu 2 lipca 2014 r. W dniu 27 czerwca 2014 r. otrzymał bowiem od zamawiającego informację o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej. Stanowisko zamawiającego oznaczało, że w dalszym ciągu istniał pomiędzy nim a odwołującym spór, który wynikał z zarzutów przedstawionych w pierwszym odwołaniu. Przedmiotem pierwszego odwołania było zaniechanie przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy ZUK w powodu niewykazania trzech warunków udziału w postępowaniu a także zaniechanie czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy. Skoro zamawiający powtórnie wybrał ofertę wykonawcy ZUK jako najkorzystniejszą, zatem nie zgadzał się z zarzutem zaniechania odrzucenia oferty i zaniechania wykluczenia go z postępowania. Zatem zarzucany stan zaniechania czynności wykluczenia i zaniechania czynności odrzucenia oferty dalej istniał.

26

Fakt powtarzania pewnych czynności przez zamawiającego jest tu bez znaczenia - okoliczności stanowiące o podstawach ewentualnego wykluczenia i odrzucenia w niniejszym postępowaniu pozostały niezmienione, a informację o ich wystąpieniu odwołujący uzyskał już przy pierwszym wyborze. Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia nowego odwołania w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jedynie wobec nowych czynności, jakich zamawiający dokonał po pierwszym wyborze oferty najkorzystniejszej i te zarzuty podlegały rozpoznaniu w analizowanej sprawie. Powyższe nie zmienia jednak faktu, że w poprzedniej sprawie podlegały wszystkie inne zarzuty.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego, że poprzednie odwołanie musiał cofnąć, gdyż niezależnie od zasadności podniesionych zarzutów musiałoby być ono oddalone. Stanowisko odwołującego nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp. W myśl art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględnienie odwołania następuje, jeżeli Izba stwierdzi takie naruszenie przepisów ustawy, które ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. W razie stwierdzenia przez Izbę w poprzedniej sprawie, że zamawiający rzeczywiście zaniechał czynności odrzucenia oferty wykonawcy ZUK, względnie zaniechał wykluczenia go z postępowania, nakazałaby zamawiającemu wykonanie takich czynności na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga również to, że w myśl art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, Izba przy wyrokowaniu bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Z mocy tego przepisu przy wyrokowaniu Izba oceniłaby, czy naruszenia ustawy Pzp istnieją jeszcze w chwili wyrokowania, biorąc pod uwagę stan rzeczy istniejący na ten dzień.

Mając na uwadze powyższe rozważania Izba w analizowanej sprawie uznała, że zarzuty, które zostały przez odwołującego uprzednio cofnięte i powtórzone obecnie, mogły i powinny być rozpatrywane w poprzednim postępowaniu odwoławczym. Cofnięcie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1220/14 oznacza, że przywołanie zarzutów z cofniętego odwołania w identycznej treści w rozpoznawanym odwołaniu należy uznać za działanie spóźnione, co skutkowało oddaleniem odwołania w tej części.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

27

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości

3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: ……..…

Członkowie: ……...

……...