

WYROK
z dnia 15 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2012 r. przez **Odwołującego - Romana Elminowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ECO - SERWS Roman Elminowski, Plac Zjednoczenia 4, 72-320 Trzebiatów** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Narutowicza 17B, 70-240 Szczecin**,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części II, V i VI zamówienia, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego w zakresie części II oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części II, V i VI, w zakresie wskazanym w uzasadnieniu,
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego - Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Narutowicza 17B, 70-240 Szczecin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Romana Elminowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ECO - SERWS Roman Elminowski, Plac Zjednoczenia 4, 72-320 Trzebiatów**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zamawiającego - Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Narutowicza 17B, 70-240 Szczecin** na rzecz **Odwołującego - Romana Elminowskiego**

1

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ECO - SERWS Roman Elminowski, Plac Zjednoczenia 4, 72-320 Trzebiatów, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Narutowicza 17B, 70-240 Szczecin (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na usługi polegające na odbiorze odpadów komunalnych stałych (segregowanych i niesegregowanych) oraz opróżnianiu zbiorników bezodpływowych i transport nieczystości

ciekłych z jednostek, instytucji i obiektów wojskowych zlokalizowanych na terenie działania RZI Szczecin. Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę wyższą niż wyrażona w złotych równoważność kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp (zamówienie podzielone na części). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 lutego 2012 r. nr 2012/S 38-061634.

W dniu 30 kwietnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Roman Elminowski prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą ECO-SERWIS Roman Elminowski, Plac Zjednoczenia 4, 72-320 Trzebiatów (dalej "Odwołujący") od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części II, V i VI.

Odwołujący zarzucał:

1. w zakresie części II: WAK Dziwnów - dokonanie czynności niezgodnej z przepisami ustawy Pzp, polegającej na wykluczeniu wykonawcy, a w konsekwencji na odrzuceniu oferty Odwołującego.
2. w części V: WAK Mrzeżyno oraz w części VI: WAK Trzebiatów - zaniechanie czynności poprzez niewykluczenie wykonawcy Krzysztof Grabowiecki prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki, ul. Niekładzka 4,4a, 72-300 Gryfice (dalej "Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki"), pomimo podstaw do jego wykluczenia, a co za tym idzie odrzucenia oferty.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

3

-
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez wykluczenie, a w konsekwencji odrzucenie na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp Odwołującego pomimo braku podstaw prawnych,
 - 3) art. 22 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór w części V i VI oferty wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki, który nie przedstawił w ofercie wymaganego aktualnego zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych zgodnego z obowiązującymi w tej mierze przepisami prawa oraz nie wykazał dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, tj. odpowiedniej ilości samochodów do wykonania zamówienia zgodnie z ilością zadań, na które złożył ofertę,
 - 4) art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp - Zamawiający nie odrzucił oferty złożonej przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:

- 1) uznanie odwołania w całości,
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego w zakresie części II: WAK Dziwnów.
- 3) powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert w zakresie części II: WAK Dziwnów.
- 4) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części V: WAK Mrzeżyno i VI: WAK Trzebiatów.
- 5) powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykluczenie i odrzucenie oferty nr 5 złożonej przez wykonawcę Firma Handlowo-Usługowa w zakresie części V: WAK Mrzeżyno i VI: WAK Trzebiatów.
- 6) powtórzenie oceny ofert niepodlegających odrzuceniu w zakresie części V: WAK Mrzeżyno i VI: WAK Trzebiatów.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień określonych w ustawie Pzp, do których przestrzegania był zobowiązany, naraził on na uszczerbek interes prawny Odwołującego ubiegającego się o udzielenie niniejszego zamówienia poprzez:

1. dokonanie czynności niezgodnej z przepisami ustawy Pzp, polegającej na wykluczeniu wykonawcy, a w konsekwencji na odrzuceniu oferty Odwołującego (w zakresie części II: WAK Dziwnów).

2. zaniechanie czynności poprzez niewykluczenie wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki, pomimo podstaw do jego wykluczenia, a co za tym idzie odrzucenia oferty (w części V: WAK Mrzeżyno oraz w części VI: WAK Trzebiatów).

Wobec powyższego stwierdzić należy, że gdyby Zamawiający dokonał czynności zgodnie z przepisami ustawy Pzp, Odwołujący nie zostałby wykluczony, a jego oferta nie

4

zostałaby odrzucona w części II, a w części V i VI wykluczony zostałby wykonawca, który nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, a oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza. Tym samym uznać należy, że interes prawny Odwołującego we wniesieniu odwołania jest bezsporny.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 27 kwietnia 2012 roku z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołanie zostało wniesione w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu w zakresie Części II przedmiotu zamówienia - WAK Dziwnów Odwołujący podnosił, co następuje.

W dniu 19 kwietnia 2012 r. Odwołujący otrzymał faksem zawiadomienie o wykluczeniu i odrzuceniu jego oferty dla części II przedmiotu zamówienia. Za podstawę wykluczenia Odwołującego Zamawiający podał naruszenie postanowień art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, co w następstwie na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp spowodowało odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie części II zamówienia. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający powołał się na zapis w części VII SIWZ ust. 2 pkt 7 tj. Wykonawcy w składanych ofertach powinni załączyć decyzję organów administracji terenowej uprawniającą do transportu odpadów komunalnych objętych zamówieniem, o której mowa w przepisach ustawy o odpadach z dnia 27.04.2001 r. (Dz.U.2010, nr 185, poz. 1243) oraz zezwoleń: do odbioru odpadów komunalnych oraz do opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych, o których mowa w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z 13.9.1996 r. z późn. zmianami (Dz. U. 1996, Nr 132, poz. 622) lub wpis(y) do działalności regulowanej, o których mowa w art. 9c ust. 1 ustawy z dnia 01.07.2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2011, Nr 152, poz. 897) wydane przez gminy, na terenie których realizowane będzie zamówienie (dalej odpowiednio „ustawa o odpadach”, „ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach”, „ustawa z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach”). W dniu 13 kwietnia 2012 r. pismem nr 2188/12 Zamawiający zażądał od Odwołującego uzupełnienia dokumentów, natomiast do 17 kwietnia 2012 r. Odwołujący nie przedstawił decyzji Burmistrza Gminy Dziwnów na odbiór odpadu o kodzie 17 01 07 i na tejże podstawie Zamawiający dokonał wykluczenia a następnie odrzucenia oferty Odwołującego w Części II - WAK Dziwnów.

Odwołujący podnosił, iż w pierwszej kolejności wskazać należy, że, ogłaszając przetarg, Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu w Sekcji III.2.1. wskazał, że w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzenia

5

niepodleganiu wykluczeniu, należy wraz z ofertą przedłożyć: „(...) 6) Decyzję organów administracji terenowej uprawniającą do transportu odpadów komunalnych objętych zamówieniem, o której mowa w przepisach ustawy o odpadach z dnia 27.4.2001 r. (Dz.U.2010 nr 185 poz. 1243) oraz zezwoleń: do odbioru odpadów komunalnych oraz do opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych, o których mowa w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z 13.9.1996 r. z późn. zmianami (Dz.U.1996, nr 132 poz. 622) lub wpis(y) do działalności regulowanej, o których mowa w art. 9c ust. 1 ustawy z dnia 01.07.2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2011, Nr 152, poz. 897) wydane przez gminy, na terenie których realizowane będzie zamówienie". W części VII SIWZ ust. 2 pkt 7 Zamawiający żądał przedstawienia takiego dokumentu. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w dniu 24 lutego 2012 r. Termin składania

ofert wyznaczony został na dzień 5 kwietnia 2012 r. W dniu 23 marca 2012 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej wyjaśnienia treści SIWZ, gdzie w części III (opis przedmiotu zamówienia) pkt 1 określił kody i nazwy odpadów. I tak dla gruzu, który występuje także w części II zamówienia określił kod 17 01 07. Podnieść należy, że Zamawiający nie zmienił wymagań dotyczących przedstawienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie zostały one zmodyfikowane ani w treści SIWZ ani w treści ogłoszenia. Tym samym oferenci zobowiązani byli do przedstawienia dokumentów wymienionych w Sekcji III.2.1. ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący jako potwierdzenie spełniania warunku określonego w Sekcji III.2.1 pkt 6 Ogłoszenia o zamówieniu oraz części VII SIWZ w ofercie przedstawił:

1. decyzję Burmistrza Dziwnowa z dnia 7 marca 2006 r. o wydaniu zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie gminy Dziwnów wydaną na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.
2. decyzję Burmistrza Dziwnowa z dnia 03 czerwca 2008 r. zmieniającą Decyzję z dnia 7 marca 2006 r.

Pismem z dnia 13 kwietnia 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, w tym m.in. zezwolenia na odbiór odpadów o kodzie 17 01 07 oraz decyzji na transport odpadów o kodzie 17 01 07.

W dniu 17 kwietnia 2012 r. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów poinformował Zamawiającego, że przedmiotem zamówienia w części II jest usługa polegająca na odbiorze odpadów komunalnych stałych (segregowanych i niesegregowanych) oraz opróżnianiu zbiorników bezodpływowych i transport nieczystości ciekłych z jednostek, instytucji i obiektów wojskowych zlokalizowanych na terenie działania RZL

6

Szczecin. Nieczystości komunalne stałe to odpady z grupy „20”, a więc odbiór gruzu w tym przypadku może odbywać się w ramach odpadów komunalnych niewymienionych w innych podgrupach - kod 20 03 99. Dodatkowo Decyzja Burmistrza Dziwnowa upoważnia Odwołującego do odbioru odpadów betonu oraz gruzu betonowego z rozbiórek i remontów - kod 17 01 01. Posiadanie zezwolenia Burmistrza Gminy na odbiór i transport odpadów o kodzie 17 01 07, czyli zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadów materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia w świetle obowiązującego prawa jest bezpodstawne i niewykonalne. Przepisy rozdziału 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach określające warunki udzielania zezwoleń na świadczenie usług, w art. 7 dają jedynie wójtowi, burmistrzowi, prezydentowi miasta upoważnienia do udzielenia zezwolenia na prowadzenie przez przedsiębiorców działalności w zakresie:

1. odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,
2. opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych,

W rozumieniu przepisów ustawy o odpadach pod pojęciem odpadów komunalnych - rozumie się 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 (art. 3 ust. 3 pkt 4 ustawy o odpadach). Zezwolenia na odbieranie odpadów komunalnych przez przedsiębiorców wydają organy gminy, chociażby dlatego, że zgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach to gminy są odpowiedzialne za właściwe gospodarowanie tymi odpadami, a za pozostałe rodzaje odpadów odpowiedzialność ponosi wytwórca. Sprawa kwalifikacji odpadów rozstrzygnięta jest rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. nr 112 poz. 1206) (dalej "rozporządzenie w sprawie katalogu odpadów"). Zgodnie z § 4 pkt 1 rozporządzenia w sprawie katalogu odpadów odpady klasyfikuje się według źródła powstawania w grupach 01 do 20, przypisując im odpowiedni kod sześciocyfrowy określający rodzaj odpadu (wyłączając kody kończące się na 99), który stosuje się w przypadku nieodnalezienia odpowiedniej pozycji. Dlatego też gruz, który jest w opisie przedmiotu zamówienia Odwołujący odbiera i kwalifikuje jako 20 03 99 - odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach, co jest zgodne z obowiązującymi przepisami. Zgodnie z

§ 2 przywołanego rozporządzenia w sprawie katalogu odpadów katalog odpadów dzieli odpady w zależności od źródła powstawania na 20 grup. Wg pkt 20) odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie - klasyfikuje się w grupie 20. Wyjątek w klasyfikacji odpadów komunalnych ma zastosowanie w przypadku selektywnego zbierania odpadów opakowaniowych, które klasyfikuje się w podgrupie 15 01 a nie w 20 01 (§ 4 ust. 6). Odpady o kodzie 17 01 07 - zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów

7

ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06 są wytwarzane przez jednostki, które prowadzą działalność polegającą na świadczeniu usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu, obiektów. Odpady te zgodnie z rozporządzeniem w sprawie katalogu odpadów są klasyfikowane w grupie 17 - „Odpady z budowy, remontów i demontażu obiektów budowlanych oraz infrastruktury drogowej (włączając glebę i ziemię z terenów zanieczyszczonych)”, dla których zasady gospodarowania nie są regulowane przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Wymaganie przez Zamawiającego zezwolenia Burmistrza Dziwnowa na odbieranie odpadów o kodzie 17 01 07 w świetle obowiązującego stanu prawnego jest więc bezzasadne i niewykonalne, ponieważ w kompetencjach Burmistrza nie jest wydawanie zezwoleń na odpady o tym kodzie w przypadku odbioru odpadów komunalnych. „Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”. W przedmiotowej sprawie brak było podstaw prawnych do wykluczenia Odwołującego. Odwołujący potwierdził dokumentami załączonymi do oferty, że wymagania te spełnia. Zamawiający nie może po otwarciu ofert zmieniać ani narzucać dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków. Zamawiający wymagał posiadanie decyzji organów administracji terenowej uprawniającej do transportu odbioru odpadów komunalnych objętych zamówieniem, co Odwołujący uczynił dołączając do swojej oferty:

1. decyzję Burmistrza Dziwnowa zezwalającą na odbieranie odpadów komunalnych,
2. decyzję Starosty Powiatu Gryfice zezwalającą na transport odpadów komunalnych, odpadów budowlanych na obszarze całego kraju.

W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów Zamawiający zażądał nowego dokumentu, którego nie wymagał w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu. Niedopuszczalnym jest fakt, aby Zamawiający zmieniał lub stawiał dodatkowe warunki po otwarciu ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto, gdyby Zamawiający zażądał takiego dokumentu na etapie ogłoszenia przetargu Odwołujący mógłby złożyć odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu jako niezgodnego z obowiązującymi w tej mierze przepisami prawa. Obowiązkiem wykonawców było złożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które były wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący posiada ważne zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych objętych zamówieniem. Natomiast kod 17 01 07, który Zamawiający wskazywał, wzywając do uzupełnienia dokumentów, dotyczy odpadów z budowy, remontów i demontażu obiektów budowlanych oraz infrastruktury drogowej (włączając glebę i ziemię z terenów zanieczyszczonych) wytwarzanych przez jednostki, które prowadzą działalność w zakresie

8

budowy, rozbiórki i remontu obiektów, nie zaś odpadów komunalnych, których dotyczy zamówienie. Odwołujący podnosi iż podkreślenia wymaga fakt, że do tej pory Odwołujący świadczył usługi objęte przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego na podstawie decyzji, która również nie uwzględniała odpadów o kodzie 17 01 07. Odwołujący podkreśla, że Zamawiający nie może na etapie oceny ofert odstępować od ustalonych warunków udziału w postępowaniu, które pozostają wiążące tak dla samego Zamawiającego jak i dla wykonawców. Nie może odstępować także od sposobu oceny ich spełniania, gdyż stanowiłoby to naruszenie przepisów ustawy Pzp, przede wszystkim zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady wyboru oferty zgodnie z przepisami tej ustawy. Odwołujący spełnił wymagania określone SIWZ dla przedmiotu zamówienia - odbiór odpadów komunalnych, które zgodnie z rozporządzeniem w sprawie katalogu odpadów sklasyfikowane są w grupie 20, zatem brak

było uzasadnionych podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania w części II i odrzucenia jego oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę oraz mając na celu zapewnienie przeprowadzenia przedmiotowego postępowania w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp Odwołujący wnosil o uznanie odwołania w całości w części II: WAK Dziwnów.

Odnosnie części V i VI przedmiotu zamówienia - WAK Mrzeżyno oraz WAK Trzebiatów Odwołujący podnosił, co następuje.

W dniu 19 kwietnia 2012 r. Odwołujący otrzymał faksem zawiadomienie o wyborze oferty w przedmiotowym postępowaniu. W części V i VI zamówienia jako najkorzystniejszą ofertę Zamawiający uznał ofertę Nr 5 wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki, wybierając jako najkorzystniejszą wykonawcy, który nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, czym naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie za zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nie uznał oferty wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki za odrzuconą,
- 3) art. 22 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór w części V i VI wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki, który nie przedstawił w ofercie wymaganego aktualnego zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych zgodnego z obowiązującymi w tej mierze przepisami prawa oraz nie wykazał dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym tj. odpowiedniej ilości samochodów do wykonania zamówienia zgodnie z ilością zadań, na które złożyła ofertę,

9

-
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 Zamawiający nie odrzucił oferty złożonej przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu.

Odwołujący w dniu 11 kwietnia 2012 r. dokonał wglądu do ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Pismem z dnia 17 kwietnia 2012 r. Odwołujący poinformował Zamawiającego o fakcie, że oferta nr 5 wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki nie spełnia wymogów określonych w SIWZ. Ustawodawca w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający w SIWZ oraz w treści ogłoszenia o zamówieniu na potwierdzenie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w części V przedmiotu zamówienia wymagał min. 36 pojemników na śmieci o poj. 1,1 m lub innych, w których można jednorazowo zgromadzić 40 m śmieci oraz 2 pojazdami przystosowanymi do ich opróżniania i wywozu śmieci i 2 pojazdami do wywozu nieczystości płynnych. Zgodnie z zapisami SIWZ Zamawiający wymagał, aby w przypadku składania ofert na kilka części zamówienia wymagany potencjał techniczny został zsumowany. Oznacza to, że skoro wykonawca Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki składał ofertę na część II, V, VI i X powinien posiadać 5 pojazdów do wywozu śmieci oraz 5 pojazdów do wywozu nieczystości płynnych. Wykonawca Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki, składając ofertę na potwierdzenie spełniania warunku dot. potencjału technicznego zgodnie z wymogami SIWZ przedstawił, że dysponuje wymaganą ilością pojazdów. Natomiast z protokołu przekazania pojazdu asenizacyjnego o numerze rejestracyjnym ZKA A751 będącego własnością Gminy Dziwnów wynika, iż pojazd ten został przekazany jedynie do dnia 30 kwietnia 2012 r., a zgodnie z zapisami SIWZ okres, w którym zamówienie ma być wykonywane to 01.05.2012 do 30.06.2013 r. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W protokole przekazania przez Gminę Dziwnów pojazdu do dyspozycji

wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki wynika jednoznacznie, że pojazd został przekazany do eksploatacji ww. wykonawcy w ramach zawartej z Gminą Dziwnów umowy handlowej dotyczącej świadczenia usług na rzecz Gminy z przeznaczeniem pojazdu do realizacji tejże umowy w okresie do 30 kwietnia 2012 r. Brak jest zatem zapewnienia, że wykonawca Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki będzie

10

dysponował tym pojazdem w okresie wykonywania zamówienia na rzecz Zamawiającego tj. od 01.05.2012 do 30.06.2013 r. Dokument ten ponadto nie zezwala na wykorzystywanie tego pojazdu na rzecz innych podmiotów. Tym samym stwierdzić należy, że oferta złożona przez wykonawcę Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki Gryfice nie spełniała wymagań w powyższym zakresie.

Ponadto wykonawca Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki nie spełnił wymogu określonego w części VII SIWZ ust. 1, tj. posiadania decyzji organów administracji terenowej uprawniającej do transportu odpadów komunalnych objętych zamówieniem, o której mowa w przepisach ustawy o odpadach oraz zezwoleń: do odbioru odpadów komunalnych oraz do opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych, o których mowa w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach lub wpis(y) do działalności regulowanej, o których mowa w art. 9c ust. 1 ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wydane przez gminy, na terenie których realizowane będzie zamówienie. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawca Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki przedłożył bowiem Decyzję Wójta Gminy Rewal z dnia 27 grudnia 2004 roku znak UAB 7102-K/105/12/2004, która z mocy prawa jest nieważna. Zgodnie z art. 10 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o zmianie ustawy o odpadach oraz o zmianie niektórych ustaw (Dz. U. z 2005 r., Nr 175 poz. 1458) (dalej „ustawa z dnia 29 lipca 2005 roku o zmianie ustawy o odpadach oraz o zmianie niektórych ustaw”) na przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nałożono obowiązek wystąpienia o zmianę decyzji w zakresie odbierania odpadów komunalnych - w terminie 6 miesięcy od dnia podania do publicznej wiadomości przez wójta, burmistrza lub prezydenta wymagań, jakie muszą spełniać podmioty ubiegające się o zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych. Gmina Rewal podała do publicznej wiadomości takie wymagania wydając Zarządzenie Nr 20/06 w dniu 06 września 2006 r. Zgodnie z art. 10 ust. 4 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz o zmianie niektórych ustaw, jeżeli przedsiębiorca prowadzący działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nie wystąpił z wnioskiem o zmianę decyzji wójt, burmistrz, prezydent miasta z urzędu stwierdzi bez odszkodowania wygaśnięcie dotychczasowej decyzji. Wobec niespełnienia wymogu w przedmiocie posiadania ważnej decyzji oferta wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki powinna być uznana za niespełniającą warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona.

W tym stanie wniesienie odwołania jest w pełni zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 27 kwietnia 2012 r.

11

W dniu 27 kwietnia 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 30 kwietnia 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło drogą faksową przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, że argumenty podniesione w odwołaniu nie znajdują uzasadnienia w złożonych dokumentach przetargowych, gdyż posiada on wszystkie wymagane SIWZ dokumenty, w szczególności dokumenty dotyczące warunków udziału w postępowaniu. Z tego względu wnosił o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego.

W toku postępowania przed Izbą Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (pismo z

11 maja 2012 r.), w której wnosił o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, zgodnie z rachunkami, które zostaną złożone na rozprawie.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazywał, że Odwołujący w dniu 27 kwietnia 2012 r., złożył odwołanie na czynności Zamawiającego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie części II, V i VI. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp polegających na:

1. wykluczeniu Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części II zamówienia,
2. zaniechaniu czynności wykluczenia wykonawcy Firma Handlowo - Usługowa Krzysztof Grabowiecki pomimo podstaw do jego wykluczenia.

Zamawiający wskazywał, iż pozostaje na stanowisku, że dokonane przez niego czynności nie stanowiły naruszeń przepisów wskazanych w odwołaniu, a tym samym wnosi o oddalenie odwołania. Ponadto Zamawiający oświadczał, iż zaprzecza wszelkim wyraźnie nieprzyznanym twierdzeniom Odwołującego. Jednocześnie Zamawiający wskazywał, iż odmawia spełnienia żądania wskazanego w pkt 1 odwołania, to jest uznania odwołania w całości.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Odwołującego, Zamawiający wywodził, co następuje:

1. Zasadność wykluczenia Odwołującego w zakresie części II przedmiotu zamówienia - WAK Dziwnów

12

Zamawiający potwierdza, że wymagał od wykonawców spełnienia warunków udziału w postępowaniu polegających na posiadaniu uprawnień niezbędnych do wykonywania zamówienia. Celem wykazania posiadania niezbędnych uprawnień Zamawiający zażądał przedłożenia przez wykonawców decyzji organów administracji terenowej uprawniającej do transportu i odbioru odpadów komunalnych objętych zamówieniem wydane przez gminy, na terenie których realizowane będzie zamówienie. W dniu 21 marca 2012 r. do Zamawiającego wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ, wnoszący w pkt 1 o sprecyzowanie rodzajów odpadów, zgodnie z przepisami ustawy o odpadach. W odpowiedzi na ten wniosek Zamawiający w dniu 23 marca 2012 r. udzielił odpowiedzi, że oczekuje przedłożenia przez wykonawców decyzji na odpady o kodzie m.in.: 17 01 07.

Odpady o kodzie 17 01 07 są to, zgodnie z rozporządzeniem w sprawie katalogu odpadów: Zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06. Wskazać należy, że na etapie składania oferty Odwołujący miał pełną świadomość, jakie są wymagania Zamawiającego dotyczące wymogu posiadanych decyzji dla odpowiednich kodów odpadów i podjął decyzję o złożeniu oferty pomimo nieposiadania uprawnień do wykonywania przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący związany był stanowiskiem Zamawiającego wskazanym w wyjaśnieniach do treści SIWZ. Stanowią one integralną część SIWZ, co zostało wielokrotnie potwierdzone stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej. Przywołać należy w szczególności wyroki KIO z dnia 7 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 388/12), zgodnie z którym „Wyjaśnienia specyfikacji i udzielane odpowiedzi stanowią integralną częścią siwz i na równi z pozostałymi jej postanowieniami wiążą wszystkich wykonawców” i wyrok KIO z dnia 16 sierpnia 2011 r. zgodnie z którym: „Nie ma wątpliwości, że wszystkie odpowiedzi na pytania wykonawców udzielane w ramach wyjaśniania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia są bezwzględnie wiążące dla wykonawców. Odpowiedzi te ze swojej istoty często w pewien sposób zmieniają specyfikację, choćby przez to, że uszczegóławiają wymagania zamawiającego lub wskazują na ich interpretację.”

Zamawiający podkreślał, że zgodnie z załącznikiem do SIWZ będącym formularzem cenowym dla części II zamówienia jednoznacznie wynika, że Zamawiający żądał od wykonawców wywożenia gruzu nie mieszczącego się w kategorii 20 katalogu odpadów. Nie sposób jest więc uznać, że Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu, posiadając

zezwoleń na odbiór odpadów o kodzie 20 03 99, gdyż gruz jest literalnie wskazany w przepisach rozporządzenia w grupie odpadów o kodzie 17. Jednocześnie wskazać należy, że stanowisko Odwołującego jest wewnętrznie sprzeczne, gdyż wskazuje on, że Burmistrz Dziwnowa nie posiada uprawnień do wydawania decyzji o kodzie 17 01 07, przekładając

13

jednocześnie decyzję Burmistrza Dziwnowa na odbiór odpadów o kodzie 17 01 01 stanowiącego zbliżoną grupę odpadów. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że wytwarza odpady o kodzie 17 01 07 stanowiący zmieszane odpady wskazane w katalogu odpadów o tym kodzie, a nie segregowany gruz betonowy o kodzie 17 01 01, w związku z czym nie był w stanie zaakceptować decyzji na odpady o tym kodzie.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko odnośnie istnienia podstaw do wykluczenia Odwołującego z uwagi na nieposiadanie uprawnień do realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wnosil o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów znajdujących się w aktach postępowania na wskazane powyżej okoliczności:

- formularz cenowy - załącznik do wzoru oferty,
- SIWZ,
- wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ z dnia 20 marca 2012 r.
- odpowiedź Zamawiającego - wyjaśnienie treści SIWZ,
- oferta Odwołującego.

2. Brak podstaw do wykluczenia wykonawcy Firma Handlowo - Usługowa Krzysztof Grabowiecki

Zamawiający przyznawał, że w częściach V i VI wybrany został wykonawca Firma Handlowo - Usługowa Krzysztof Grabowiecki. Odwołujący przedstawił dwa zarzuty odnoszące się do tego wykonawcy, które w ocenie Odwołującego winny skutkować wykluczeniem wykonawcy. Zamawiający nie podziela stanowiska Odwołującego i uważa, że brak jest przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Odnosząc się do braku spełniania wymogu posiadania potencjału technicznego w postaci co najmniej samochodu asenizacyjnego Zamawiający wskazuje, że przyjął on za prawdziwe oświadczenie wskazane w wykazie urządzeń technicznych znajdujących się na stronie nr 59 i 60 oferty wykonawcy. W świetle postanowień SIWZ protokół zdawczo -odbiorczy znajdujący się na stronie 61 oferty nie był elementem wymaganym przez Zamawiającego. Ponadto z protokołu przedstawionego przez Odwołującego nie sposób jest wywieść wniosków, które zawarte są w odwołaniu, w szczególności wniosków, że wykonawca nie będzie mógł dysponować pojazdem o numerze rejestracyjnym ZKA A751 na potrzeby wykonywania umowy zawartej z Zamawiającym, ani że przekazanie tych pojazdów opiewa na okres do 30 kwietnia 2012 r. Mając na uwadze powyższe, zarzuty Odwołującego należy uznać za nieoparte żadnymi dowodami.

14

Z ostrożności Zamawiający wskazuje, że spełnianie warunków ocenia się na dzień upływu terminu składania ofert, a więc na dzień 5 kwietnia 2012 r. Na ten dzień wykonawca wykazał, że dysponuje wymaganą ilością pojazdów, co zostało udowodnione stosownym oświadczeniem załączonym do oferty, co było zgodne z żądaniem Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu nieważności decyzji Wójta Gminy Rewal z dnia 27 grudnia 2004 r. Zamawiający wskazuje, że Odwołujący nie wykazał zaistnienia żadnej z przesłanek wskazanych w art. 156 Kodeksu postępowania administracyjnego, ani też nie wykazał że wydane zostało orzeczenie stwierdzające nieważność tej decyzji. Odnosząc się do przesłanek do stwierdzenia wygaśnięcia decyzji stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanek do wygaśnięcia decyzji, przedstawiając jedynie swoją opinię na ten temat. Ponadto wskazać należy, że Odwołujący nie wykazał, ażeby właściwy organ wydał decyzję w przedmiocie wygaszenia decyzji przedłożonej przez wykonawcę Firma Handlowo-Usługowa

Krzysztof Grabowiecki, a samo istnienie przesłanek wygaszenia decyzji, co Zamawiający kwestionuje, nie przesądza w żaden sposób o jej nieważności z mocy prawa, jak twierdzi Odwołujący.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający pozostawał na stanowisku, że brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą.

Zamawiający wnosił o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów znajdujących się w aktach postępowania na wskazane powyżej okoliczności:

- wykaz urządzeń technicznych - str. 59 oferty wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki,
- protokół zdawczo - odbiorczy - str. 61-62 oferty wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki,
- decyzja Wójta Gminy Rewal - str. 47-48 oferty wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki,
- SIWZ

Zdaniem Zamawiającego przedstawiona powyżej argumentacja, zarówno w zakresie zasadności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, jak również w przedmiocie braku podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki jednoznacznie przesądza o bezzasadności stanowiska Odwołującego przedstawionego w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

15

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na odbiorze odpadów komunalnych stałych (segregowanych i niesegregowanych) oraz opróżnianiu zbiorników bezodpływowych i transport nieczystości ciekłych z jednostek, instytucji i obiektów wojskowych zlokalizowanych na terenie działania RZI Szczecin (Zamawiającego). Przedmiot zamówienia został podzielony na jedenaście części:

- część I: WAK Świnoujście,
- część II: WAK Dziwnów,
- część III: WAK Kołobrzeg (WL),
- część IV: WAK Kołobrzeg (MW),
- część V: WAK Mrzeżyno,
- część VI: WAK Trzebiatów,
- część VII: WAK Koszalin (WL),
- część VIII: WAK Koszalin (SP),
- część IX: WAK Darłowo,
- część X: WAK Świdwin,
- część XI: WAK Mirosławiec.

Szczegółowy zakres zamówienia oraz szacunkowe ilości nieczystości stałych i płynnych zostały określone w „Zestawieniu szacunkowej ilości odpadów komunalnych stałych i płynnych”, będącym załącznikiem nr 4 do SIWZ. W załączniku nr 4 do SIWZ w części II, V i VI zamówienia wymieniono odpad określony jako „gruz” („formularz cenowy” tabela „Rodzaj nieczystości”; „Zestawienie szacunkowej ilości odpadów komunalnych stałych i płynnych” tabela „Rodzaj odpadu”). W części 2 zamówienia szacunkowa ilość odpadu „gruz” wynosiła 21 m³, w części V i VI wynosiła 0.

Zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnym do wykonania zamówienia tj. dysponowania

„Dla części I: min. 65 pojemników na śmieci o poj. 1,1 m³ lub innych, w których można jednorazowo zgromadzić 70 m³ śmieci oraz 2 pojazdami przystosowanymi do ich opróżniania i wywozu śmieci i 1 pojazd do wywozu nieczystości płynnych.

Części II: min. 18 pojemników na śmieci o poj. 1,1 m³ lub innych, w których można jednorazowo zgromadzić 20 m³ śmieci oraz 1 pojazd przystosowany do ich opróżniania i wywozu śmieci, i 1 pojazd do wywozu nieczystości płynnych.

Części III: min. 18 pojemników na śmieci o poj. 1,1 m³ lub innych, w których można jednorazowo zgromadzić 20 m³ śmieci oraz 1 pojazd przystosowany do ich opróżniania i wywozu śmieci.

Części IV: min. 18 pojemników na śmieci o poj. 1,1 m³ lub innych, w których można jednorazowo zgromadzić 20 m³ śmieci oraz 1 pojazd przystosowany do ich opróżniania i wywozu śmieci i 2 pojazdy do wywozu nieczystości płynnych.

Części V: min. 36 pojemników na śmieci o poj. 1,1 m³ lub innych, w których można jednorazowo zgromadzić 40 m³ śmieci oraz 2 pojazdami przystosowanymi do ich opróżniania i wywozu śmieci i 2 pojazdami do wywozu nieczystości płynnych.

Części VI: min. 20 pojemników na śmieci o poj. 1,1 m³ lub innych, w których można jednorazowo zgromadzić 22 m³ śmieci oraz 1 pojazd przystosowany do ich opróżniania i wywozu śmieci i 1 pojazd do wywozu nieczystości płynnych.

Części VII: min. 70 pojemników na śmieci o poj. 1,1 m³ lub innych, w których można jednorazowo zgromadzić 80 m³ śmieci oraz 2 pojazdami przystosowanymi do ich opróżniania i wywozu śmieci.

Części VIII: min. 36 pojemników na śmieci o poj. 1,1 m³ lub innych, w których można jednorazowo zgromadzić 40 m³ śmieci oraz 1 pojazd przystosowany do ich opróżniania i wywozu śmieci i 1 pojazd do wywozu nieczystości płynnych.

Części IX: min. 18 pojemników na śmieci o poj. 1,1 m³ lub innych, w których można jednorazowo zgromadzić 20 m³ śmieci oraz 1 pojazd przystosowany do ich opróżniania i wywozu śmieci i 1 pojazd do wywozu nieczystości płynnych.

Części X: min. 28 pojemników na śmieci o poj. 1,1 m³ lub innych, w których można jednorazowo zgromadzić 30 m³ śmieci oraz 1 pojazd przystosowany do ich opróżniania i wywozu śmieci i 1 pojazd do wywozu nieczystości płynnych.

Części XI: min. 40 pojemników na śmieci o poj. 1,1 m³ lub innych, w których można jednorazowo zgromadzić 45 m³ śmieci oraz 1 pojazd przystosowany do ich opróżniania i wywozu śmieci i 2 pojazdami do wywozu nieczystości płynnych.

Na kilka części (1-11) na sumę tych części np. dla części 3 i 4 min. 36 pojemników na śmieci o poj. 1,1 m³ lub innych, w których można jednorazowo zgromadzić 40 m³ śmieci oraz 2 pojazdy przystosowane do ich opróżniania i wywozu śmieci i 3 pojazdy do wywozu nieczystości płynnych”. Wykonawcy winni przedstawić wykaz urządzeń technicznych w

rodzaju i ilości określonej w części VII ust. 1 pkt 3 SIWZ, którego wzór stanowił załącznik nr 6 do SIWZ.

W zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień Zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali „Decyzję organów administracji terenowej uprawniającą do transportu odpadów komunalnych objętych zamówieniem, o której mowa w przepisach ustawy o odpadach z dnia 27.04. 2001 r. (Dz. U. 2010, nr 185, poz. 1243) oraz zezwoleń: do odbioru odpadów komunalnych oraz do opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych, o których mowa w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z 13.09.1996 r. z późn. zmianami (Dz. U. 1996, Nr 132, poz. 622) lub wpis(y) do działalności regulowanej, o których mowa w art. 9c ust. 1 ustawy z dnia 1.7.2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 2011, Nr 152, poz. 897) wydane przez gminy, na terenie których realizowane będzie zamówienie” (sekcja III.2.1 pkt 6 ogłoszenia o zamówieniu, część VII ust. 2 pkt 7 SIWZ).

W dniu 20 marca 2012 r. do Zamawiającego wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści

SIWZ, w którym wykonawca wnioskował o wyjaśnienie treści SIWZ w części III (opis przedmiotu zamówienia) pkt 1, gdzie Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako odbiór odpadów komunalnych stałych (segregowanych i niesegregowanych) oraz opróżnianie zbiorników bezodpływowych i transport nieczystości ciekłych. Wykonawca wnioskował o określenie szczegółowo przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 4 do SIWZ, podanie kodu o nazwy odpadu zgodnie z ustawą o odpadach. Udzielając wnioskowanych wyjaśnień w powyższym zakresie Zamawiający w piśmie z 23 marca 2012 r. w zakresie kodów i nazw odpadów określił „gruz” jako objęty kodem 17 01 07. Nie dokonał modyfikacji SIWZ ani ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący złożył ofertę na części II, III, IV, V i VI. Odwołujący w ofercie złożył decyzję Burmistrza Dziwnowa z 7 marca 2006 r. wydaną na podstawie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach określającą warunki dla prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie gminy Dziwnów, gdzie w ust. 6 określono rodzaje odpadów komunalnych odbieranych od właścicieli nieruchomości (w tym kod 17 01 01) oraz decyzję Burmistrza Dziwnowa z 3 czerwca 2008 r. zmieniającą powyższą decyzję z 7 marca 2006 r. w związku z treścią art. 10 ust. 3 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 175, poz. 1458, z późn. zm.), gdzie w ust. 9 wskazano, iż „po punkcie 9 dodaje się pkt 9-11 o następującym brzmieniu: „9. Określenie rodzajów odpadów komunalnych odbieranych od właścicieli nieruchomości” określono rodzaje odbieranych odpadów, przy czym wskazane rodzaje odpadów dotyczyły wyłącznie grupy 20 i 15, brak w niej było

18

wskazania 17 01 01. W żadnej z decyzji nie wymieniono kodu 17 07 07. Wymieniony był natomiast kod 20 03 99.

Pismem z 13 kwietnia 2012 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w części VII SIWZ ust. 1 pkt 1), 3) i 4), w tym w zakresie pkt 1) Zamawiający wskazywał m.in. że z załączonej do oferty na str. 27-33 Decyzji Burmistrza Dziwnowa nie wynika zezwolenie na odbiór odpadów o kodzie 17 01 07, które są objęte przedmiotem zamówienia oraz nie przedstawiono decyzji zezwalającej na transport odpadów o tym kodzie. Termin wyznaczono na 17 kwietnia 2012 r. g. 10.00.

W odpowiedzi na wezwanie pismem z 16 kwietnia 2012 r. Odwołujący poinformował, że przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na odbiorze odpadów komunalnych stałych (segregowanych i niesegregowanych) oraz opróżnianiu zbiorników bezodpływowych i transport nieczystości ciekłych z jednostek wojskowych zlokalizowanych na terenie działania RZI Szczecin. Nieczystości komunalne stałe to odpady z grupy 20, a więc odbiór gruzu w tym przypadku może odbywać się w ramach odpadów komunalnych niewymienionych w innych podgrupach – kod 20 03 99. Dodatkowo wskazywał, że decyzja Burmistrza Dziwnowa upoważnia go do odbioru odpadów betonu oraz gruzu betonowego z rozbiórek i remontów – kod 17 01 07. Zauważał, że SIWZ nie określa kodu odpadów.

Pismem z 19 kwietnia 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu i odrzuceniu jego oferty dla części II zamówienia. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający w piśmie z 13 kwietnia 2012 r. żądał uzupełnienia dokumentów do 17 kwietnia 2012 r., zaś Odwołujący nie przedstawił decyzji Burmistrza Gminy Dziwnów na odbiór odpadu o kodzie 17 01 07. Zamawiający w zakresie części II dokonał wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Szczecińska Nr 2, 72-400 Kamień Pomorski (dalej „Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o.”).

Odwołujący pismem z 20 kwietnia 2012 r. „Informacja o niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynnościach Zamawiającego” wskazał na niezasadne wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na powyższe pismo (pismo z 27 kwietnia 2012 r.) wskazał, że zarzut stawiany Zamawiającemu, że na etapie ogłoszenia nie były wskazane kody odpadów jest nieprawdziwy. Zamawiający, udzielając odpowiedzi na zapytanie firmy Eko-

tym kod 17 01 07, objęte przedmiotem zamówienia. Zdaniem Zamawiającego powyższa informacja wiązała wykonawców z chwilą ogłoszenia jej treści. Jednocześnie Zamawiający wskazywał, iż nie żądał, aby decyzję wystawił Burmistrz Dziwnowa, lecz aby decyzja była ważna (uprawniała do odbioru odpadów) z terenu m. Dziwnów.

Wykonawca Firma Handlowo – Usługowa Krzysztof Grabowiecki złożył ofertę na części II, V, VI i X. Wykonawca załączył do oferty decyzję Wójta Gminy Rewal z 27 grudnia 2004 r. wydaną na podstawie ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach o zezwoleniu na prowadzenie działalności na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Rewal. W zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału technicznego przedstawił wykaz urządzeń technicznych, w którym wymienił w poz. 7-11 pojazdy asenizacyjne, wskazując jako podstawę dysponowania wynajem. W poz. 7 wskazano pojazd asenizacyjny Jelcz Nr rejestracyjny ZKA A751. Do wykazu załączono protokół zdawczo-odbiorczy z 30 kwietnia 2008 r. wraz z załącznikiem dotyczący pojazdu wskazanego pod poz. 7, gdzie jako strona przekazująca widniał Urząd Miejski w Dziwnowie, strona zdająca – Komunalne Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe i Ochrony Środowiska „KOROS” Sp. z o.o., a strona przejmująca – wykonawca Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki. W protokole wskazano, iż Zdający zdaje, Przekazujący przekazuje, Przyjmujący przyjmuje: 1) bazę usług komunalnych zgodnie z załącznikiem nr 1 do protokołu, 2) sprzęt do prac komunalnych zgodnie z załącznikiem nr 2 do protokołu, 3) materiały i elementy małej architektury zgodnie z załącznikiem nr 3 do protokołu. W załączniku nr 2 do protokołu „Wykaz sprzętu do prac komunalnych” widniał samochód Jelcz asenizacyjny ZKA A751. Ponadto załączono zobowiązanie Zakładu Usług Komunalnych Krzysztof Goźliński do wynajęcia na okres od 1 maja 2012 r. do 30 czerwca 2013 r. samochodów asenizacyjnych wymienionych w pkt 8-11 wykazu urządzeń technicznych.

Zamawiający wzywał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, ale zakresem wezwania do uzupełnienia nie był objęty powyższy protokół ani decyzja Gminy Rewal.

Odwolujący pismem z 17 kwietnia 2012 r. zwrócił się do Zamawiającego, iż z powyższego protokołu nie wynika, że pojazd został przekazany wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki na czas nieokreślony. Odwołujący, przywoływał postanowienie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i podnosił, że z załączonego protokołu nie wynika, iż wykonawca będzie dysponował przedmiotowym pojazdem asenizacyjnym do 30 czerwca 2013 r. Ponadto Odwołujący informował, że z posiadanych przez niego informacji wynika, że pojazd ten został przekazany do eksploatacji w ramach umowy zawartej z Gminą Dziwnów dotyczącej świadczenia usług na rzecz Gminy z przeznaczeniem przedmiotowego pojazdu

20

do realizacji tej umowy zawartej na czas określony do 30 kwietnia 2012 r. Ponadto umowa ta nie pozwala na wykorzystywanie powyższego pojazdu do świadczenia usług na rzecz innych podmiotów poza Urzędem Gminy, a tym bardziej na wykorzystywanie go do świadczenia usług poza terenem administracyjnym Gminy Dziwnów na terenie innych jednostek administracyjnych samorządu terytorialnego. Odwołujący wskazywał zatem, iż wykonawca ten nie dysponuje wymaganą przez Zamawiającego ilością pojazdów w celu realizacji zamówienia, na które złożył ofertę (części II, V, VI, X). Odwołujący kwestionował też przedłożoną przez wykonawcę Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki decyzję z 27 grudnia 2004 r. Gminy Rewal, wskazując, iż wydana została przed ogłoszeniem ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz o zmianie niektórych innych ustaw. Ponad wszelką wątpliwość nie jest dostosowana do zmienionych przepisów i jako taka powinna ulec wygaszeniu, tj. nie może występować w obiegu prawnym. Zgodnie ze zmienionymi przepisami zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości powinno określać m.in. rodzaje odpadów komunalnych odbieranych od właścicieli nieruchomości, a przedmiotowa decyzja takowych nie określa. Zgodnie z art. 10 ust. 4 ww. ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz o zmianie

niektórych innych ustaw jeżeli przedsiębiorca prowadzący działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nie wystąpił z wnioskiem o zmianę decyzji, wójt, burmistrz lub prezydent miasta stwierdzi z urzędu, bez odszkodowania, wygaśnięcie dotychczasowej decyzji. Odwołujący podnosił, iż wykonawca nie posiada uprawnień do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Rewal i nie spełnia warunków udziału w przetargu. Wnosił o wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Zamawiający nie uwzględnił powyższego wniosku Odwołującego. Zamawiający wykluczył wykonawcę Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki z postępowania w zakresie części II, gdyż w decyzji Burmistrza Dziwnowa, którą przedłożył wykonawca brak jest zezwolenia na odbiór odpadów o kodach 20 01 01, 20 01 02, 20 01 39, wybrał wykonawcę Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki w zakresie części V, VI i X.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła brak przesłanek do odrzucenia odwołania, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

Izba uznała, że Odwołujący spełnia przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył ofertę w części II, V i VI, które objęte są treścią odwołania, jedynym kryterium oceny ofert była cena. W części II oferta Odwołującego była najtańsza, w

21

części V i VI złożone zostały tylko dwie oferty – Odwołującego i wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki, przy czym oferta Odwołującego była sklasyfikowana na drugiej pozycji. Tym samym potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu daje mu możliwość uzyskania zamówienia w częściach objętych odwołaniem, której na skutek zarzucanych nieprawidłowości został pozbawiony.

Izba nie uznała skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Firma Handlowo Usługowa Krzysztof Grabowiecki. Przesłanie przystąpienia do postępowania odwoławczego faksem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej jest w obecnym stanie prawnym nieskuteczne. Ustawodawca zastrzegł bowiem w ustawie Pzp w art. 185 ust. 2 zd. 2 ustawy Pzp formę, w jakiej należy wnieść zgłoszenie przystąpienia do Prezesa KIO. Przepis ten wskazuje, że przystąpienie należy wnieść w formie pisemnej lub elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem

za pomocą certyfikatu. elektronicznym weryfikowanym ważnego kwalifikowanego

Niedopuszczalność składania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w formie faksowej przewiduje także § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280), zgodnie z którym z wyjątkiem wniesienia odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę korespondencja w sprawie odwoławczej kierowana przez strony i uczestników postępowania odwoławczego do Izby, a także korespondencja kierowana przez Izbę może być przesyłana faksem lub drogą elektroniczną. Ustawodawca nie przewidział dla wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego możliwości uzupełniania braków formalnych zgłoszenia przystąpienia. Stąd też należy wywieść, że przystąpienie niespełniające wymogów co do formy wniesienia nie może być uznane za skuteczne i Izba w takim przypadku zobligowana jest nie dopuścić zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu (por. postanowienie z 17 listopada 2010 r. sygn. akt: KIO 2419/10).

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ z modyfikacjami, wnioski o wyjaśnienia treści SIWZ, wyjaśnienia do SIWZ w szczególności z 23 marca 2012 r., ofertę Odwołującego, ofertę wykonawcy Firma Handlowo- Usługowa Krzysztof Grabowiecki, ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., wezwania kierowane przez Zamawiającego do wykonawców, odpowiedzi udzielane przez wykonawców wraz z uzupełnieniami, pisma Odwołującego dotyczące niezgodności czynności Zamawiającego z ustawą Pzp, odpowiedź udzieloną przez Zamawiającego, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, przedłożone na rozprawie ogłoszenie Wójta Gminy Rewal z dnia 7 września 2006

r. w sprawie podania do publicznej wiadomości wymogów dla ubiegających się o zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych w Gminie Rewal zawarte w zarządzeniu Nr 20/06 Wójta Gminy Rewal z dnia 6 września 2006 r. Przedłożone przez Odwołującego dwie opinie Stanisława Tomali eRemedium Ekologia i Informatyka, ul. Szafera 64/8 Szczecin, 71-245 Szczecin dotyczące kwalifikacji odpadu 17 01 07 i przedstawienia zezwolenia Burmistrza Dziwnowa obejmującego odbiór odpadu o tym kodzie oraz ważności decyzji na odbiór odpadów z 2004 r. w świetle ustawy z dnia 29 lipca 2005 roku o zmianie ustawy o odpadach oraz o zmianie niektórych ustaw, Izba uznała za stanowisko Strony, posilkującej się w prezentowanej argumentacji opinią specjalisty, bez przydawania im w jakimkolwiek zakresie przymiotu opinii biegłego.

Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezasadnego wykluczenia Odwołującego w ramach części II zamówienia z uwagi na nieprzedstawienie zezwolenia Burmistrza Dziwnowa na odbiór odpadów o kodzie 17 01 07 Izba wskazuje, że, wbrew stanowisku Zamawiającego, nie dokonał on modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu, nakładając na wykonawców obowiązek przedstawienia zezwoleń/wpisów do rejestru działalności regulowanej zawierających kody odpadów, w ramach których na mocy wyjaśnień z 23 marca 2012 r. Zamawiający dokonał kwalifikacji odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Prezentowane w tym zakresie w odpowiedzi na odwołanie stanowisko, jakoby w wyjaśnieniu z 23 marca 2012 r. wskazał, iż oczekuje przedłożenia przez wykonawców decyzji na odpady o kodzie m.in. 17 01 07, nie znajduje oparcia w literalnej treści wyjaśnień. Tym samym Zamawiający nie postawił jednoznacznego i wiążącego wymogu w tym zakresie, wskazując, iż podane kody odpadów są bezwzględnie wymagane w zezwoleniach/wpisie do rejestru działalności regulowanej.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż kwalifikacja odpadu oznaczonego w SIWZ jako gruz wyłącznie do kategorii 17 01 07 obejmującej odpady budowlane i uzależnienie od tej kwalifikacji oceny możliwości wykonania zamówienia na odbiór odpadów klasyfikowanych równocześnie jako komunalne jest wadliwe. Zamawiający w toku postępowania dowodowego nie wykazał, iż istotnie jedynie posiadanie zezwolenia na odbiór odpadów o kodzie 17 01 07 pozwala zrealizować zamówienie w zakresie przez niego wymaganym (odbiór 21 m³ gruzu w całym okresie wykonania zamówienia). Jego polemika z Odwołującym co do prawidłowości kwalifikacji odpadu - gruz - ograniczyła się do twierdzenia, iż odpad określany jako gruz wymieniony jest w grupie 17 rozporządzenia w sprawie katalogu odpadów i z tej przyczyny kwalifikacja dokonana przez Zamawiającego jest prawidłowa. Zamawiający pominął jednak podstawowe zasady klasyfikacji odpadów, które z rozporządzenia w sprawie katalogu

odpadów wynikają oraz okoliczność, iż odpady objęte przedmiotem niniejszego zamówienia zaklasyfikował jako odpady komunalne ("Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na odbiorze odpadów komunalnych stałych (segregowanych i niesegregowanych) oraz opróżnianiu zbiorników bezodpływowych i transport nieczystości ciekłych z jednostek, instytucji i obiektów wojskowych zlokalizowanych na terenie działania RZi Szczecin"). Zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 3 pkt 4 ustawy o odpadach, która znajduje zastosowanie do odbioru odpadów komunalnych uregulowanego ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, odpady komunalne 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. Z kolei podstawową zasadą rządzącą klasyfikacją odpadów jest dokonywanie tej klasyfikacji według źródła powstania. Paragraf 4 ust. 1 rozporządzenia w sprawie katalogu odpadów wskazuje, że odpady klasyfikuje się według źródła powstawania w grupach 01 do 20 przypisując im odpowiedni kod sześciocyfrowy określający rodzaj odpadu (wyłączając kody kończące się na 99), z zastrzeżeniem ust. 5 i 6 tego przepisu. Dla odpadów komunalnych istotny jest ust. 6, iż odpady opakowaniowe będące odpadami komunalnymi, jeżeli są zbierane selektywnie lub występują jako zmieszane odpady opakowaniowe

klasyfikuje się w podgrupie 15 01, a nie w 20 01. Podobnie § 2 przywołanego rozporządzenia w sprawie katalogu odpadów stwierdza, iż katalog odpadów dzieli odpady w zależności od źródła powstawania na 20 grup. Wg pkt 20) odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie - klasyfikuje się w grupie 20. Grupa 17 obejmuje natomiast odpady z budowy, remontów i demontażu obiektów budowlanych oraz infrastruktury drogowej (włączając glebę i ziemię z terenów zanieczyszczonych) - § 2 pkt 17. Paragraf 3 ust. 1 rozporządzenia w sprawie katalogu odpadów wskazuje, że katalog odpadów określający grupy, podgrupy i rodzaje odpadów oraz ich kody wraz z listą odpadów niebezpiecznych zawiera załącznik do rozporządzenia. Odpady o kodzie 17 01 07 określone zostały jako zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06. W katalogu pod kodem 20 03 99 ujęto odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach. Tym samym zgodnie z przyjętymi zasadami klasyfikacji odpadów odpady określone jako odpady komunalne powinny być klasyfikowane w grupie 20 lub grupie 15 01. Odpady budowlane zawarte w grupie 17 co do zasady nie są zatem kwalifikowane jako odpady komunalne, lecz stanowią odrębną kategorię odpadów. Skoro Zamawiający uznawał, iż przedmiot zamówienia obejmuje odpady komunalne, dokonana przez niego klasyfikacja odpadów winna tę okoliczność uwzględniać. Z powyższego wynika również, iż co do zasady literalne zastosowanie uregulowań zawartych w rozporządzeniu w sprawie katalogu odpadów winno skutkować objęciem w zezwoleniu na

24

odbior odpadów komunalnych wydawanym na podstawie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach tylko odpadów z grupy 20 oraz grupy 15 (15 01) i w ramach tych grup należałoby klasyfikować odpady odbierane jako odpady komunalne. Prezentowane przez Odwołującego stanowisko, iż wskazane w grupie 17 odpady budowlane są odpadami powstałymi w wyniku świadczenia usług budowlanych i jako takie nie są objęte regulacją ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, lecz ustawy o odpadach znajduje oparcie we właściwych przepisach. Wprawdzie decyzje dotyczące odbioru odpadów składane przez wykonawców wskazują na różną praktykę podmiotów wydających decyzje, jednak literalne zastosowanie się do zasad wyrażonych w rozporządzeniu w sprawie katalogu odpadów winno skutkować objęciem zezwoleniem tylko ww. grup odpadów. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, aby wytwarzany przez niego gruz musiał być klasyfikowany do grupy 17. Przyznał, iż zwykle zleca roboty budowlane wyspecjalizowanym podmiotom, lecz równocześnie wskazał, że nie może wykluczyć, aby w ramach jednostki funkcjonował zespół, który określonych remontów dokonuje we własnym zakresie. Swojego stanowiska nie poparł jednak żadnym dowodem. Zgodnie z art. 3 ust. 3 pkt 22 ustawy o odpadach przez wytwórcę odpadów – rozumie się przez każdego, którego działalność lub bytowanie powoduje powstawanie odpadów oraz każdego, kto przeprowadza wstępne przetwarzanie, mieszanie lub inne działania powodujące zmianę charakteru lub składu tych odpadów; wytwórcą odpadów powstających w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbioru, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątnięcia, konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy usługę, chyba że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej. Tym samym zasadą jest, iż to wykonawca usługi budowlanej jest wytwórcą odpadu (chyba że umowa stanowi inaczej) i takie odpady winny być zatem klasyfikowane do grupy 17. Zamawiający nie dowiódł, że w przypadku robót budowlanych umowy przewidują, że to on, a nie wykonawca jest wytwórcą odpadów ani że skala generowanych przez niego odpadów z budów/remontów uniemożliwia klasyfikację wytwarzanych przez niego odpadów do odpadów komunalnych z grupy 20 03 99 (na zasadach analogicznych do wytwarzanych przez gospodarstwa domowe odpadów budowlanych z remontów). Za powyższym stanowiskiem nie przemawia także w żaden sposób szacowana ilość odpadów z tej kategorii dla części II w okresie 14 miesięcy - 21m3, co wycenione było przez wykonawców na odpowiednio (Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki - 680,40 zł brutto, całość w części II – 53874,29 zł brutto, Odwołujący – 907,20 zł brutto, całość w części II – 51563,51 zł brutto, Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. – 1680 zł brutto, całość w części II – 56307,43 zł brutto). Ilość tę należy ocenić jako nieznaczącą i brak jest jakichkolwiek przesłanek, aby wykonawca nie mógł tego odpadu zakwalifikować jako odpadu komunalnego w ramach kodu 20 03 99. Ponadto Odwołujący podnosił, a Zamawiający nie udowodnił okoliczności przeciwniej, że jest aktualnym wykonawcą zamówienia, który odbiera

25

również tego typu odpady na podstawie posiadanych zezwoleń i dokonuje kwalifikacji odpadu jako objętego kodem 20 03 99, która to kwalifikacja nie była zakwestionowana. Ponadto warto zauważyć, iż w toku wykonywania zamówienia posiadane przez wykonawców zezwolenia na odbiór odpadów utracą swoje zastosowanie. Zgodnie z ustawą z dnia 11 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, która weszła w życie 1 stycznia 2012 r., zamiast zezwoleń na prowadzenie przez przedsiębiorców działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzony jest rejestr działalności regulowanej. Przedsiębiorcy zobligowani są do dokonania wpisu do tego rejestru, a zezwolenia wydane przed 1 stycznia 2012 r. zachowują ważność do 31 grudnia 2012 r. Jako że co do zasady pojęciem odpady komunalne winny być objęte tylko odpady z grupy 20 i 15 (15 01), również wpis do rejestru działalności regulowanej winien do tych grup odpadów się odnosić. Brak jest zatem pewności, czy przedsiębiorca uzyskałby wpis do rejestru obejmujący kod wymagany przez Zamawiającego, tym samym w toku wykonywania zamówienia wykonawca musiałby albo dokonać zmiany kwalifikacji kodu odbieranego odpadu (na 20 03 99 jako objętego zakresem kodów dla odpadów komunalnych) albo wykonywać usługę odbioru gruzu od Zamawiającego pod kodem 17 01 07 jedynie na podstawie zezwolenia na transport odpadów wydawanego zgodnie z odrębną ustawą (ustawa o odpadach). Zdaniem Izby w ujęciu właściwych przepisów odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest czynnością odrębną od zbierania lub transportu odpadów. Zbieranie i transport odpadów komunalnych wymaga odrębnego zezwolenia z art. 28 ustawy o odpadach. Odbieranie odpadów nie obejmuje czynności ich zbierania, gdyż to jest obowiązkiem właścicieli nieruchomości, na co nie potrzebują zezwolenia. Natomiast odbiorca odpadów może prowadzić działalność także w zakresie zbierania, posiadając odpowiednie zezwolenie (jeżeli np. magazynuje czy przepakowuje odpady). Odbiór odpadów wymaga jednak zezwolenia na transport. Jest to odrębne zezwolenie i dla odbierania odpadów komunalnych niezbędne są obydwa. Zamawiający ani w treści ogłoszenia o zamówieniu ani w SIWZ nie przewidział możliwości wykazania się tylko zezwoleniem na transport. Jednoznacznie wymagał zarówno zezwolenia na transport wydanego na podstawie ustawy o odpadach oraz zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych wydanego na podstawie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach/wpisu do rejestru działalności regulowanej, który także odnosi się do odbioru odpadów komunalnych i jest uregulowany ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Nie sposób w tym zakresie podzielić stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie z 27 kwietnia 2012 r., iż nie żądał, aby decyzję na odbiór odpadów wystawił Burmistrz Dziwnowa, lecz aby decyzja była ważna (uprawniała do odbioru odpadów) z terenu m. Dziwnów. Należy podkreślić, iż zgodnie z właściwymi regulacjami prawnymi na terenie Gminy Dziwnów jedynie Burmistrz Gminy Dziwnów był/jest uprawniony

26

do wydania decyzji na odbiór odpadów komunalnych na podstawie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach/prowadzenia rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości. Nie ma zatem innego podmiotu uprawnionego do potwierdzenia, iż dany podmiot jest uprawniony do prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Zamawiający na etapie oceny ofert nie może zmieniać czy odstępować od ustalonych przez siebie wymagań. Skoro wymagał wykazania się uprawnieniem do prowadzenia działalności w zakresie transportu odpadów na podstawie ustawy o odpadach oraz uprawnieniem do odbioru odpadów na podstawie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, winien być w swym żądaniu konsekwentny. Tymczasem wykluczył Odwołującego za brak wskazania w zezwoleniu na odbiór odpadów wydanym przez Burmistrza Dziwnowa kodu 17 01 07, który nie jest niezbędny dla zgodnego z prawem zrealizowania zamówienia, gdyż gruz będący przedmiotem niniejszego zamówienia może być klasyfikowany tak jak dotychczas jako odpad o kodzie - 20 03 99, natomiast dokonał wyboru wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., który również nie wykazał swojego uprawnienia do odbioru odpadów o kodzie 17 01 07, ponieważ przedłożona na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia jako zezwolenie na odbiór na terenie Gminy Dziwnów odpadów o kodzie 17 01 07 decyzja Starosty Kamieńskiego z 20 lipca 2005 r. wydana na podstawie ustawy o odpadach i obejmująca zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu, odzysku odpadów innych niż niebezpieczne, gdzie wymienione są odpady o kodzie 17 01 07, nie jest decyzją zezwalającą na odbiór odpadów na podstawie ustawy o utrzymaniu czystości i

porządku w gminach. Powyższe winno być dla Zamawiającego oczywiste, gdyż przywołuje ona podstawę prawną oraz wydana jest przez inny organ – starostę. Przedstawiona przez tego wykonawcę decyzja Burmistrza Dziwnowa z 22 grudnia 2003 r. oraz zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z tereny Gminy Dziwnów także nie potwierdzają możliwości odbierania odpadu komunalnego o kodzie 17 01 07 z terenu Gminy Dziwnów. Jak było to już wskazane, czym innym jest transport odpadów uregulowany ustawą o odpadach, czym innym odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości na podstawie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ jednoznacznie wymagał wykazania się jednym i drugim uprawnieniem. Jeżeli zatem w stosunku do odpadu o kodzie 17 01 07 dokonał zmiany zakresu oczekiwanych uprawnień, winien to jednoznacznie wskazać. Tymczasem dokonał wykluczenia Odwołującego, pomimo iż posiada uprawnienia do wykonywania działalności objętej zamówieniem (możliwa jest bowiem klasyfikacja odpadu gruz jako 20 03 99, a Zamawiający nie wykazał, iż jest inaczej), równocześnie wybierając wykonawcę, który również nie wykazał, aby był uprawniony do odbioru odpadów o kodzie 17 01 07, gdyż przedstawiona przez niego decyzja nie jest decyzją wymaganą przez

27

Zamawiającego dla potwierdzenia posiadanego uprawnienia do odbioru odpadów na podstawie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Należy nadmienić, iż jako podstawę wykluczenia Zamawiający podał tylko brak decyzji Burmistrza Dziwnowa na odbiór odpadu o kodzie 17 01 07. Takie stanowisko z pewnością świadczy o wadliwym procesie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, i skutkować winno ponownym przeprowadzeniem tej procedury, z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Uwzględniając powyższe, w ocenie Izby zarzuty Odwołującego co do nieprawidłowości oceny jego oferty należało uznać za słuszne.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania w zakresie części V i VI wykonawcy Firma Handlowo Usługowa Krzysztof Grabowiecki Izba uznała, iż choć wniosek Odwołującego co do konieczności wykluczenia ww. wykonawcy ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest przedwczesny z uwagi na obligatoryjną procedurę przewidzianą art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, to słusznym jest stanowisko, iż Zamawiający dopuścił się nieprawidłowości w procesie badania i oceny oferty wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki w odniesieniu do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę w zakresie wskazanym w odwołaniu. Powyższe winno skutkować ponownym badaniem i oceną ofert.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego odnośnie braku konieczności weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego – pojazd asenizacyjny o numerze rejestracyjnym ZKA A751, dla którego jako podstawę dysponowania wskazano – najem, gdyż załączony przez wykonawcę protokół przekazania z 30 kwietnia 2008 r. nie był przez Zamawiającego wymagany. Podnieść należy, iż zgodnie z regulacją art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania ofert spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp lub brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Oznacza to, że ciężar wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia przesunięty został na wykonawcę. To wykonawca ma wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Powyższej regulacji odpowiada treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z powyższego wynika, że „Wykluczenie obejmuje więc dwie sytuacje faktyczne. Jako pierwszą wymienić należy tę, w której wykonawca wprawdzie przedłożył wymagane przez zamawiającego poprawne oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lecz wynika z nich, iż nie posiada on wymaganych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału

28

osobowego, technicznego lub zdolności finansowej lub ekonomicznej, w zależności od tego,

jak zamawiający opisał sposób dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ze złożonych oświadczeń i dokumentów wynika więc, że wykonawca nie jest zdolny do wykonania zamówienia według kryteriów przyjętych przez zamawiającego w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Druga z sytuacji abstrahuje od rzeczywistej zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Wykonawca nawet posiadający wszelkie wymagane przez zamawiającego przymioty będzie podlegał wykluczeniu, jeżeli nie przedłożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie wykazał on bowiem, że warunki spełnia, i nie dostarczył wymaganych informacji pozwalających na weryfikację spełniania warunków". (tak *Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz art. 24 ustawy Pzp, LEX 2010*). Tym samym to nie Zamawiający ma wykazać że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a wykonawca, że te warunki spełnia. Okoliczność, czy wykonawca dysponuje potencjałem technicznym jako własnym, czy też potencjał ten zostanie mu udostępniony na potrzeby realizacji zamówienia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp winna wynikać z oferty wykonawcy i przedłożonych wraz z nią dokumentów. Wskazanie jako podstawy dysponowania najmu nie przesądza w ocenie Izby, ani że mamy do czynienia z potencjałem własnym ani z udostępnieniem w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Powyższe zależeć będzie od stanu faktycznego sprawy. Aczkolwiek równocześnie należy zauważyć, że zgodnie ze wzorem załącznika nr 6 „Objaśnienia: - kolumna 4 *informacja czy urządzenia są własnością wykonawcy, czy będzie nimi dysponował (podać formę dyspozycji)* i załączyć pisemne zobowiązanie. – kolumna 5 wpisać składane załączniki (zobowiązania)", Zamawiający niejako przesądził, iż w jego opinii jedynie własność potwierdza, że wykonawca dysponuje potencjałem technicznym jako własnym, inne formy dysponowania należy zrównać w skutkach z udostępnieniem zasobów i koniecznością przedstawienia pisemnego zobowiązania. Zdaniem Izby pomimo takiej treści załącznika nr 6 powyższe zależeć będzie od stanu faktycznego sprawy. Jeżeli bowiem pojazd znajdowałby się w aktualnej dyspozycji wykonawcy i może on z niego korzystać bez ograniczeń na podstawie zawartej umowy najmu przez czas niezbędny do realizacji umowy, wówczas należałoby uznać, iż stanowi on potencjał własny wykonawcy i art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie znajdowałby zastosowania. Jeżeli jednak korzystanie z potencjału technicznego na potrzeby realizacji zamówienia uzależnione jest od zgody innego podmiotu, który zobowiązuje się udostępnić go wykonawcy składającemu ofertę, zatem wykonawca ten nie dysponuje, lecz będzie dysponował wymaganym potencjałem technicznym, co wypełnia dyspozycję art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wówczas jest on zobowiązany udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy

29

wykonaniu zamówienia. Zobowiązanie stanowi jedynie przykładowy sposób dowodzenia udostępnienia (świadczy o tym zwrot "w szczególności"), wykonawca może posłużyć się innymi środkami dowodowymi, zasadą jest jednak, aby w oparciu o nie udowodnić Zamawiającemu, że będzie wskazanym w ofercie potencjałem dysponował. Powyższy obowiązek wynika bezpośrednio z ustawy Pzp niezależnie od faktu powołania przedmiotowej regulacji w specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy ogłoszeniu o zamówieniu przez zamawiającego. Jeżeli na podstawie dokumentów zawartych w ofercie zamawiający nie może ustalić jednoznacznej podstawy dysponowania, winien wystąpić do wykonawcy o stosowne wyjaśnienia. Jak było to wskazane powyżej, udostępnienie potencjału w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wiąże się z określonymi obowiązkami wykonawcy, których zamawiający nie może pominać.

Odnosząc powyższe rozważania do stanu faktycznego niniejszej sprawy, zdaniem Izby stwierdzić należy, że zawarty w ofercie protokół zdawczo-odbiorczy z 30 kwietnia 2008 r. wraz z załącznikiem dotyczący pojazdu asenizacyjnego wskazanego pod poz. 7, gdzie jako strona przekazująca widnieje Urząd Miejski w Dziwnowie, strona zdająca – Komunalne Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe i Ochrony Środowiska „KOROS” Sp. z o.o., a strona przejmująca – wykonawca Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki i w którym wskazano, iż Zdający zdaje, Przekazujący przekazuje, Przyjmujący przyjmuje: 1) bazę usług komunalnych zgodnie z załącznikiem nr 1 do protokołu, 2) sprzęt do prac komunalnych zgodnie z załącznikiem nr 2 do protokołu, 3) materiały i elementy małej architektury zgodnie z załącznikiem nr 3 do protokołu, nie potwierdza jednoznacznie podstawy dysponowania

wymaganym potencjałem technicznym. Wprawdzie jak było to podniesione powyżej zgodnie ze wzorem załącznika nr 6 „Objaśnienia: - kolumna 4 *informacja czy urządzenia są własnością wykonawcy, czy będzie nimi dysponował (podać formę dyspozycji)* i załączyć pisemne zobowiązanie. – kolumna 5 wpisać składane załączniki (zobowiązania), podanie innej formy dysponowania niż własność oraz wypełnienie kolumny piątej i załączenie do Wykazu Urządzeń Technicznych dokumentów odnoszących się do dysponowania potencjałem wskazuje na udostępnienie zasobów w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jednak Zamawiający, mając wątpliwość co do podstawy dysponowania, winien tę okoliczność wyjaśnić.

Zdaniem Izby w oparciu o analizę protokołu zdawczo-odbiorczego z 30 kwietnia 2008 r. Zamawiający nie był władny bezspornie ustalić, czy wykonawca dysponuje nim jako potencjałem własnym, czy też w oparciu o udostępnienie w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jak również czy na podstawie przedmiotowego przekazania wykonawca uzyskał uprawnienie do korzystania z pojazdu na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. W protokole brak jest określenia czasu, na który powyższe przekazanie ma miejsce. Nie wskazano także

30

jednoznacznie podstawy przekazania, tj. czy nie wiąże się ona z realizacją określonej umowy na rzecz udostępniającej gminy a zatem, czy wykonawca może korzystać z przedmiotowego pojazdu przy wykonywaniu innych zamówień na rzecz innych zlecających. Zamawiający nie wyjaśnił tych okoliczności, pomimo iż w świetle własnego wzoru załącznika nr 6 i instrukcji jego wypełnienia powinien był zakładać, iż wskazanie jako formy dysponowania najmu oraz załączenie przedmiotowego protokołu zdawczo-odbiorczego wskazuje na udostępnienie zasobu w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a nie dysponowanie nim jako potencjałem własnym. Zamawiający zaniechał uzyskania stosownych wyjaśnień, pomimo że Odwołujący zwrócił się do niego z pismem z 17 kwietnia 2012 r., podnosząc, że z powyższego protokołu nie wynika, że pojazd został przekazany wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki na czas nieokreślony. Odwołujący przywoływał postanowienie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp i podnosił, że z załączonego protokołu nie wynika, iż wykonawca będzie dysponował przedmiotowym pojazdem asenizacyjnym do 30 czerwca 2013 r. Ponadto Odwołujący informował, że z posiadanych przez niego informacji wynika, że pojazd ten został przekazany do eksploatacji w ramach umowy zawartej z Gminą Dziwnów dotyczącej świadczenia usług na rzecz Gminy z przeznaczeniem przedmiotowego pojazdu do realizacji tej umowy zawartej na czas określony do 30 kwietnia 2012 r., a umowa ta nie pozwala na wykorzystywanie powyższego pojazdu do świadczenia usług na rzecz innych podmiotów poza Urzędem Gminy, a tym bardziej na wykorzystywanie go do świadczenia usług poza terenem administracyjnym Gminy Dziwnów na terenie innych jednostek administracyjnych samorządu terytorialnego. Zamawiający pomimo uzyskania takich informacji nie wyjaśnił z wykonawcą tych wątpliwości, choć w ocenie Izby winien był to uczynić, gdyż przedłożony protokół budził wątpliwości co do wykazania przez wykonawcę dysponowania wymaganym potencjałem technicznym. Nie potwierdzał dysponowania nim jako potencjałem własnym, jak również nie mógł być uznany za wystarczający dowód udostępnienia potencjału w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, gdyż brak w nim było jakiegokolwiek potwierdzenia, iż udostępniający potwierdza (zobowiązuje się) do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia. Argumentacja Zamawiającego, iż protokół zdawczo-odbiorczy nie był elementem wymaganym przez Zamawiającego, a ponadto nie sposób wywieść z niego wniosków zawartych w odwołaniu zdaniem Izby jest całkowicie chybiona. Niewątpliwie bowiem Zamawiający żądał (literalnie) w przypadku udostępnienia zasobów przedstawienia pisemnego zobowiązania. Ponadto to nie na Zamawiającym lecz na wykonawcy korzystającym z regulacji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ciąży udowodnienie, że będzie on dysponował zasobem niezbędnym do realizacji zamówienia przez okres jego wykonywania. Należy zauważyć, iż wykonawca Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki zdawał się mieć tego świadomość, gdyż w zakresie pozostałych pojazdów wskazanych w poz. 8-11 przedstawił zobowiązanie podmiotu

31

trzeciego do ich wynajęcia na okres od 1 maja 2012 r. do 30 czerwca 2013 r. Protokół zdawczo-odbiorczy z 30 kwietnia 2008 r. w żadnym razie nie potwierdza okoliczności

wymaganych art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Nie stanowi on również dowodu, iż wykonawca Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki dysponuje wymaganym potencjałem jak własnym. W tym zakresie argumentację Odwołującego należy uznać za uzasadnioną. Wskazując jednak na powyższe jako uzasadnienie wykluczenia wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki z postępowania w zakresie części V i VI, gdyż składając ofertę na część II, V, VI i X winien był wykazać dysponowanie 5 pojazdami asenizacyjnymi łącznie, a w odniesieniu do pojazdu asenizacyjnego Jelcz ZKA A751 dysponowania nie wykazał, Odwołujący dokonuje wykładni treści warunku udziału w postępowaniu z pominięciem okoliczności, iż oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdy wykonawca złożył oferty na kilka części zamówienia, należy dokonywać w ramach wymogów postawionych dla tych części. Nie można zatem spełnienia powyższego warunku odnosić łącznie do wszystkich części, w których wykonawca złożył ofertę. Istotnie zgodnie z SIWZ wykonawca, składając ofertę na kilka części, winien zsumować wymagany potencjał techniczny. Należy jednak w niniejszym stanie faktycznym uwzględnić okoliczność, że wykonawca Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki został skutecznie wykluczony z postępowania w zakresie części II, w której zgodnie z SIWZ w zakresie potencjału technicznego należało dysponować 1 pojazdem asenizacyjnym. Oznacza to zatem, że określone w ofercie pozostałe 4 pojazdy asenizacyjne (które nie są objęte zarzutami Odwołującego) teoretycznie są wystarczającym potencjałem dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w pozostałych częściach: część V – 2 pojazdy, część VI – 1 pojazd, część X – 1 pojazd. Równocześnie jednak Wykaz Urządzeń Technicznych został sporządzony w taki sposób, iż nie przyporządkowano poszczególnych pojazdów określonym częściom zamówienia. Tym samym nie jest wiadomym, czy wskazane w ofercie pojazdy dedykowane były realizacji konkretnych części zamówienia, a zatem czy wskazane były w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w konkretnej części. Takie ograniczenia mogły bowiem np. wynikać z warunków najmu będącego podstawą dysponowania nimi. Tym samym uznać należy, iż jeżeli pojazd asenizacyjny określony w poz. 7 Jelcz o numerze rejestracyjnym ZKA A751 przeznaczony był do realizacji zamówienia w części V lub VI, a zatem wskazywany był na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w którejkolwiek z tych części, niezbędne jest wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia podstawy i zasad dysponowania pojazdem. Gdyby w wyniku wyjaśnień ustalone zostało, iż pojazd ten nie znajduje się w dyspozycji wykonawcy jako potencjał własny, lecz podstawą dysponowania nim jest udostępnienie zasobu na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, niezbędnym jest wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wykazania (udowodnienia), iż będzie on nim

32

dysponował na potrzeby realizacji zamówienia w wymaganym okresie, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego do oddania mu do dyspozycji przedmiotowego pojazdu na okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia, względnie do wykazania, iż dysponuje lub będzie dysponował innym pojazdem spełniającym wymagania Zamawiającego, co wymaga także przedstawienia uzupełnionego Wykazu Urządzeń Technicznych (w pierwotnym Wykazie Urządzeń Technicznych wskazano określone dane pojazdu). Jak było to wskazane, powyższe obowiązki aktualizują się wówczas, gdy ustalone zostanie, że pojazd ten służyć miał do realizacji zamówienia w części V lub VI, a zatem był wykazywany na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału technicznego w jednej z tych części. Okoliczność powyższa również podlega wyjaśnieniu przez wykonawcę. Wniosek Odwołującego o konieczności wykluczenia wykonawcy z uwagi na nieprawidłowości w wykazaniu dysponowania potencjałem technicznym należy zatem uznać za przedwczesny. Zamawiający zobligowany jest bowiem do uprzedniego zastosowania procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, która w kwestionowanym zakresie nie była wykorzystana.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieprawidłowości decyzji Wójta Gminy Rewal z 27 grudnia 2004 r. wydanej na podstawie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach o zezwoleniu na prowadzenie działalności na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Rewal załączonej do oferty wykonawcy Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki Izba stwierdza, iż wyjaśnienia Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie nie zasługują na uwzględnienie. Zamawiający

podnosił, iż Odwołujący nie wykazał przesłanek do stwierdzenia nieważności decyzji zgodnie z art. 156 Kodeksu postępowania administracyjnego. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanek do wygaśnięcia decyzji, przedstawiając jedynie swoją opinię na ten temat. Ponadto Zamawiający podnosił, iż Odwołujący nie wykazał, ażeby właściwy organ wydał decyzję w przedmiocie wygaszenia decyzji przedłożonej przez wykonawcę, a samo istnienie przesłanek wygaszenia decyzji, co Zamawiający kwestionuje, nie przesądza w żaden sposób o jej nieważności z mocy prawa, jak twierdzi Odwołujący. Zdaniem Izby stanowisko Zamawiającego pomija treść przywoływanych przez Odwołującego przepisów art. 10 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz o zmianie niektórych innych ustaw. Przepisy te przewidują:

"3. W terminie 6 miesięcy od dnia podania do publicznej wiadomości wymagań, o których mowa w art. 2 pkt 7 lit. b, c i f, przedsiębiorcy prowadzący działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości lub opróżniania zbiorników

33

bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych są obowiązani dostosować swoją działalność do zmian wprowadzonych ustawą, o której mowa w art. 2, oraz wystąpić z wnioskiem o zmianę posiadanego zezwolenia na prowadzenie działalności na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

4. Jeżeli przedsiębiorca prowadzący działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości lub opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych nie wystąpi z wnioskiem, o którym mowa w ust. 3, wójt, burmistrz, prezydent miasta stwierdzi z urzędu, bez odszkodowania, wygaśnięcie dotychczasowej decyzji".

Przepis art. 10 ust. 3 powoływanej powyżej ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz o zmianie niektórych innych ustaw wyraźnie przewiduje konieczność dostosowania przez przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości swojej działalności do zmian wprowadzonych ustawą, o której mowa w art. 2 (ustawa o *utrzymaniu czystości i porządku w gminach*), oraz wystąpić z wnioskiem o zmianę posiadanego zezwolenia na prowadzenie działalności na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Art. 10 ust. 4 z kolei wskazywał na jednoznaczną konsekwencję zaniechania przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wystąpienia z powyższym wnioskiem w postaci stwierdzenia z urzędu, bez odszkodowania, wygaśnięcia dotychczasowej decyzji. Należy podkreślić, iż zmienione zezwolenie określa m.in. rodzaje odbieranych odpadów ze wskazaniem nazw i kodów odpadów zgodnie z rozporządzeniem w sprawie katalogu odpadów. Zezwolenie przedstawione przez wykonawcę Firma Handlowo-Usługowa Krzysztof Grabowiecki wymogu tego nie spełnia. Wobec tak jednoznacznej i stanowczej regulacji ustawowej całkowicie niezrozumiałym jest stanowisko Zamawiającego, iż kwestionuje istnienie przesłanek do stwierdzenia wygaśnięcia decyzji o zezwoleniu na odbiór odpadów komunalnych. Zamawiający nie wykazał, iż nie została spełniona przesłanka przewidziana tym przepisem, tj. nie zostały podane do publicznej wiadomości wymagania, o których tam mowa. Powyższe zostało wykazane przez Odwołującego, który przedłożył ogłoszenie Wójta Gminy Rewal z dnia 7 września 2006 r. w sprawie podania do publicznej wiadomości wymogów dla ubiegających się o zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych w Gminie Rewal zawarte w zarządzeniu Nr 20/06 Wójta Gminy Rewal z dnia 6 września 2006 r. Zamawiający nie kwestionował powyższego dowodu. Istotnie Odwołujący posłużył się sformułowaniem nieważności decyzji z mocy prawa, a ww. ustawa wymaga stwierdzenia wygaśnięcia dotychczasowej decyzji z urzędu, jednak z punktu widzenia możliwości wykonywania działalności objętej zezwoleniem przedstawienie decyzji, która z

34

mocy prawa podlega wygaszeniu (o ile wykonawca nie złożył stosownego wniosku o zmianę zezwolenia i nie uzyskał decyzji zmieniającej), nie może być uznane za prawidłowe wykazanie warunku posiadania uprawnień zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Stwierdzenie wygaśnięcia decyzji musi być orzeczone w drodze decyzji w przypadkach wskazanych w art. 162 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, zgodnie z którym organ administracji publicznej, który wydał decyzję w pierwszej instancji, stwierdza jej wygaśnięcie, jeżeli decyzja: 1) stała się bezprzedmiotowa, a stwierdzenie wygaśnięcia takiej decyzji nakazuje przepis prawa albo gdy leży to w interesie społecznym lub w interesie strony, 2) została wydana z zastrzeżeniem dopełnienia przez stronę określonego warunku, a strona nie dopełniła tego warunku. Decyzja stwierdzająca wygaśnięcie decyzji bezprzedmiotowej jako decyzja deklaratoryjna wywołuje skutki prawne od dnia, w którym powstały przesłanki wygaśnięcia decyzji, a nie od dnia jej wydania (art. 162 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego w zw. z art. 10 ust. 4 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz o zmianie niektórych innych ustaw; por. „Nie może budzić wątpliwości deklaratoryjny charakter decyzji stwierdzającej wygaśnięcie decyzji administracyjnej jako bezprzedmiotowej. Decyzja tego rodzaju wywołuje skutki prawne *ex tunc*, tzn. od dnia, w którym powstały przesłanki wygaśnięcia decyzji, czyli od dnia, w którym decyzja stała się bezprzedmiotowa” (wyrok WSA w Warszawie z 10 listopada 2006 r., sygn. V SA/Wa 1589/06). Zdaniem Izby jednoznaczny jest, że wykonawca, który przedkłada jedynie decyzję zezwalającą na odbiór odpadów, co do której, o ile przedsiębiorca nie złożył stosownego wniosku o jej zmianę, właściwy organ winien był z urzędu stwierdzić jej wygaśnięcie, nie stanowi potwierdzenia, iż jest on upoważniony do prowadzenia działalności objętej zezwoleniem i nie stanowi prawidłowego potwierdzenia posiadania wymaganych przez Zamawiającego uprawnień. Argumentacja Odwołującego w powyższym zakresie była podnoszona także w piśmie z 17 kwietnia 2012 r., toteż niezrozumiałym jest stanowisko Zamawiającego, który dokonał wyboru wykonawcy Firma Usługowo-Handlowa Krzysztof Grabowiecki bez uzyskania choćby wyjaśnień tego wykonawcy co do prawidłowości przedłożonej decyzji i posiadanych uprawnień do wykonywania działalności polegającej na odbiorze odpadów na terenie Gminy Rewal. Podnoszona na rozprawie okoliczność, iż Zamawiający posiada informacje, iż wykonawca ten wykonuje działalność w zakresie odbioru odpadów komunalnych na terenie tej gminy pozostaje bez znaczenia dla oceny prawidłowości wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo przedmiotowa decyzja Wójta Gminy Rewal z 27 grudnia 2004 r. nie wymienia rodzajów odpadów wraz z podaniem kodów, do odbioru których wykonawca jest uprawniony, stąd Zamawiający w istocie nie mógł zweryfikować, czy wykonawca posiada uprawnienie do odbioru odpadów o wymaganych przez siebie kodach, co w innych przypadkach było przedmiotem jego wnikliwej analizy i oceny. Tym samym stwierdzić należy, iż Zamawiający

35

winien wezwać wykonawcę do wyjaśnień odnośnie prawidłowości przedłożonej decyzji (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) oraz uzupełnienia dokumentów poprzez przedłożenie aktualnego zezwolenia uprawniającego do odbioru odpadów komunalnych na terenie Gminy Rewal (decyzji zmieniającej lub innej uprawniającej zgodnie z przepisami do wykonywania działalności w zakresie odbioru odpadów), względnie wpisu do rejestru działalności regulowanej (zgodnie z wymogiem SIWZ) (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Należy podkreślić, iż obowiązek powyższy aktualizuje się w przypadku, gdy wykazanie posiadania uprawnienia do prowadzenia działalności polegającej na odbiorze odpadów komunalnych na terenie Gminy Rewal dotyczy części V lub VI zamówienia, jako że jedynie do takiego zakresu odnoszą się zarzuty odwołania.

Z uwagi na powyższe na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 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), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w maksymalnej wysokości 3.600 zł zgodnie z przedłożoną do akt sprawy fakturą VAT.

Przewodniczący:

