Sygn. akt: KIO 669/16

WYROK
z dnia 12 maja 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę JUKO Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Tuszyn

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.
   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego - JUKO Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim z postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.
   Nakazuje Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Tuszyn i:
   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę JUKO Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim tytułem wpisu od odwołania,
   2.2 zasądza od Zamawiającego Gminy Tuszyn kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) na rzecz wykonawcy JUKO Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 669/16

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Tuszyn - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy na terenie Gminy Tuszyn w okresie od dnia 1 maja 2016 r. do dnia 31 grudnia 2017 r.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 marca 2016 roku pod numerem 2016/S 046-076349.

28 kwietnia 2016 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący – JUKO Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim – wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności / zaniechania czynności

przez Zamawiającego zarzucając Zamawiającemu niezgodnie z przepisami ustawy:

- wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentu w postaci zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Tuszyn zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1399) w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem, podczas gdy Odwołujący załączył do oferty spełniający wymagania SIWZ i ogłoszenia dokument a Zamawiający używając w wezwaniu sformułowania „w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem" rozszerzył postawiony w SIWZ i ogłoszeniu warunek udziału w postępowaniu,
- wykluczenie Odwołującego z postępowania i uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Tuszyn zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1399) w sposób wymagany przez Zamawiającego,
- wybranie jako najkorzystniejszej oferty Z.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „BIZMEX" Z.B.", podczas gdy najkorzystniejszą ofertę w niniejszym postępowaniu złożył Odwołujący.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentu w postaci zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Tuszyn zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1399) w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem, podczas gdy Odwołujący załączył do oferty spełniający wymagania SIWZ i ogłoszenia dokument a Zamawiający używając w wezwaniu sformułowania „w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem" rozszerzył postawiony w SIWZ i ogłoszeniu warunek udziału w postępowaniu;

2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art 24 ust. 4 ustawy przez wykluczenie Odwołującego z postępowania i uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Tuszyn zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1399) w sposób wymagany przez Zamawiającego;

3) art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 64 ust. 1, 75 ust. 1 pkt 4 ; 75a ust 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 584 ze zm.) oraz w zw. z art. 9b ust. 1 i 9c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. z 2016 r., poz. 250 ze zm.) przez ich błędną wykładnię skutkującą uznaniem, że Odwołujący był zobowiązany do legitymowania się na dzień złożenia oferty wpisem do rejestru działalności regulowanej obejmującym wszystkie kody odpadów ujęte opisem przedmiotu zamówienia, podczas gdy obowiązku takiego nie można wywodzić na etapie oceny ofert z rozszerzającej wykładni postanowień SIWZ, nakładając na wykonawcę obowiązki niewyartykułowane wprost w tych postanowieniach;

4) art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Z.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „BIZMEX" Z.B.", podczas gdy najkorzystniejszą ofertę w niniejszym postępowaniu złożył Odwołujący.

Odwołujący wniósł o:

1) nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunków przedstawionych na rozprawie.
3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci: specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: SIWZ) wraz z załącznikami, ogłoszenia o zamówieniu, oferty odwołującego, wezwania z dnia 12 kwietnia 2016 r. do uzupełnienia dokumentu, odpowiedzi na w/w wezwanie z dnia 13 kwietnia 2016 r., zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej - na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia.

Odwołujący wskazał, że przysługuje mu prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący argumentował, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący zaoferował najniższą cenę spośród wszystkich oferentów a także najkorzystniejsze dla Zamawiającego rozwiązanie oceniane w ramach kryterium pozacenowego. Gdyby Odwołujący nie został wykluczony z postępowania a jego oferta nie zostałaby uznana za odrzuconą w toku oceny ofert zostałaby uznana za najkorzystniejszą i to Odwołującemu Zamawiający udzieliłby zamówienia publicznego.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty.

W § 5 ust 1 pkt 1 tiret 1 SIWZ oraz w pkt III. 2.1. ppkt 1] tiret 1 ogłoszenia Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że „jest wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Tuszyn zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 1399)".
W § 6 ust. 1 pkt 2 lit. a) SIWZ oraz w pkt III. 2.1. ogłoszenia Zamawiający wymagał, aby celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu Wykonawca złożył „zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej *w* zakresie odbierania odpadów

komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Tuszyn zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie". **/dowody:** SIWZ, ogłoszenie o zamówieniu/.
Wymagane zaświadczenie Wykonawca do oferty załączył **/dowody:** oferta Odwołującego/.
Pismem z dnia 12 kwietnia 2016 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu: zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Tuszyn zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 1399) potwierdzającego uprawnienia wykonawcy do odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Tuszyn w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że „warunkiem udziału w postępowaniu jest m.in. posiadanie przez Wykonawcę uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Opis dokonywania oceny tego warunku zawarty jest w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - § 5 ust 1 pkt 1 str. 6 Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że jest m.in. wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Tuszyn zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz. U. z 2016 r., poz. 250] w. zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem".
Odwołujący podniósł, że sformułowanie „w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem" Zamawiający powiązał następnie z opisem przedmiotu zamówienia i wskazał, że Odwołujący

do złożonej przez siebie oferty załączył zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Tuszyn, który to wpis nie obejmuje odpadów o kodzie 16 01 03 zużyte opony i 17 01 07 zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia innych niż wymienione w 17 01 06, a odpady te są objęte zbiórką na terenie gminy Tuszyn na podstawie niniejszego zamówienia /dowody: wezwanie z dnia 12 kwietnia 2016 r. do uzupełnienia dokumentu /

Tymczasem sformułowanie „w zakresie objętym przedmiotem zamówieniem" pojawiło się w postawionym/doprecyzowanym warunku udziału w postępowaniu i opisie sposobu oceny spełnienia warunku, ale tylko odnośnie zezwolenia na transport odpadów:
w pkt W § 5 ust. 1 pkt 1 tiret 3 SIWZ oraz w pkt III. 2.1. ppkt 1) tiret 3 ogłoszenia Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że „posiada zezwolenie na transport odpadów objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z ustawą z 14 grudnia 2012 r. o odpadach lub wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 Ustawy z dn. 14.12.2012 r. o

odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 zpóźn. zm.) w zakresie objętym przedmiotem zamówienia“,
w § 6 ust 1 pkt 2 lit. c) SIWZ oraz w pkt III. 2.1. ogłoszenia Zamawiający wymagał, aby celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu Wykonawca złożył „zezwolenie na transport odpadów objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z ustawą z 14 grudnia 2012 r. o odpadach lub wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 Ustawy z dn. 14.12.2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 z późn. zm.) w zakresie objętym przedmiotem zamówienia".

Szczególnie jaskrawo użycie sformułowania ”w zakresie objętym przedmiotem zamówieniem" widać w systematyce treści ogłoszenia o zamówieniu. W § 5 ust. 1 pkt 1 SIWZ o tym, że wskazane na dole wyliczenia uprawnień sformułowanie „w zakresie objętym przedmiotem zamówieniem” dotyczy jedynie zezwolenia na transport a nie wpisu do rejestru działalności regulowanej świadczy zastosowana interpunkcja: „kropka" po wymienionym wpisie do rejestru działalności regulowanej. Zamawiający wzywając Odwołującego do uzupełnienia dokumentu w postaci zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej: po pierwsze niezasadnie przyjął, że załączony do oferty dokument nie spełnia postawionych wymogów, jako że brak w jego treści wskazanych w wezwaniu kodów odpadów nie dyskwalifikował go w świetle postawionego w SIWZ i ogłoszeniu warunku udziału w postępowaniu; po drugie bezpodstawnie i nieskutecznie rozszerzył postawiony warunek przez odniesienie jego treści do kodów odpadów wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia.
Ani w SIWZ ani w ogłoszeniu Zamawiający nie wskazał, jakim zakresem uprawnień ma dysponować wykonawca, tj. do odbioru jakich odpadów na dzień składania ofert powinien upoważniać go wpis do rejestru działalności regulowanej. Postanowienia ogłoszenia i SIWZ dotyczące wymogów odnośnie wpisu do rejestru działalności regulowanej wskazują jedynie, że takim wpisem wykonawca musi dysponować, nie wskazują jednak wymogów odnośnie treści wpisu. Inaczej Zamawiający postąpił w zakresie zezwolenia na transport, bowiem wymóg, by zezwolenie to obejmowało przedmiot zamówienia. Takiego wymogu odnośnie wpisu do rejestru działalności regulowanej nie postawił.
Nie ma zatem podstaw by Zamawiający wymagał od wykonawcy wykazania posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odpadów o kodach: 16 01 03, 17 01 07, na etapie składania ofert. Wymaganie zaświadczenia uwzględniającego wskazane kody odpadów nie ma oparcia w wymogach dokumentacji postępowania i stanowi próbę nieuprawnionej zmiany postawionych warunków udziału w postępowaniu na etapie badania ofert

Czyniąc zadość wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Odwołujący złożył raz jeszcze zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej (takie jak załączone do oferty) oraz złożył wyjaśnienia. /dowody: odpowiedź na w/w wezwanie z dnia 13 kwietnia 2016 r./

Odwołujący został wykluczony z postępowania. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Zamawiający szeroko uzasadniał podjęte działania wskazując na potrzebę ochrony interesu publicznego i wymóg posiadania przez podmiot odbierający odpady komunalne wpisu do rejestru działalności regulowanej /dowody: zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej /.

Odwołujący nie neguje obowiązku posiadania przez podmiot odbierający odpady komunalne wpisu do rejestru działalności regulowanej gdy ten odpady komunalne odbiera (na etapie realizacji zamówienia). Stoi jednak na stanowisku, że takie a nie inne sformułowanie przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu nie obligowało Odwołującego do dysponowania wpisem do rejestru działalności regulowanej w zakresie odpadów o kodach: 16 01 03, 17 01 07 na dzień składania ofert. Taka interpretacja nie ma oparcia w zapisach SIWZ i ogłoszenia. Jeżeli natomiast przyjąć, że postanowienia SIWZ i ogłoszenia dotyczące warunków udziału w postępowaniu są same w sobie niekompletne, nieprecyzyjne, wówczas zgodnie z powszechnie przyjętą zasadą powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy. Odwołujący wskazała na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 108/10 oraz wyrok z dnia 13 stycznia 2015 roku sygn. akt KIO 2709/15.

Odwołujący wskazał, że na marginesie podniósł, że wpis do rejestru działalności regulowanej nie jest uprawnieniem do wykonywania określonej działalności lub czynności w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy. Brak wpisu do rejestru działalności regulowanej nie jest równoznaczne z nieposiadaniem uprawnień do wykonywania działalności. Wskazał Odwołujący w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2014 roku sygn. akt KIO 6/14.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 kwietnia 2016 roku oraz została przekazana

w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – Środki *ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcę J.F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Jantar J.F., Rzgów. Zgodnie z obowiązującymi przepisami wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępoania odwoławczego w terminie 3 dni od otrzymania kopi odwołania. Zgodnie z informacją zawartą w zgłoszeniu przystąpienia do postępoania odwoławczego, jak również oświadczeniem złożonym na posiedzeniu z udziałem stron informację o wniesieniu odwołania zgłaszający przystąpienie do postępoania odwoławczego uzyskał w dniu 29 kwietnia 2016 roku, natomiast zgłoszenie przystąpienia do postępoania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2016 roku. Izba zaznacza, że termin na skuteczne wniesienie odwołania upływał w dniu 2 maja 2016 roku (poniedziałek), który to dzień nie jest dniem wolnym od pracy. Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego doręcza się Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu – w rozpoznawanym przypadku zostało Prezesowi Krajowej Izby zgłoszenie przystąpienia doręczone

Odwoławczej w dniu 4 maja 2016 roku w formie pisemnej. Izba wskazuje, że dla skuteczności oceny zgłoszenia przystąpienia niezbędne jest doręczenie go Prezesowi Izby w określonym w ustawie terminie. Niewątpliwie stanowisko to wielokrotnie potwierdzane jest w orzecznictwie a szczególną wykładnie, choć odnoszącą się do wniesienia odwołania ale niewątpliwie co do istoty spójną również w zakresie zgłoszenia przystąpienia przedstawił Sąd Najwyższy, który 7 lutego 2014 r. (sygn. akt III CZP 90/13) podjął następującą uchwałę: *Do zachowania przewidzianego w art. 182 ust. 1 pkt 2 p.z.p. terminu do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie ma znaczenia dzień oddania odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z 2012 r. Prawo pocztowe lub w placówce pocztowej operatora* świadczącego *pocztowe usługi powszechne w innym państwie członkowskim Unii*

9

Europejskiej.
Sąd Najwyższy zwrócił m.in. uwagę, że spośród dyrektyw preferencji metod wykładni pierwszeństwo ma wykładnia językowa, a stosownie do treści art. 180 ust. 4 pzp odwołanie wnosi się do Prezesa Izby, co według słownika języka polskiego oznacza przedstawienie, przedłożenie komuś coś do rozpatrzenia, załatwienia, chodzi zatem o dotarcie odwołania do jego adresata. Z tego samego przepisu nie wynika, aby dla zachowania terminu do wniesienia odwołania miało jakiekolwiek znaczenie oddanie odwołania w polskiej placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. Prawo pocztowe, czy też stosownie do zmiany wprowadzonej do art. 165 § 2 kpc ustawą z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy - Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2013 r. Nr 880) w placówce pocztowej operatora świadczącego *pocztowe usługi w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej. Ten rezultat wykładni językowej wzmacniają także argumenty właściwe dla wykładni systemowej, celowościowej i historycznej. W najważniejszych ustawach proceduralnych (por. poza art. 165 § 2 kpc, art. 124 kpk, art. 57 § 5 pkt 2 kpa) przyjmuje się wprawdzie, jako regułę, że nadanie pisma w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z wniesieniem go do organu, jednak w każdym z tych postępowań domniemanie to wynika wprost z treści przepisów. Tak też w ustawie regulującej zamówienia publiczne i to tylko w odniesieniu do jednego ze* środków *ochrony prawnej, a mianowicie do skargi na orzeczenie Izby, którą wnosi się do sądu, w art. 198b ust. 2 zdanie drugie pzp przewidziano, że wniesienie skargi w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. - Prawo pocztowe (Dz. U. poz. 1529) jest równoznaczne z jej wniesieniem. (…) Sąd Najwyższy podniósł również, że w dobie współczesnych* środków *komunikacji społecznej, powszechności urządzeń do przekazywania informacji, dopuszczenie w art. 180 ust. 4 pzp wniesienia odwołania w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym zdefiniowanym w ustawie z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz. U. z 2013 r. poz. 262) niweluje ewentualne niedogodności związane z wniesieniem równoważnego odwołania w formie pisemnej do Prezesa Izby."*

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający na posiedzeniu złożył pismo z dnia 11 maja 2016 roku „Odpowiedź na odwołanie" wraz z załączonymi dowodami - wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

10

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła:

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) w § 5 – *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia tych warunków* zawarł następujące wymagania:

1) posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania
Opis sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku:
Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:
jest wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania − odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Tuszyn zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 1399).
(…) −
posiada zezwolenie na transport odpadów objętych przedmiotem zamówienia − zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach lub wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 Ustawy z dn. 14.12.2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.) w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.
Ocena spełnienia tego warunku dokonana zostanie na dzień składania ofert zgodnie z formułą spełnia – nie spełnia, w oparciu o informację zawarte w dokumentach i oświadczeniach załączonych do oferty.

W § 6 SWIZ – *Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r Prawo zamówień publicznych oraz nie podleganiu wykluczeniu z postępoania na podstawie art. 24 ust. 1* Zamawiający zawarł następujące wymagania:

2) dokumenty potwierdzające posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania

---

tj.:
a) zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w *zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Tuszyn zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz. U. z 2013 r., poz. 1399 z późn. zm.)*
b) (…),
c) zezwolenie na transport odpadów objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z ustawą z 14 grudnia 2012 r. o odpadach lub wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 Ustawy z dn. 14.12.2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 z późn. zm.) w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 12 kwietnia 2016 roku wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów:
- zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w *zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Tuszyn zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz. U. z 2016 r. poz. 250.), potwierdzającego uprawnienia wykonawcy do odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Tuszyn w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.*
W uzasadnieniu wezwania do uzupełnienia dokumentów Zamawiający wskazała, że *warunkiem udziału w niniejszym postępowaniu jest m.in. posiadanie przez wykonawcę uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynność, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Opis dokonania oceny tego warunku zawarty jest w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - § 5 ust. 1 pkt 1 str. 6. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże,* że *jest m.in. wpisany do rejestru działalności regulowanej* w *zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Tuszyn zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz. U. z 2016 r. poz. 250.) w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.*
Wykaz odpadów objętych zbiórką na terenie gminy Tuszyn w zakresie niniejszego zamówienia umieszony jest w załączniku nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia" część II i część III, wynika on również z samych zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.
Do złożonej przez wykonawcę oferty dołączone zostało zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbieranych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Tuszyn. Ww. wpis nie obejmuje jednak odpadów o kodzie 10 01 03 zużyte opony i 17 01 07 zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych

materiałów ceramicznych i elementów wyposażanie inne niż wymienione w 17 01 06.
Odpady te objęte są zbiórką na terenie gminy Tuszyn na podstawie niniejszego zamówienia.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący za pismem z dnia 13 kwietnia 2016 roku złożył Zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (z dnia 31 października 2010 roku) oraz złożył pisemne wyjaśnienia wskazując miedzi innymi na: *Z wezwania do uzupełnienia dokumentu wynika, że Zamawiający rozszerzył pierwotnie postawiony warunek udziału w postępowaniu. Zażądał, by uzupełniony dokument potwierdzał uprawnienia wykonawcy do odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Tuszyn w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, w szczególności odpadów o kodach: 16 01 03, 17 01 07. Ani w SWIZ ani w ogłoszeniu Zamawiający nie wskazał, jakim zakresem uprawnień ma dysponować wykonawca, tj. do odbioru jakich odpadów na dzień składania ofert powinien upoważniać go wpis do rejestru działalności regulowanej. Zapisy ogłoszeni i SIWZ dotyczące wymogów odnośnie wpisu do rejestru działalności regulowanej wskazują jedynie, że takim wpisem wykonawca musi dysponować, nie wskazując jednak wymogów odnośnie treści wpisu. Inaczej Zamawiający postąpił w zakresie zezwolenia na transport. Zapisał bowiem wymóg, by zezwolenie to obejmowało przedmiot zamówienia. takiego wymogu odnośnie wpisu do rejestru działalności regulowanej nie postawił.*

Izba zważyła:

I.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy*

ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

II.

Na podstawie art. 186 ust. 4 ustawy Izba wskazuje:

W art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy – *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej*

działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,

Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 - *Z postępowania o udzielnie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu,* oraz art. 24 ust. 4 – *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.*

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

W art. 91 ustawy ustawodawca wskazał:
1. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Natomiast art. 7 ust. 1 ustawy stanowi - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* oraz w ustępie 3 tego przepisu – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*
art. 7 ust. 3 ustawy – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*

III.
Na wstępie Izba wskazuje, że warunek udziału w postępianiu był precyzyjny i zrozumiały, oraz że w sposób jednoznaczny Zamawiający określił wymagania dotyczące dokumentów jakie mają być złożone w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się posiadanymi uprawnieniami do określonej działalności. Aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie wykonawców wymagania im stawiane muszą być skonkretyzowane (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08). Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty, jakimi ma wykazać się wykonawca musza być konkretnie określone i wskazane (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 938/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2012 roku sygn. akt KIO 485/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2013 rok sygn. akt KIO 2384/13).
Izba wskazuje, że postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających warunki należy interpretować zgodnie z wykładnia gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający *wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ* (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości Zamawiającego na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach Zamawiającego, które nie znalazły wyrazu w formie pisemnej, niezależnie od tego czy dany opis oceny sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu należałoby uznać za bardziej adekwatnych do przedmiotu zamówienia (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2012 roku sygn. akt KIO 33/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października

2013 roku sygn. akt KIO 2384/13). Zaznaczyć należy, że ustawodawca nie wymaga, nie

nakłada na Zamawiający obowiązku formułowania opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w taki sposób aby w pełni, jednoznacznie odzwierciedlał i pokrywał się z przedmiotem zamówienia, ma być proporcjonalny. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2012 roku sygn. akt KIO 411/12). Dopasowywanie, zmiana wymagań Zamawiającego na etapie oceny ofert prowadzi do rażącego naruszenia przepisów ustawy, w szczególności zasad prawa zamówień publicznych zobowiązujących Zamawiającego do przygotowywania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 marca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 293/09 , KIO/UZP 294/09). Dookreślenie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków na etapie oceny ofert, narusza powyżej wskazane zasady, bowiem swobodna interpretacja regulacji zawartych w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dokonywana przez Zamawiającego, nieznana wykonawcom na etapie przygotowywania ofert oraz dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oparciu o tą interpretację uniemożliwia wykonawcom złożenie ofert zawierających odpowiednie dokumenty.

Z ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań, warunku udziału w postępowaniu oraz żądanych na potwierdzenie dokumentów w sposób jednoznaczny wynika, że Zamawiający nie wprowadził do postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu żadnych regulacji, które nakładały na wykonawcę konieczność wykazania posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Tuszyn zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz. U. z 2013 r., poz. 1399 z późn. zm.), którego zakres byłby zgodny z przedmiotem zamówienia. Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w ogłoszeniu o zamówieniu nie zawarł takiego wymagania. Izba w całej rozciągłości akceptuje stanowisko reprezentowane przez Odwołującego w uzasadnieniu dowołania oraz przedstawione na rozprawie co do oceny rozumienia określonych przez Zamawiającego wymagań w kwestionowanym zakresie.
Zamawiający argumentował, że odniesienie „w zakresie objętym przedmiotem zamówienia", które zawarł w opisie sposobu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w § 5 pkt. 1 ppkt 1 tiret trzeci Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia należy odnosić do wszystkich wymagań określonych w ramach opisanego w tym podpunkcie tiretów, bowiem stanowi ono część wspólną dla wszystkich tiretów. Zamawiający wskazywał również odnosząc się do § 6 pkt. 1 ppkt 2 lit. c) Specyfikacji

Istotnych Warunków Zamówienia, że określenie „w zakresie objętym przedmiotem zamówienia", również stanowi część wspólną dla wskazanych dokumentów w literze a), b) i c) tego podpunktu i określa wymagania w zakresie wszystkich żądanych dokumentów.

W ocenie Izby argumentacji podniesionej przez Zamawiającego nie można uznać za prawidłową i zgodną ze stanem rzeczywistym mającym swoje potwierdzenie w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu. Wymagania jakie ukształtował Zamawiający w zakresie opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych uprawnień są jednoznaczne i precyzyjne, również żądane dokumenty zostały podane w sposób przejrzysty i czytelny, co pozwala stwierdzić, że zostały wyartykułowane przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny. Zamawiający w podniesionej w piśmie procesowym argumentacji sam wskazywał, że dokonał wykładni postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia co w ocenie Izby jest nieprawidłowe i w efekcie doprowadziło do podejmowania przez Zamawiającego błędnych decyzji w zakresie badania oferty Odwołującego co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w podniesionej argumentacji odniósł się do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 roku w

sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (DZ.U. nr 100, poz.908) wskazując na § 57 ust. 4 tego rozporządzenia. Izba wskazuje, że Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jako dokument nie stanowi aktu prawnego, jest prywatnym dokumentem Zamawiającego sporządzonym przez tegoż Zamawiającego w oparciu o postanowienie oraz wymagania jakie zostały ukształtowane w ustawie i aktach wykonawczych do ustawy. Tym samym podstawą do odczytania dokumentu jest jego literalne brzmienia, natomiast w zakresie odczytania literalnego brzemienia postanowień dokumentu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia właściwe będą zasady języka polskiego. Izba zaznacza, że powołanie się na Zasady techniki prawodawczej nie stanowiło również wyjaśnienia dla dokonanej przez Zamawiającego nadinterpretacji postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Z treści zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz ogłoszeniu o zamówieniu nie wynika w żaden sposób aby określenie „w zakresie objętym przedmiotem zamówienia” stanowiło część wspólną; Izba zaznacza, że w opisie sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu § 5 pkt. 1 ppkt 1 w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia po tiret pierwszym, czyli określającym kwestionowany przez Zamawiającego dokument, Zamawiający postawił znak interpunkcyjny „.” (kropka). Zgodnie z powołanymi Zasadami techniki prawodawczej, każdą literę kończy się przecinkiem a ostatnią średnikiem albo kropką. W rozpoznawanym przypadku, postawienie kropki po „pierwszej literze” (a) oraz dalsze wyliczanie dokumentów nie stanowi z pewnością prawidłowego i wzorowego odzwierciedlenia

w dokumencie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zasad prawodawczych, natomiast uwzględniając owe zasady zgodnie z wnioskiem Zamawiającego należy uznać, że postawienie kropki zamyka wyliczenie, co najmniej w tej części, co w efekcie prowadzi do wniosku, że w zakresie ukształtowanego warunku udziału w postępowaniu niewątpliwie w zakresie posiadania uprawnień i wykazania posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Tuszyn zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz. U. z 2013 r., poz. 1399 z późn. zm.) nie zostało określone przez Zamawiającego, czyli nie było wymagane, odniesienie do zakresu przedmiotu zamówienia. Tak samo zostało to podane w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt III.2.1). W zakresie wymagań dotyczących dokumentów jakie wykonawca ma złożyć w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu § 6 pkt. 1 ppkt 2 lit. c) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, Zamawiający rozdzielił punkt b) i c) znakiem interpunkcyjnym „,”(przecinek) a zgodnie z powoływanymi zasadami techniki prawodawczej przez Zamawiającego każdą literę rozdziela się przecinkiem, tym samym niewątpliwie litera c) oddzielona jest od pozostałych. Brak jest części wspólnej w tym wyliczeniu, czy to w opisie sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy też w wykazie dokumentów. Uwzględniając natomiast zasady pisowni również nie sposób uznać, że w opisie sposobu spełnienia warunku została podana jakkolwiek część wspólna w § 5 pkt. 1 ppkt 1 w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający przygotował postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazując część wspólną przez podanie, ze ocena spełnienia tego warunku dokonana zostanie na dzień składania ofert zgodnie z formułą spełnia – nie spełnia, w oparciu o informację zawarte w dokumentach i oświadczeniach załączonych do oferty.

Odniesienie się Zamawiającego do poprzedniego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego oraz powołanie przy piśmie procesowym dowodów nie stanowi w ocenie Izby argumentacji potwierdzającej poprawność stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego w obecnie prowadzonym postępowaniu. Izba wskazuje, że decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są decyzjami danego Zamawiającego i to Zamawiający bierze odpowiedzialność za wykonane czynności lub zaniechania danych czynności w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego. Fakt, że Zamawiający czy też wykonawcy podejmował dane czynności w innym niż stanowiące przedmiot odwołania postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego czynności nie może mieć wpływu na dokonaną ocenę czynności w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, które jest przedmiotem odwołania, bowiem w ten sposób należałoby dokonać oceny zasadności i poprawności czynności w innym postępowaniu

o udzielnie zamówienia publicznego, które nie jest przedmiotem postępoania odwoławczego. Słusznie podniósł Odwołujący, że w każdym przypadku – w każdym z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego – podnosił argumenty, które były dla niego zasadne. Fakt, że w poprzednim postępowaniu Odwołujący przedstawił jakąś argumentację nie przesądza o tym, że była ona prawidłowa, co też Odwołujący potwierdził na rozprawie oświadczając, że argumentacja jaka została przedstawiona w dokumentach w poprzednim postępowaniu a załączonych do pisma procesowego Zamawiającego, była li tylko taktyką procesową i miała na celu eliminację z postępowania konkurencyjnego wykonawcy, nie jest ona poparta żadną argumentacją prawną wynikającą z doktryny bądź orzecznictwa. Izba podkreśla, że to Zamawiający odpowiada za dokonaną w postępowaniu ocenę wykonawców co przejawia się w podejmowanych przez niego decyzjach. W rozpoznanej sprawie Zamawiający, co wynika z argumentacji i wniosków dowodowych, dokonał oceny przedstawionych przez Odwołującego dokumentów dokonując wykładni postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia uwzględniając argumentację Odwołującego przedstawioną w innym postępowaniu. W ocenie Izby taki sposób oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie jest prawidłowy, nie jest prawidłowym dokonywanie wykładni Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tym bardziej nie jest prawidłowe dokonywanie wykładni z powołaniem się na argumentację z innego postępoania o udzielenie zamówienia. Dlatego też Izba, biorąc pod uwagę wszystkie wyżej wskazane okoliczności, pominęła w ocenie tej sprawy przedstawioną przez Zamawiającego w piśmie procesowym jak również na rozprawie argumentacje opartą o poprzednie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i prezentowane tam stanowisko Odwołującego, jak również uznała załączone do pisma dowody za nieprzydatne do rozpoznania przedmiotowego odwołania złożonego w innym, niż wskazane w dokumentach postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, jednocześnie Izba zaznacza, że nie miały owe okoliczności znaczenia dla rozpoznania sprawy z uwagi na to, że istotą sporu jest treść postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w prowadzonym obecnie postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

Nieprawidłowość czynności Zamawiającego przejawiła się już w trakcie dokonywania badania oferty Odwołującego, gdy wezwał on Odwołującego do złożenia / uzupełnienia dokumentów, gdzie w wezwaniu opisał, swoje stanowisko co do rozumienia zakresu dokumentu jaki ma zostać złożony na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Tuszyn zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz. U. z 2013 r., poz. 1399 z późn. zm.) wskazując, że zakres ma być zgodny

z przedmiotem zamówienia. Odwołujący zastosowała się do wezwania i uzupełnił dokument, ten sam, który złożył w ofercie jednocześnie wyjaśniając Zamawiającemu dlaczego taki dokument składa. Izba wskazuje, że na etapie wezwania do złożenia dokumentów nie istnieje jeszcze żadna stanowcza decyzja Zamawiającego co do losów oferty wykonawcy, który został wezwany do złożenia dokumentów. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący dokument uzupełnił i wyjaśnił Zamawiającemu, że zakres wezwania odbiega od postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Konkretyzacja sytuacji wykonawcy w w ogłoszenia przez postępowaniu następuje dopiero momencie Zamawiającego wyniku postępoania o udzielnie zamówienia publicznego. Wezwanie do złożenia dokumentów było nieprawidłowe, następnie nieprawidłowo była dokonana ocena złożonych dokumentów a w konsekwencji, co została wykazane powyżej nieprawidłowa była czynność wykluczenia wykonawcy z postępoania o udzielnie zamówienia publicznego. W tym stanie rzeczy w ogóle nie powinno było dojść do wezwania do uzupełnienia dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Podsumowując, wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone w postępowaniu oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym

zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższego Izba ustaliła, iż działanie Zamawiającego było niezgodne z obowiązującymi przepisami i naruszało zasady zamówień publicznych, w tym zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także* środków *dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku

---

sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zmawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy. Izba wskazuje również, że w zakresie podnoszonego naruszenia art. 91 ust 1 ustawy nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: