Sygn. akt: KIO 762/13

WYROK
z dnia 16 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 16 kwietnia 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2013 r. przez **wykonawcę Z…….. Z…….. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Zieliński" Z…….. Z…….. z siedzibą w Rakowie, ul. Klasztorna 27A** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Sandomierzu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu, ul. Przemysłowa 12**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnić czynność czynność wykonawcy unieważnienia postępowania, unieważnić wykluczenia działalność pod firmą Z…… gospodarczą Z…… prowadzącego Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Zieliński" Z…….. Z…….. z siedzibą w Rakowie, ul. Klasztorna 27A z postępowania i odrzucenia jego oferty, powtórzyć czynność badania i oceny ofert z zastosowaniem wobec odwołującego procedury wyjaśnienia dokumentów oświadczenia o braku podstaw wykluczenia ze strony 4 oferty odwołującego i wyjaśnienia z dnia 19 marca 2013r. doręczonego zamawiającemu w dniu 25 marca 2013r. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, dalsze czynności podjąć zgodnie z ustawą uwzględniając wynik złożonych wyjaśnień,

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Sandomierzu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu, ul. Przemysłowa 12** i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez

---

wykonawcę Z…….. Z…… prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Zieliński" Z…….. Z…….. z siedzibą w Rakowie, ul. Klasztorna 27A tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Sandomierzu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu, ul. Przemysłowa 12** na rzecz **Z…….. Z…….. prowadzącego pod działalność gospodarczą firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Zieliński" Z…….. Z…….. z siedzibą w Rakowie, ul. Klasztorna 27A** kwotę 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Kielcach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 762/13

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na

wywóz i zagospodarowanie komunalnych osadów ściekowych z Zakładu Oczyszczania Ścieków i Kanalizacji w Sandomierzu, ul. Przemysłowa 9 zostało wszczęte przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sandomierzu, ul. Przemysłowa 12 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2013-31999 z dnia 1 marca 2013r.

W dniu 29 marca 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wykluczeniu wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, w tym o wykluczeniu wykonawcy Z…….. Z…….. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Zieliński" Z…….. Z…….. z siedzibą w Rakowie, ul. Klasztorna 27A – dalej odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) w związku z art. 24 ust. 4 ustawy oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z powodu braku ofert nie podlegających odrzuceniu. W uzasadnieniu faktycznym i prawnym zamawiający podał, że w dniu 18 marca 2013r. wezwał odwołującego do uzupełnienia następujących dokumentów:

1. listy podmiotów, które należą do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o braku przynależności do jakiejkolwiek grupy kapitałowej
2. załącznika nr 5 do siwz – Podwykonawcy.

Odwołujący w dniu 25 marca 2013r. dostarczył brakujące dokumenty. Dokument - Lista podmiotów, które należą do tej samej grupy kapitałowej lub informacja o braku przynależności do jakiejkolwiek grupy kapitałowej jest z dnia 19 marca 2013r. Termin składania ofert upłynął w dniu 14 marca 2013r. Zamawiający powołał się na treść art. 26 ust. 3 ustawy wskazując, że złożone na wezwanie dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert. Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania. A z uwagi na to, że z podobnej przyczyny wykluczył także drugiego wykonawcę, który złożył ofertę, a więcej ofert nie złożono, zamawiający unieważnił postępowanie.

W dniu 3 kwietnia 2013r. odwołujący wniósł odwołanie na czynność wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty. Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

---

1. art. 26 ust. 3 i 4 poprzez złożenie wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 oraz inne przepisy wymienione lub wynikające z uzasadnienia odwołania, w szczególności poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo prawidłowo złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów w trybie art. 26 ust. 4Pzp.
2. art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 24 ust. 4 poprzez złożenie wszystkich wymaganych dokumentów spełniających warunki udziału w postępowaniu, pomimo to zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania i uznaje jego ofertę za odrzuconą.
3. art. 93 ust. 1 pkt. 1 zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia pomimo złożenia oferty przez odwołującego, która nie podlegała odrzuceniu.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazie zamawiającemu:
1. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
2. ponownego badania i oceny złożonych dokumentów,
3. ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą.

Wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Odwołujący bowiem może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy na skutek niezgodnej z prawem czynności zamawiającego Odwołujący, jako wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu, został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe, zdaniem odwołującego, dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 Pzp do wniesienia niniejszego odwołania.
Podkreślił, że złożył ofertę najkorzystniejszą dla przedmiotowego zamówienia. Jego oferta

jest konkurencyjna, a na skutek działań zamawiającego może utracić możliwość uzyskania zamówienia.
Odwołujący przywołał w treści odwołania postanowienia pkt 3 Opis przedmiotu zamówienia - pkt 3.1.d siwz oraz pkt 6 Informacje o oświadczeniach i dokumentach (SIWZ) – pkt 6.1 i 6.2 Wskazał, że w swojej ofercie zawarł wszystkie wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty. Podał, że w dniu 18.03.2013 r. za pomocą faksu otrzymał od zamawiającego wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy:
1. Listę podmiotów, które należą do tej samej grupy kapitałowej lub informację o braku przynależności do jakiejkolwiek grupy kapitałowej.
2. Podwykonawcy - zał. nr 5 do SIWZ.

4

Odwołujący zobowiązany był do przesłania zamawiającemu wymienionych dokumentów do dnia 25.03.2013 r. do godz. 11:00.
W dniu 25 marca 2013r. odwołujący złożył wyjaśnienie, z którego wynika, że firma „ZIELIŃSKI" nie przynależy do jakiejkolwiek grupy kapitałowej, a w złożonym zobowiązaniu wykonawcy o udostępnieniu zasobów na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Ekologiczny Związek Gmin Dorzecza Koprzywianki nie występuje jako podwykonawca (jest to pomyłka pisarska) lecz udostępnia swój potencjał techniczny w postaci placu magazynowego w okresie zimowym w celu zrealizowania zamówienia. Poprawione zobowiązanie zostało załączone do pisma wyjaśniającego. Załącznik Nr 5 do SIWZ „Podwykonawstwo" nie został złożony do oferty przetargowej ponieważ Ekologiczny Związek Gmin Dorzecza Koprzywianki nie był podwykonawcą odwołującego lecz udostępnia swój potencjał techniczny. Zgodnie z SIWZ podwykonawstwo może dotyczyć wyłącznie usług: załadunku oraz transportu odpadów, a złożenie zał. Nr 5 i wykazanie podwykonawstwa na magazynowanie osadu ściekowego automatycznie skutkowałoby wykluczeniem odwołującego z postępowania przetargowego.
Ponieważ zgodnie z SIWZ nie było wymagane złożenie oświadczenia zgodnie z art. 26 ust 2d Pzp, więc firma „ZIELIŃSKI" złożyła na „życzenie" zamawiającego taką dodatkową informację w wyjaśnieniu (data wyjaśnienia 19.03.2013 r.).
W dniu 29 marca 2013r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z postępowania.
Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 25 ust. 1 zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:
1) warunków udziału w postępowaniu,
2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.
Zamawiający nie może powoływać się na zapis w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, w którym to mowa, jest iż wykonawcy powinni złożyć oświadczenia lub dokumenty nie później, niż w dniu składania ofert ponieważ brakujące oświadczenia od wykonawców zamawiający zażądał dopiero w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, a nie wymagał na etapie postępowania przetargowego (brak zapisów w SIWZ). Dostarczone dokumenty przez odwołującego z datą 19.03.2013 r. są dokumentami, które spełniają kryteria postępowania przetargowego i należy je, w ocenie odwołującego, traktować, jako informację dodatkową dla zamawiającego. Art. 26 ust. 3 powinien być traktowany przez zamawiającego całościowo, a nie zdania wyjęte z kontekstu, które odpowiadają zamawiającemu.

5

Odwołujący stoi na stanowisku, że złożył wszystkie wymagane dokumenty spełniające warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 oraz art. 24 ust. 4, na które to przepisy powołuje się zamawiający. Zamawiający zatem nie miał prawa unieważnić postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ponieważ oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu. Zamawiający unieważniając powyższe postępowanie przetargowe może szukać sposobu na „pozyskanie pieniędzy", które obniżą koszty

wykonania usługi licząc, iż po ogłoszeniu drugiego przetargu firmy obniżą ceny swoich oferowanych usług. Jednocześnie odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu i złożenia najkorzystniejszej oferty. Wobec powyższego, odwołujący uważa, że powinien być wybrany, jako wykonawca, który złożył ofertę cenową najkorzystniejszą.
Wniósł także o przyznanie zwrotu opłaty od zamawiającego lub zwrotu tej opłaty przez KIO oraz kosztów postępowania odwoławczego (koszty wynagrodzenia prawnika) w wysokości 3 600,00 złotych na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołań oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późń. zm.)
Odwołanie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu na biuro podawcze w dniu 2 kwietnia 2013r.

W dniu 4 kwietnia 2013r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.
Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 8 kwietnia 2013r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego. Zamawiający wskazał, że przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte po wejściu w życie nowelizacji ustawy z dnia 12 października 2012r. (Dz. U. poz. 1271) zmieniającej ustawę Prawo zamówień publicznych. W postępowaniu tym obowiązywał ustawowy wymóg żądania przez zamawiającego złożenia przez odwołującego dokumentu w postaci listy podmiotów, które należą do tej samej grupy kapitałowej i niezależny od tego czy zamawiający zawarł w siwz jakiekolwiek postanowienia w tym zakresie. Z treści dokumentu złożonego przez odwołującego a datowanego na 19 marca 2013r. nie wynika, że taki stan faktyczny i prawny był w dacie zakreślonej jako termin składania ofert to jest 14 marca 2013r. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy zdanie drugie jednoznacznie, według zamawiającego, stanowi, iż złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w

postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Mając to na uwadze, zdaniem zamawiającego, nie zostały naruszone przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy bowiem abstrahując od rzeczywistej zdolności odwołującego do wykonania zamówienia, odwołujący nie wykazał, że w dniu w którym upłynął termin składania ofert spełniał warunki i nie dostarczył wymaganych informacji pozwalających na weryfikację spełniania warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy oferta odwołującego została odrzucona. Zamawiający odrzucił także drugą ze złożonych ofert, co uzasadniało unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.
Odpowiedź została podpisana przez prezesa zarządu zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu publicznym, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty odwołującego, wezwania zamawiającego z dnia 18 marca 2013r. odpowiedzi odwołującego na wezwanie z dnia 25 marca 2013r. wraz z załącznikami, informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje:
Zgodnie z pkt. 6 Informacje o oświadczeniach i dokumentach (SIWZ) wykonawcy byli zobowiązani załączyć do oferty załączniki wg podpkt. 6.1. i 6.2.:
6.1. Na ofertę składały się następujące dokumenty i załączniki:
1) Wypełniony i podpisany formularz ofertowy z wykorzystaniem wzoru -załącznłk nr 1.
2) Oświadczenie Wykonawcy z art. 22 ust. 1 ustawy z wykorzystaniem wzoru - załącznik nr 2.
3) Oświadczenie wykonawcy z art.24 ust. 1 i 2 ustawy z wykorzystaniem wzoru - załącznik nr 3.
6.2. Do oferty należało dołączyć również następujące dokumenty:
1) Aktualny odpis z właściwego rejestru, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do

rejestru, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust.l pkt.2 ustawy, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a w stosunku do osób fizycznych oświadczenia w zakresie art.24 ust.l pkt.2 ustawy.
2) Aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.
3) Aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z

opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne lub potwierdza, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.
4) Pełnomocnictwa osób podpisujących ofertę do podejmowania zobowiązań w imieniu firmy składającej ofertę, o ile nie wynikają z przepisów prawa lub innych dokumentów.
5) Zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów zgodnie z wymogami Ustawy o odpadach (z wyszczególnieniem kodu ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych) wydane przez starostę właściwego ze względu na miejsce siedziby lub zamieszkania posiadacza odpadów, oraz jeśli dotyczy:
6) Zezwolenie na magazynowanie /zbieranie/ przeróbkę odpadów (z wyszczególnieniem kodu ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych) wydane przez organ (starosta) właściwy ze względu na miejsce zbierania odpadów - okres zimy;
7) Zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów zgodnie z wymogami Ustawy o odpadach (z wyszczególnieniem kodu ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych) wydane przez właściwy organ (wojewoda, starosta) ustalony wg miejsca prowadzenia działalności w zakresie wykorzystania odpadów;
Zezwolenie o którym mowa ma zapewnić odbiór przez okres co najmniej 12 miesięcy, liczony od daty podpisania umowy ilości uwodnionych osadów w Mg lub suchej masy osadów w Mg, odpowiadającej co najmniej ilości osadów ściekowych, na którą składana jest oferta;
8) Zezwolenie wydane przez właściwy organ na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, a szczególnie na składowanie, przetwarzanie lub unieszkodliwianie osadów ściekowych w okresie zimowym wraz z podaniem ilości i sposobu zagospodarowania osadów oraz ze wskazaniem miejsca stosowania osadu.
W przypadku rolniczego wykorzystania osadów w związku z wymaganiami Ustawy o odpadach należy przedłożyć:
1) akt własności lub umowa dzierżawy - dokument określający tytuł prawny gruntów na których mają być stosowane osady ściekowe - wydany przez właściwy organ,
W przypadku dzierżawy - zgodę właściciela gruntów na zastosowanie na nich osadów ściekowych,
2) wypis, wyrys z ewidencji gruntów określający miejsce stosowania osadów: miejscowość, Nr działki -wydany przez właściwy organ, numer obrębu geodezyjnego,
3) aktualne badania laboratoryjne gleb działek , które pozwalają do zagospodarowania na ich powierzchni w/w ilości osadów ściekowych zgodnie z obowiązującymi warunkami tj. Załącznikiem nr 1,2,3 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 13.07.2010 r. w sprawie

komunalnych osadów ściekowych oraz Rozporządzeniem z dnia 5 04.2011 r. w sprawie procesu odzysku R 10 (Dz. U. nr 86 poz. 476),
4) od pisemnego/ fax lub e-mail/ powiadomienia przez Zamawiającego o terminie wywozu osadu ściekowego, Wykonawca w terminie do 2 dni udzieli pisemnej /fax lub e-mail/informacji o wyborze działki rolnej, na której osad zostanie zagospodarowany oraz pisemnej /fax lub e-mail/ deklaracji, że proces ten będzie przeprowadzony zgodnie z obowiązującymi przepisami ochrony środowiska,
5) oświadczenie Wykonawcy że spełnione są wszystkie warunki stosowania

komunalnych osadów ściekowych określone w Art. 96 ust. 12 Ustawy o odpadach w brzmieniu:
Zamawiający zakazał stosowania komunalnych osadów ściekowych:
1) na obszarach parków narodowych i rezerwatów przyrody;
2) na terenach ochrony pośredniej stref ochronnych ujęć wody, w przypadku ich ustanowienia w akcie prawa miejscowego wydanym na podstawie art. 58 ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145, z późn. zmianami);
3) w pasie gruntu o szerokości 50 m bezpośrednio przylegającego do brzegów jezior i cieków;
4) na obszarach szczególnego zagrożenia powodzią oraz na terenach czasowo podtopionych i bagiennych;
5) na terenach czasowo zamarzniętych i pokrytych śniegiem;
6) na gruntach o dużej przepuszczalności, stanowiących w szczególności piaski luźne i słabogliniaste oraz piaski gliniaste lekkie, jeżeli poziom wód gruntowych znajduje się na głębokości mniejszej niż 1,5 m poniżej powierzchni gruntu;
7) na gruntach rolnych o spadku przekraczającym 10%;
8) na obszarach ochronnych zbiorników wód śródlądowych, w przypadku ich ustanowienia w akcie prawa miejscowego wydanym na podstawie art. 60 ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne;
9) na terenach objętych pozostałymi formami ochrony przyrody niewymienionymi w pkt 1, jeżeli osady ściekowe zostały wytworzone poza tymi terenami;
10) na terenach położonych w odległości mniejszej niż 100 m od ujęcia wody, domu mieszkalnego lub zakładu produkcji żywności;
11) na gruntach, na których rosną rośliny sadownicze i warzywa, z wyjątkiem drzew owocowych;
12) na gruntach przeznaczonych pod uprawę roślin jagodowych i warzyw, których części jadalne bezpośrednio stykają się z ziemią i są spożywane w stanie surowym -w ciągu 18 miesięcy poprzedzających zbiory i w czasie zbiorów;
13) na gruntach wykorzystywanych na pastwiska i łąki;

14) na gruntach wykorzystywanych do upraw pod osłonami.
W zakresie podwykonawstwa zamawiający zawarł następujące postanowienia :
Podwykonawstwo może dotyczyć wyłącznie usług: załadunku oraz transportu odpadów (wymagane zezwolenie na transport wydane na Podwykonawcę przez właściwy organ).
W przypadku, gdyby wykonawca zamierzał zatrudnić do realizacji przedmiotu zamówienia podwykonawców (wyłącznie w zakresie załadunku oraz transportu odpadów), musi dołączyć do oferty dodatkowo opis następujących zagadnień:
- jasne określenie roli jaką będą pełnili podwykonawcy w realizacji przedmiotu zamówienia (wskazanie w ofercie części zamówienia której wykonanie będzie powierzone podwykonawcom),
- zakres dotychczasowej współpracy wykonawcy z podwykonawcami,
- zakres odpowiedzialności podwykonawców przed wykonawcą,
Warunki dodatkowe wymagane od wykonawcy:
• transport osadów środkiem usługobiorcy spełniającym wymogi przewozu odpadów mazistych,
• transport i zagospodarowanie osadów zgodny z wymaganiami obowiązujących przepisów wymienionymi w przedmiocie zamówienia,
• systematyczny odbiór osadów również w okresie zimowym,
• zagospodarowanie osadu na obszarze woj. świętokrzyskiego z wyj. sytuacji opisanej w Art. 20 ust. 5 Ustawy o odpadach,
• solidność i niezawodność wykonywanej usługi.
Na str. 4 oferty odwołującego znajduje się oświadczenie o braku podstaw wykluczenia, w którym odwołujący oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 oraz w art. 24 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Oświadczenie zostało podpisane przez właściciela firmy i opatrzone datą 14 marca 2013r.
W dniu 18.03.2013 r. za pomocą faksu odwołujący otrzymał od zamawiającego wezwanie do uzupełnienia dokumentów, w którym to wezwaniu Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Sandomierzu Sp. z o. o. zgodnie z art. 26 ust. 2d oraz ust. 3 ustawy z dnia

29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późń. zm.) wzywa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków w postępowaniu:
1. Listę podmiotów, które należą do tej samej grupy kapitałowej lub informację o braku przynależności do jakiejkolwiek grupy kapitałowej.
2. Podwykonawcy - zał. nr 5 do SIWZ.
Wykonawca zobowiązany był do przesłania zamawiającemu wymienione dokumenty do dnia 25.03.2013 r. do godz. 11:00.

W odpowiedzi na w/w wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienie, które dostarczył osobiście do zamawiającego w dniu 25.03.2013 r. z datą pisma 19.03.2013 r. (w załączeniu pismo wyjaśniające). W piśmie wyjaśniającym zostało napisane, iż firma „ZIELIŃSKI" nie przynależy do jakiejkolwiek grupy kapitałowej, a w złożonym zobowiązaniu wykonawcy o udostępnieniu zasobów na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Ekologiczny Związek Gmin Dorzecza Koprzywianki nie występuje jako podwykonawca (jest to pomyłka pisarska) lecz udostępnia swój potencjał techniczny w postaci placu magazynowego w okresie zimowym w celu zrealizowania zamówienia. Poprawione zobowiązanie zostało załączone do pisma wyjaśniającego. Załącznik Nr 5 do SIWZ „Podwykonawstwo" nie został złożony do oferty przetargowej ponieważ Ekologiczny Związek Gmin Dorzecza Koprzywianki nie jest naszym podwykonawcą lecz udostępnia swój potencjał techniczny. Zgodnie z SIWZ podwykonawstwo może dotyczyć wyłącznie usług: załadunku oraz transportu odpadów, a złożenie zał. Nr 5 i wykazanie podwykonawstwa na magazynowanie osadu ściekowego automatycznie skutkowałoby wykluczeniem firmy z postępowania przetargowego. Ponieważ zgodnie z SIWZ nie było wymagane złożenie oświadczenia zgodnie z art. 26 ust 2d Pzp, więc firma „ZIELIŃSKI" złożyła na „życzenie" Zamawiającego taką dodatkową informację w wyjaśnieniu (data wyjaśnienia 19.03.2013 r.).

Izba zważyła, co następuje:
Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na postawie art. 189 ust. 2 ustawy.
Izba oceniła, że odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę i gdyby nie została ona odrzucona, to miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Zatem o ile zostanie wykazane, że zamawiający naruszył przepisy ustawy odrzucając ofertę odwołującego, to czynność odrzucenia oferty może spowodować u odwołującego szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał na realizacji przedmiotowego zadania, oraz kosztów jakie poniósł w związku ze sporządzeniem oferty. W ocenie Izby przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 ustawy poprzez złożenie wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy oraz inne przepisy wymienione lub wynikające z uzasadnienia odwołania, w szczególności poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo prawidłowo złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów w trybie art. 26 ust. 4 ustawy i Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4, art. 24 ust. 4 ustawy poprzez złożenie wszystkich wymaganych dokumentów spełniających warunki udziału w postępowaniu,

---

pomimo to zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania i uznaje jego ofertę za odrzuconą.
Zarzut zasługuje częściowo na uwzględnienie.
Pomiędzy stronami bezsporne było to, że do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie ma ustawa w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 12 października 2012r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012r. poz. 1271) oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013r. poz. 231). Poza sporem było także to, że zamawiający nie zawarł w treści

siwz żądania składania przez wykonawców listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, albo informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej. Sporna natomiast była ocena prawna skutków jakie wywołuje fakt nie zamieszczenia w treści siwz takiego żądania. W ocenie odwołującego taki brak w treści siwz uprawniał go do potraktowania wezwania zamawiającego z dnia 18 marca 2013r. jako żądania ponad treść siwz, które nie stanowi warunku przesądzającego do dopuszczeniu lub wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Odmienne stanowisko prezentował zamawiający uznając, że składanie listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, albo informacji o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej jest ustawowym obowiązkiem wykonawcy i powstaje z mocy prawa niezależnie do tego czy zamawiający sformułował takie wymaganie w treści siwz czy też nie.
Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko zamawiającego, uznając, że złożenie oświadczenia w przedmiocie przynależności do grupy kapitałowej jest obowiązkiem wykonawcy wynikającym z mocy ustawy to jest wprost z art. 26 ust. 2d ustawy, zgodnie z którym wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. Wbrew stanowisku odwołującego prezentowanym na rozprawie w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013r. poz. 231) brak jest dodatkowej wykonawczej dyspozycji ustawodawcy w zakresie takiego oświadczenia. W szczególności oświadczenie to nie należy do katalogu dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy na mocy rozporządzenia. Oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej nie zostało wymienione w § 3 ust. 1 – 4 powołanego rozporządzenia. Nie jest także prawdą, że ustawodawca pozostał możliwość żądania takiego dokumentu uznaniu zamawiającego. Należy bowiem zwrócić uwagę na treść art. 26 ustawy. Zgodnie z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy

zamawiający ma obowiązek w postępowaniach tzw. unijnych żądać od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i może sformułować takie żądanie w postępowaniach krajowych. W ust. 2a art. 26 ustawodawca wskazał, co za pomocą żądanych dokumentów ma wykazywać wykonawca i są to spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. W przepisie art. 26 ust. 2a ustawy brak jest wskazania, że wykonawca ma wykazywać na żądanie zamawiającego brak podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 2 ustawy. Łącznikiem bowiem pomiędzy art. 26 ust. 1 i 2, a ust. 2a art. 26 ustawy jest bowiem wyraźne wskazanie żądania zamawiającego („Zamawiający żąda” – art. 26 ust. 1 ustawy, „zamawiający może żądać” – art. 26 ust. 2 ustawy i „Wykonawca na żądanie zamawiającego”- art. 26 ust. 2a ustawy). Natomiast art. 26 ust. 2d ustawy, który statuuje obowiązek składania oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej nie uzależnia obowiązku złożenia takiego oświadczenia od zachowania zamawiającego, jak już bowiem powoływała Izba „Wykonawca, wraz z wnioskiem lub ofertą, składa listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.”. Tym samym obowiązek złożenia takiego oświadczenia powstaje z mocy samego prawa i nie jest zależy od woli zamawiającego. W ocenie Izby jest to logiczna konsekwencja przyjętego przez ustawodawcę schematu postępowania z przesłanką wykluczenia opisaną w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy. Sam bowiem fakt przynależenia do grupy kapitałowej nie eliminuje ex lege wykonawcy z postępowania, a jedynie rodzi po stronie zamawiającego obowiązek wszczęcia procedury z art. 24 b ustawy tj. postępowania wyjaśniającego charakter powiązań w ramach grupy kapitałowej i ich wpływu na zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu. Bez oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej złożonego wraz z ofertą czy wnioskiem o dopuszczenie do udziału, zamawiający musiałby bowiem najpierw ustalić czy wykonawca przynależy do grupy kapitałowej, a dopiero w konsekwencji pozytywnego ustalenia tego faktu wszczynać postępowanie wyjaśniające. Nałożenie zatem przez ustawodawcę obowiązku ustawowego składania oświadczeń o przynależności do grupy kapitałowej niezależnego od wyartykułowania przez zamawiającego stosownego postulatu w tym zakresie w siwz niewątpliwie przyczynia się do realizacji idei szybkości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba dostrzega wprawdzie, że przyjęte rozwiązanie prawne może

budzić wątpliwości w zestawieniu z zasadą transparentności postępowania i może jedynie wskazywać jako dobrą praktykę dla zamawiający zamieszczanie w treści siwz informacji o istnieniu obowiązku składania oświadczeń o przynależności do grupy kapitałowej, w szczególności przy wszczynaniu pierwszych postępowań w oparciu o znowelizowane przepisy ustawy. Jednak zarzutu z braku żądania oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej w treści siwz w ocenie Izby na gruncie obowiązującego prawa czynić

zamawiającemu nie można. Zamawiający prawidłowo zastosował zatem art. 26 ust. 3 ustawy wzywając odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego oświadczenia. Zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy wynika wprost z art. 26 ust. 2d zdanie 2 ustawy. Jednak w ocenie Izby potwierdził się zarzut odwołującego naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy. Sam zamawiający przyznał bowiem na rozprawie, że mógłby rozważać prawidłowość złożenia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej po upływie terminu składania ofert, o ile z oświadczenia tego wynikałoby, że odwołujący do takiej grupy kapitałowej nie przynależał w dacie składania ofert. Zamawiający zatem prawidłowo wyłożył art. 26 ust. 3 ustawy, zgodnie z którym to nie oświadczenie czy dokument ma nosić datę nie późniejszą niż termin składania ofert, ale oświadczenie czy dokument ma potwierdzać spełnianie warunku nie później niż na datę składania ofert. Co więcej w ocenie Izby zamawiający przy badaniu spełniania warunku negatywnego z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy nie powinien był wybiórczo oprzeć się wyłącznie na wyjaśnieniach datowanych na dzień 19 marca 2013r., ale powinien był uwzględnić także oświadczenia złożone przez odwołującego w ofercie. Gdyby zamawiający to uczynił doszedłby do wniosku, że nie można w sposób jednoznaczny rozstrzygnąć, że pewne jest jedynie to, że w dniu 19 marca 2013r. odwołujący nie przynależał do grupy kapitałowej. Zamawiający pominął w swoim postępowaniu, że art. 26 ust. 2d zdanie 2 ustawy nakazuje zamawiającemu nie tylko wzywanie do uzupełnienia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, ale także nakłada obowiązek wyjaśniania treści złożonych na wezwanie dokumentów przez zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy. Zamawiający w ofercie odwołującego dysponował oświadczeniem odwołującego (str. 4 oferty), że nie podlega on wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 2 ustawy. Oświadczenie to zostało opatrzone datą 14 marca 2013r., czyli datą równą dacie składania ofert i obejmowało swoim zakresem także treść art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy. Tym samym w ocenie Izby zamawiający zestawiając te dwa dokumenty powinien był powziąć wątpliwość co do ich treści, a w szczególności , co do tego jak należy odczytywać wyjaśnienia złożone w dniu 19 marca 2013r., czy jako brak przynależności do grupy kapitałowej w dacie złożenia wyjaśnień czy także w dacie 14 marca 2013r., jak wynika z oświadczenia załączonego do oferty. Z art. 26 ust. 4 ustawy dla zamawiającego wynika obowiązek, a nie uprawnienie. Zatem zaniechanie skorzystania z tej instytucji, w sytuacji istnienia uzasadnionych wątpliwości co do wzajemnych relacji czasowych złożonych dokumentów powoduje, że odwołanie odwołującego jest zasadne, a wykluczenie, go z postępowania przedwczesne. Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 ustawy przez jego niezastosowanie i nie wyjaśnienie złożonych dokumentów tj. str. 4 oferty oraz wyjaśnienia z 19 marca 2013r. odwołującego. W konsekwencji zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 24 ust. 4

ustawy przez jego zastosowanie i wykluczenie odwołującego z postępowania przed obligatoryjnym zastosowaniem procedury art. 26 ust. 4 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia pomimo złożenia oferty przez odwołującego, która nie podlegała odrzuceniu

Zarzut potwierdził się. Wobec uznania przez Izbę, że zamawiający nieprawidłowo wykluczył odwołującego z pominięciem obligatoryjnej procedury art. 26 ust. 4 ustawy, zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy nie wypełniało przesłanek opisanych w tym przepisie. Zamawiający bowiem dysponował ofertą, wobec której bezzasadnie podjął decyzję o jej odrzuceniu. Tym samym Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy potwierdził się.

Mając na uwadze to, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust.4, art.24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit b 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) zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczonego wpisu.

Przewodniczący:

….....