

Sygn. akt: KIO 1148/13

**WYROK**

**z dnia 29 maja 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 29 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 17 maja 2013 r. przez **Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Bydgoszcz**

przy udziale wykonawcy **Corimp Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w częściach VII oraz VIII unieważnienie czynności oceny ofert oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty i powtórzenie badania i oceny ofert;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Bydgoszcz i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Międzygminny**

**Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od **Miasta Bydgoszcz** kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Międzygminnego Kompleksu Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o. z siedzibą Bydgoszczy** tytułu uiszczzonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Bydgoszcz prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych na terenie Miasta Bydgoszczy*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 19 marca 2013 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 marca 2013 r. pod numerem 2013/S 057-093983.

Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 17 maja 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty (w sektorze VII i VIII) – oferty wykonawcy Corimp Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz wykluczenia Odwołującego oraz w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenia zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 22 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp - poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na wadliwym przyjęciu przez Zamawiającego, że Odwołujący nie spełnia warunków do ubiegania się o udzielenie zamówienie publicznego i w związku z tym podlega wykluczeniu z postępowania;
- 3) art. 25 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w związku art. 22 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp oraz artykułami 9b, 9c oraz 9 d ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach tekst jednolity z dnia 17 lutego 2012 r. (Dz. U. z 2012 r. poz. 391 ze zm., dalej „*u.c.p.g.*”) oraz § 2-5 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122, dalej „*rozporządzenie MŚ*”) poprzez niedopuszczalne rozszerzenie w wezwaniu do

uzupełnienia dokumentów podlegających ocenie warunków udziału wykonawców w postępowaniu oraz wadliwe przyjęcie, że brak w zaświadczeniu o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej odpadów komunalnych o odpowiednich kodach klasyfikacyjnych z grupy „17” jest równoznaczny z nieposiadaniem uprawnienia do wykonywania działalności odpowiadającej przedmiotowi zamówienia;

- 4) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego;
- 5) art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez jego wadliwe zastosowanie polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego;
- 6) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez jego niewłaściwe zastosowanie oraz zaniechanie jego właściwego zastosowania, i tym samym wybór oferty Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „CORIMP” Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej- oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „CORIMP” Sp. z o.o.;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego oraz uznania jego oferty za odrzuconą;
- 3) nakazanie dokonania ponownej oceny i badania ofert; jak również:
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 14 maja 2013 r. wyboru najkorzystniejszej oferty: wykonawcy Corimp Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oraz czynność wykluczenia oraz w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Międzygminnego Kompleksu Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu

na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 17 maja 2013 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 20 maja 2013 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Corimp Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Corimp Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (zwanego dalej: „Przystępującym Corimp”).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest: *„Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych na terenie Miasta Bydgoszczy”*.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi, następujące postanowienia: m. in. pkt 5.2 *„Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, a także znaczenie tych warunków”*.

- Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli wykonawca wykaże że posiada zaświadczenie o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

Zamawiający pismem z dnia 9 maja 2013 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.2 SIWZ – zaświadczenia o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej potwierdzającego posiadanie na dzień składania ofert uprawnień do wykonywania czynności będących przedmiotem niniejszego postępowania.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Odwołujący oświadczył, iż w terminie składania ofert spełniał wymagany przez Zamawiającego warunek, co potwierdził załączonym do oferty odpisem zaświadczenia o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej (pismo z dnia 13 maja 2013 r.).

Ponadto Izba ustaliła również, że pismem z dnia 14 maja 2013 r. Zamawiający zawiadomił o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający wskazał, iż wykonawca w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie nie złożył zaświadczenia o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej. Przedstawił jedynie pisemnie swoje stanowisko na temat żądania przez Zamawiającego konieczności złożenia ww. dokumentu. Skutkiem proceduralnym niezłożenia ww. dokumentu i tym samym niewykazania spełniania warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu jest wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz uznanie oferty za odrzuconą.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący wraz z ofertą złożył zaświadczenia o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej, jednak przedmiotowe zaświadczenie nie obejmowało odpadów sklasyfikowanych do grupy 17 .

Odwołujący w dniu 19 kwietnia 2013 r. wystąpił z wnioskiem o zmianę wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Odwołujący na dzień 29 kwietnia 2013 r. posiadał zaświadczenie o dokoaniu zmiany wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości obejmujące odpady sklasyfikowanych do grupy 17.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron Izba stwierdziła, że odwołanie należało uwzględnić.

Przechodząc do szczegółowego omówienia zarzutu, Izba rozpatrzyła zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - poprzez wykluczenie wykonawcy z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba uznała, że w niniejszym stanie faktycznym powyższy zarzut potwierdził się.

Spór wniesiony niniejszym odwołaniem sprowadza się do pytania jak Zamawiający rozumiał postanowienia pkt 5.2 SIWZ, czy w świetle tak skonstruowanych wymagań należało wykazać się spełnieniem postawionego warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, poprzez złożenie zaświadczenia o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych w gminie obejmującego swym zakresem wszystkie kategorie odpadów komunalnych (również te sklasyfikowane do grupy 17), czy też wystarczyło złożenie zaświadczenia o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej obejmujące swoim zakresem rodzaje odpadów komunalnych z którejkolwiek grupy odpadów (np. 15 czy też 20). Aby rozstrzygnąć niniejszy spór koniecznym jest dokonanie interpretacji postanowień SIWZ.

Należy zdecydowanie podkreślić, że to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań, uwzględniając wszelkie istotne dane, parametry. Wskazane warunki oraz wymagania są wiążące dla Zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ można dokonać prawidłowej oceny ich spełniania. Na tej podstawie bowiem wykonawcy ustalają, czy są w stanie przystąpić do postępowania podejmują decyzję o wzięciu bądź nie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem tylko przez pryzmat wymagań jasno określonych w SIWZ możliwe jest dokonanie badania i oceny złożonych ofert.

Niedopuszczalnym jest w opinii Izby interpretowanie przez Zamawiającego postawionych wymagań na etapie złożonych ofert i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji pod poszczególnych wykonawców. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymagania w sposób jasny i klarowny, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w SIWZ bada złożone oferty w oparciu o postawione warunki, nie zaś odwrotnie.

Ponadto – co zostało już potwierdzone w orzecznictwie - jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, zatem nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykluczenie wykonawcy z postępowania za niespełnienie warunków udziału może nastąpić wyłącznie w oparciu o jasno brzmiące postanowienia ogłoszenia i SIWZ.

Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że co do spornych wymagań jeśli Zamawiający chciał aby zaświadczenie z pkt 5.2 SIWZ obejmowało wszystkie grupy odpadów komunalnych to należało powyższe odpowiednio sformułować w SIWZ, poprzez odpowiednie odniesienie do niniejszego przedmiotu zamówienia i jego zakresu, t.j. odpadów komunalnych będących przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.

Stwierdzenie użyte przez Zamawiającego, że zaświadczenie ma być zaświadczeniem w zakresie odbierania odpadów komunalnych w gminie (...) dotyczy jedynie zasięgu terytorialnego tak postawionego warunku, nie zaś kwestii odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Izba nie dała wiary wyjaśnieniom Zamawiającego – wskazującego że istotnym był opis przedmiotu zamówienia i jego zakres jak również inne akty prawne, t.j. chociażby ustawa o utrzymaniu w czystości i porządku w gminach. Skoro intencją Zamawiającego było wymaganie dotyczące ww. zaświadczenia w pełnym zakresie to nie ulega wątpliwości, że Zamawiający powinien powyższe w sposób dostateczny i precyzyjny wyartykułować w SIWZ. Wykonawcy powyższego wymagania nie mogą w żaden sposób domniemywać.

Konkludując, zdaniem Izby wobec niedoprecyzowania wymagań w zakresie postawionego warunku brak jest podstaw do uznania w świetle postanowień SIWZ, że Zamawiający w sposób kategoriyczny wymagał złożenia zaświadczenia o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej obejmującego swym zakresem wszystkie kategorie odpadów komunalnych, również te sklasyfikowane do grupy 17. Jeśli zamiarem Zamawiającego było badanie ww. warunku w sposób wskazany na rozprawie to powinien w sposób wyraźny i jednoznaczny wyartykułować swoje wymagania w SIWZ, tak aby w sposób jasny i klarowny dokument ten był podstawą do oceniania ofert w niniejszym postępowaniu. Skoro więc Zamawiający nie określił w sposób kategoriyczny w SIWZ, jak należy rozumieć postawione przez niego wymagania, to na etapie badania i oceny ofert nie może ustalać, dodatkowych warunków i je doprecyzować.



W konsekwencji tak wyrażonego przez Krajową Izbę Odwoławczą stanowiska, skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów wskazanych powyżej miało istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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:**

.....