

Sygn. akt: KIO 1484/13

WYROK

z dnia 2 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **SITA Polska sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Leszno w Lesznie**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Miejski Zakład Oczyszczania sp. z o.o. w Pruszkowie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości obejmującego rodzaje odpadów określonych w SIWZ, w tym m.in. zużyte opony, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Leszno w Lesznie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę **SITA Polska sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Leszno w Lesznie** na rzecz wykonawcy **SITA Polska sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Leszno w Lesznie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „odbiór, wywóz i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Leszno”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 kwietnia 2013 r., nr 2013/S 084-142340.

W dniu 10 czerwca 2013 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcy SITA Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym”, informację o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Miejski Zakład Oczyszczania sp. z o.o. w Pruszkowie, zwanego dalej „wykonawcą MZO” lub „MZO”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę MZO,
- 2) zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy MZO i zaniechania odrzucenia złożonej przez niego oferty,
- 3) z ostrożności, zaniechania czynności wezwania wykonawcy MZO do uzupełnienia w zakresie złożonych przez ten podmiot referencji wystawionych przez Urząd Miejski w Piastowie

odwołujący wniósł w dniu 19 czerwca 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia MZO z uwagi na niespełnienie przez ten podmiot warunków udziału w postępowaniu w zakresie obowiązku posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej obejmującego odbiór odpadów komunalnych w postaci zużytych opon,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. § 1 ust. 1 pkt 3 Rozporządzenia 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, poprzez zaniechanie wykluczenia MZO z postępowania pomimo, iż podmiot nie spełnia warunków udziału w postępowaniu tj. nie przedłożył on dowodu należytego wykonania usługi na rzecz Urzędu Miejskiego w Piastowie,
- 3) z ostrożności art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec MZO wskutek nie przeprowadzenia procedury wezwania tego podmiotu do złożenia oświadczeń bądź dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w

postępowaniu, w zakresie przedłożonej referencji wystawionej przez Urząd Miejski w Piastowie.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez MZO,
- 2) wykluczenia MZO z postępowania i odrzucenie jego oferty,
- 3) powtórzenia czynności wyboru ofert i dokonanie wyboru oferty odwołującego,
- 4) z ostrożności zastosowania wobec MZO procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp, oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w myśl pkt 3.2. SIWZ pkt n przedmiotem zamówienia jest usługa odbierania, wywozu i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Leszno, obejmująca m.in. „zużyte opony”. Przywołał postanowienie pkt 5.1.1. SIWZ zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości obejmującego rodzaje odpadów zawartych w SIWZ. Zgodnie z pkt 6.5. celem wykazania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości obejmującego rodzaje odpadów zawartych w niniejszej SIWZ.

Odwołujący wskazał, że ze złożonego przez wykonawcę MZO wraz z ofertą zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej wynika, iż nie jest on uprawniony do odbierania odpadów komunalnych o kodzie 16 01 03 (zużyte opony). Odwołujący wywiódł, że w jego ocenie zużyte opony stanowią odpad komunalny, którego odbiór powinien być wskazanych w rejestrze działalności regulowanej. Przywołał przepisy art. 9b, art. 4 ust. 2 pkt 1 lit. a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Podniósł, że również z uchwały nr XXVIII/187/2013 Rady Gminy Leszno z dnia 11 lutego 2013r. w sprawie uchwalenia Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Leszno wynika, że zużyte opony zamawiający traktował jako odpad komunalny.

Skoro wykonawca MZO nie spełnia wymagań podmiotowych postawionych w punkcie 5 SIWZ, gdyż nie może on bowiem dokonywać odbioru odpadów wskazanych w SIWZ w postaci zużytych opon to winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, czego zamawiający zaniechał.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że wykonawca MZO złożył wraz z ofertą poświadczenie wystawione przez Urząd Miejski w Piastowie na okoliczność należytego wykonania usługi wskazanej w pozycji 1 wykazy (strona 5 oferty MZO). Jednakże w poświadczeniu stwierdzono jedynie, iż MZO świadczyło usługi związane z odbiorem opadów komunalnych i odbierało odpady w określonej ilości. Taką treść uznać należy za niewystarczającą. Z samego faktu wykonania usług nie można domniemywać, że zostały one wykonane należycie. Nie stanowi więc ona dowodu wykazującego ten fakt.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zgłosił przystąpienie wykonawca Miejski Zakład Oczyszczania sp. z o.o. w Pruszkowie. Nie zachował terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy MZO, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska stron i uczestnika postępowania oraz dokumenty złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba stwierdziła ponadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Miejski Zakład Oczyszczania sp. z o.o. w Pruszkowie. Izba stwierdziła, że wykonawca nie zachował terminu na zgłoszenie przystąpienia. Nie było sporne, że kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia wykonawca otrzymał pocztą elektroniczną w dniu 19 czerwca 2013 r. po godz. 16.00. Nadmienić należy, że okoliczność, iż nastąpiło to po godzinach pracy zgłaszającego przystąpienia pozostawało bez znaczenia dla ustalenia, że oświadczenie woli zamawiającego zostało skutecznie złożone w dniu 19 czerwca 2013 r. Zgodnie z art. 61§2 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp oświadczenie woli zamawiającego zostało złożone zgłaszającemu przystąpienie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji

elektronicznej w taki sposób, że zgłaszający przystąpienie mógł zapoznać się z jego treścią. Jak wynika z przywoływanego przepisu dla uznania skuteczności złożenia oświadczenia nie jest konieczne zapoznanie się z treścią oświadczenia, lecz możliwość zapoznania się z nim, zaś możliwość taka niewątpliwie istniała już w dniu 19 czerwca 2013 r. Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło zaś do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2013 r. Ponieważ pismo wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 24 czerwca 2013 r., a zatem z uchybieniem trzydniowego zawitego terminu na zgłoszenie przystąpienia, o którym mowa w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia. Powyższe skutkowało koniecznością niedopuszczenia zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania.

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

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba stwierdziła, że w świetle kryteriów oceny ofert oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu – za ofertą wybraną. Zarzucał on zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą względnie zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał czynności wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną jako najkorzystniejszą względnie zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu jej wykonania, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp..

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

1. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy MZO z uwagi na niespełnienie przez ten podmiot warunku udziału w postępowaniu w

zakresie obowiązku posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej obejmującego odbiór odpadów komunalnych w postaci zużytych opon

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest odbiór, wywóz i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Leszno (pkt 3.1. SIWZ).

Zgodnie z pkt 3.2. SIWZ usługa odbierania odpadów, wywóz i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Leszno obejmuje: selektywne odbieranie odpadów komunalnych, zgodnie z obowiązującym w czasie trwania umowy Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Leszno. Powyższe dotyczy następujących rodzajów odpadów:

- a) niesegregowane tj. zmieszane odpady komunalne,
- b) odpady ulegające biodegradacji,
- c) papier,
- d) tworzywa sztuczne,
- e) metal,
- f) szkło,
- g) opakowania wielomateriałowe,
- h) odpady wielkogabarytowe,
- i) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny,
- j) zużyte baterie i akumulatory,
- k) zużyte świetlówki i inne odpady zawierające rtęć,
- l) przeterminowane leki,
- m) chemikalia tj. resztki farb, lakierów, klejów, rozpuszczalników, środki ochrony roślin i opakowania po nich, przepracowane oleje,
- n) zużyte opony,
- o) odpady budowlano - remontowe i rozbiórkowe.

Stosownie do postanowienia pkt 5.1.1. SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości obejmującego rodzaje odpadów zawartych w niniejszej SIWZ.

W myśl postanowienia pkt 6.5. SIWZ w celu potwierdzenia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu należało złożyć wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości obejmującego rodzaje odpadów zawartych w niniejszej SIWZ (pkt 6.5. SIWZ).

Wykonawca MZO złożył wraz z ofertą zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 29 czerwca 2012 roku nr 4/2012, oraz zaświadczenie o zmianie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 13 marca 2013 roku nr 4/1/2013, wydane przez Wójta Gminy Leszno. W pkt 4 zaświadczeń, obejmującym określenie rodzajów odpadów, do odbierania których uprawniony jest wykonawca MZO nie wymieniono zużytych opon (kod odpadu 16.01.03).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zarzut znalazł potwierdzenie w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami. Sporne pomiędzy stronami było to, czy zużyte opony są odpadem komunalnym.

Izba stwierdziła, że ustawa z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie zawiera własnej definicji odpadu komunalnego. Zatem zasadnym było odwołanie się do definicji odpadu komunalnego funkcjonującej na gruncie ustawy o odpadach. Jest to tym bardziej uzasadnione, że pierwsza z ustaw w sprawach dotyczących postępowania z odpadami komunalnymi w zakresie nieuregulowanym odsyła do przepisów ustawy o odpadach. W myśl art. 3 ust. 1 pkt 7 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach odpady komunalne definiuje się jako *odpady powstające w gospodarstwach domowych, z wyłączeniem pojazdów wycofanych z eksploatacji, a także odpady niezawierające odpadów niebezpiecznych pochodzące od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter lub skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych*. Jak wynika z przywołanej definicji kryterium decydującym o zaliczeniu danego odpadu do odpadów komunalnych jest źródło ich pochodzenia tj. z gospodarstwa domowego a nawet podobieństwo do odpadów, które z takiego źródła pochodzą. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że ustawodawca nie wyłączył z definicji odpadów komunalnych „zużytych opon”, analogicznie jak uczynił w odniesieniu do pojazdów wycofanych z eksploatacji czy odpadów niebezpiecznych.

Z kolei lektura przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach prowadzi do wniosku, że ustawodawca wprost traktuje „zużyte opony” jako rodzaj odpadów komunalnych. W art. 4 ust. 2 pkt 1 lit. a ww. ustawy opisując zakres regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy wskazał, że obejmuje on m.in.: prowadzenie we wskazanym zakresie selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych, w tym powstających w gospodarstwach domowych przeterminowanych leków i chemikaliów, zużytych baterii i akumulatorów, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz zużytych

opon, a także odpadów zielonych. Ustawodawca opisując odpady komunalne posłużył się przykładowym wyliczeniem, w którym w sposób wyraźny wymienił również „zużyte opony”.

Nie ulega również wątpliwości, że zużyte opony w myśl przepisów Rozporządzenia Ministra Środowiska z 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów klasyfikuje się w 16.01.03 „zużyte opony”. Z kolei odpady komunalne wymienia się w grupie 20. Jednakże już z samego tekstu rozporządzenia wynikają pewne wskazówki interpretacyjne, z których wynika, że pomimo takiej klasyfikacji istnieją jednak takie odpady komunalne, które nie są klasyfikowane w grupie 20. Z § 4 ust. 6 samego rozporządzenia wynika przykładowo, że *odpady opakowaniowe będące odpadami komunalnymi, jeśli są zbierane selektywnie lub występują jako zmieszane odpady opakowaniowe, klasyfikuje się w podgrupie 15 01, a nie w 20 01.*

Odnosnie klasyfikacji odpadów w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych wydane też zostały interpretacje przez Ministerstwo Środowiska zamieszczone na jego stronie internetowej (dostępne na stronie internetowej www.mos.gov.pl/drukuj/18778_kody_odpadow_komunalnych_podlegajace_wpisowi_do_rejestru_dzialanosci_regulowanej.htm), których tekst złożył w trakcie rozprawy odwołujący. Z interpretacji tych wynika, iż niektóre odpady, pomimo, iż pozostają odpadami komunalnymi, klasyfikuje się w innych grupach niż grupa 20. Jak wskazuje się w tej interpretacji kwestia ta dotyczy tych odpadów, dla których zostały wprowadzone wymagania w zakresie selekcjonowania, a dla których w grupie 20 brak jest odrębnych rodzajów odpadów. Wywiedziono w interpretacji, że dotyczy to m.in. zużytych opon.

Na marginesie podkreślenia wymaga również to, że sam zamawiający w SIWZ nazwał „zużyte opony” odpadem komunalnym w pkt 3.2. SIWZ. Taka sama kwalifikacja wynikała również z aktu prawa miejscowego jakim była uchwała nr XXVIII/187/2013 Rady Gminy Leszno z dnia 11 lutego 2013r. w sprawie uchwalenia Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Leszno.

W ocenie Izby, ze wszystkich powyższych regulacji prawnych, jak również z wydanych na ich podstawie interpretacji wynika, że zużyte opony pomimo iż nie zostały ujęte w grupie 20 powoływanego rozporządzenia, pozostają odpadami komunalnymi pomimo, iż klasyfikowane są w grupie 16.01.03.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy i odnosząc je do warunku udziału w postępowaniu, jaki określił zamawiający w pkt 5.1.1. SIWZ, należało dojść do wniosku, że wykonawca winien przedstawić zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odpadów komunalnych obejmujące również rodzaj odpadu komunalnego, jakim są zużyte opony, klasyfikowane w grupie 16.01.03. Zgodnie bowiem z art. 9b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w rejestrze działalności regulowanej ujawnia się również rodzaj odpadu komunalnego do odbierania

którego uprawniony jest wykonawca. Zaś zamawiający w sposób wyraźny wymagał aby wpis do rejestru obejmował wszystkie rodzaje odpadów zawartych w SIWZ, zaś w pkt 3.2. lit. n SIWZ wśród odbieranych odpadów komunalnych wymieniono „zużyte opony”.

Wykonawca MZO żądanego przez zamawiającego dokumentu nie złożył, co winno skutkować wezwaniem go przez zamawiającego do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak wynika z tego przepisu *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.* Procedura określona w tym przepisie ma co do zasady charakter obligatoryjny, na co wskazuje użyte przez ustawodawcę sformułowanie „wzywa”, a nie „może wezwać”. Natomiast nie stwierdzono, aby zachodził którykolwiek z wyjątków od zasady wezwania; oferta wykonawcy MZO nie podlegała odrzuceniu, ani postępowanie o udzielenie zamówienia nie podlegało unieważnieniu.

Zamawiający wybrał ofertę MZO jako najkorzystniejszą pomimo, iż wykonawca ten nie złożył dokumentu, który potwierdzałby spełnienie warunku udziału w postępowaniu, który zamawiający opisał w pkt 5.1.1. SIWZ. Izba zatem uznając zarzut za zasadny, nakazała zamawiającemu wykonanie zaniechanej przez niego czynności. Jednocześnie Izba nie przychyliła się do żądania odwołującego, który z omawianych względów domagał się wykluczenia wykonawcy MZO na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Izba uznała żądanie odwołującego jako przedwczesne, albowiem zamawiający nie może ustalić, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu zanim nie przeprowadzi obligatoryjnej - co do zasady - procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wymagany na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu dokument może być jeszcze przez wykonawcę MZO złożony, choć z rygorami wynikającymi z art. 26 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp, a więc winien potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MZO pomimo, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu tj. nie złożył dowodu należytego wykonania usługi na rzecz Urzędu Miejskiego w Piastowie

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Stosownie do postanowienia pkt 5.1.2 SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie min. 2 zadania polegające na odbiorze odpadów komunalnych z posesji w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy.

Zgodnie z punktem 6.6 SIWZ wykonawcy w celu wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu obowiązani byli złożyć wraz z ofertą wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wykonawca MZO złożył wraz z ofertą wykaz usług, w którym wymienił 3 usługi:

- 1) odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych na rzecz Urzędu Miasta w Piastowie w okresie od 1 stycznia 2012 r. do 31 grudnia 2012 r.,
- 2) odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych na rzecz Urzędu Miasta w Pruszkowie w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2011 r.,
- 3) odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych na rzecz Urzędu Miasta w Pruszkowie w okresie od 1 stycznia 2012 r. do 31 grudnia 2012 r.

Do wykazu załączył poświadczenie z 24.05.2013 r. wydane przez Urząd Miejski w Piastowie. W poświadczeniu tym wystawca dokumentu oświadcza, że wykonawca MZO świadczył usługi związane z odbiorem odpadów komunalnych z posesji zamieszkałych i niezamieszkałych w terenie Piastowa, o określonych kodach. Wskazano, że w sumie odebrał określoną w dokumencie liczbę odpadów komunalnych.

Ponadto do wykazu załączono:

- 1) referencje wystawione przez Urząd Miejski w Pruszkowie z 22 stycznia 2013 r. potwierdzające należyte wykonanie usług związanych z odbiorem odpadów komunalnych w roku 2011 r. z należyłą starannością, terminowo i bez zastrzeżeń,
- 2) referencje wystawione przez Urząd Miejski w Pruszkowie z 22 stycznia 2013 r. potwierdzające należyte wykonanie usług związanych z odbiorem odpadów komunalnych w roku 2012 r. z należyłą starannością, terminowo i bez zastrzeżeń.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Zgodzić należało się z odwołującym, że rzeczywiście z poświadczenia wystawionego na rzecz wykonawcy MZO przez Urząd Miejski w Piastowie wynikało jedynie, iż MZO świadczyło usługi związane z odbiorem opadów komunalnych i odbierało odpady w określonej ilości. Powyższe nie stanowiło dowodu, czy usługi opisane w poświadczeniu zostały wykonane lub są wykonywane należycie, gdyż brakowało w nich elementu ocennego. Urząd Miejski w Piastowie nie użył stwierdzenia, w oparciu o które można byłoby stwierdzić, że wypowiada się w sposób pozytywny o jakości wykonanych przez MZO usług.

W ocenie Izby powyższa okoliczność nie skutkowała jednak koniecznością wykluczenia wykonawcy MZO z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu ani koniecznością wezwania go do uzupełnienia wymaganych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o co wnosił odwołujący.

Podkreślenia wymagało, że w myśl punktu 5.1.2 SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie min. 2 zadania polegające na odbiorze odpadów komunalnych z posesji w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy. Zatem w świetle literalnej wykładni opisanego warunku wystarczyło wykazać się doświadczeniem w wykonaniu dwóch określonych przez zamawiającego usług.

Odwołujący zakwestionował w odwołaniu zaledwie jedną z trzech usług wymienionych przez MZO w wykazie usług. Zatem pomimo, iż rzeczywiście poświadczenie wystawione przez Urząd Miejski w Piastowie nie stanowiło dowodu należytego wykonania usługi w zakresie odbioru odpadów komunalnych z posesji zamieszkałych i niezamieszkałych w terenie Piastowa, to należało stwierdzić, że wykazał fakt należytego wykonania dwóch innych usług.

Podkreślenia wymagało, że odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu w żaden sposób, aby pozostałe dwie wskazane przez wykazie usługi nie odpowiadały treści warunku udziału w postępowaniu. Dopiero w trakcie rozprawy podniósł, że pomimo odrębnego ujęcia w wykazie dwóch usług w zakresie odbioru odpadów z terenu gminy Pruszków, w rzeczywistości jest to jedna ciągła usługa, o czym miała świadczyć zbieżność referencji, czy wskazywanych liczby posesji, z których odbierano odpady. W ocenie Izby powyższa okoliczność faktyczna winna zostać wskazana w treści odwołania, a nie dopiero w trakcie rozprawy. Stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Wyjaśnienia w tym miejscu wymaga, że w ślad za jednolitym i ugruntowanym w orzecznictwie Izby poglądem, za zarzut uznaje się

przedstawienie okoliczności faktycznych, które mają świadczyć o naruszeniu przywołanych przepisów ustawy Pzp. Zatem wskazanie nowych okoliczności faktycznych, nawet z powołaniem się na tę samą podstawę prawną, stanowi nowy zarzut. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej”*. A zatem Izba pominęła przy wyrokowaniu zarzut sformułowany w trakcie rozprawy. W konsekwencji stwierdzono – wobec niekwestionowania przez odwołującego dwóch usług wymienionych przez wykonawcę MZO w wykazie – że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, opisanego przez zamawiającego w pkt 5.1.2.

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

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

Przewodniczący: