

Sygn. akt: KIO/KD 15/16

**UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

z dnia 12 lutego 2016 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 18 stycznia 2016 r., zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

Zamawiającego: Gmina Jeżów Sudecki, ul. Długa 63, 58-521 Jeżów Sudecki

od wyniku kontroli doraźnej z dnia 8 stycznia 2016 r. (znak: UZP/DKD/KND/33/15 i UZP/DKD/KND/34/15)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

1) Świadczenie usług w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych powstałych na terenie gminy Jeżów Sudecki – postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego (umowa z dnia 26 czerwca 2015 r.) (sygn. KND/33/15/DKD);

2) Umowa z dnia 13 marca 2015 r. na obsługę selektywnej zbiórki odpadów na terenie gminy Jeżów Sudecki (sygn. KND/34/15/DKD).

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Magdalena Rams

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Przedmiotem kontrolowanego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zwanego dalej Prezesem Urzędu, postępowania przeprowadzonego przez Zamawiającego: Gmina Jeżów Sudecki, ul. Długa 63, 58-521 Jeżów Sudecki jest zamówienie na:

1) Świadczenie usług w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych powstałych na terenie gminy Jeżów Sudecki – postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego (umowa z dnia 26 czerwca 2015 r.) (sygn. KND/33/15/DKD);

2) Umowa z dnia 13 marca 2015 r. na obsługę selektywnej zbiórki odpadów na terenie gminy Jeżów Sudecki (sygn. KND/34/15/DKD).

W pierwszej kolejności w swojej informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 8 stycznia 2016r Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez zamawiającego art. 32 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej ustawą PZP, poprzez zaniechanie łącznego oszacowania wartości zamówień na obsługę selektywnej zbiórki odpadów komunalnych oraz świadczenie usług w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych powstałych na terenie gminy Jeżów Sudecki.

Jednocześnie Prezes Urzędu wskazał, że wskutek powyższego, Zamawiający zaniechał stosowania przepisów ustawy PZP przewidzianych dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP, w tym w szczególności art. 40 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP.

Zarzucił również Zamawiającemu niezasadnie zaniechanie stosowania ustawy PZP do udzielenia zamówienia na obsługę selektywnej zbiórki odpadów, a w związku z tym naruszenie art. 4 pkt 8, art. 7 ust. 3, art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 i art. 48 ust. 1 ustawy PZP.

Dodatkowo w punkcie II.1. Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 8 stycznia 2016 r. Prezes Urzędu stwierdził naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy PZP poprzez wezwanie wykonawcy Karkonoskie Centrum Gospodarowania Odpadami sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów i złożenia uzupełniającego oświadczenia obejmującego wykonane usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych zmieszanych, wobec braku właściwego opisu warunku wiedzy i doświadczenia oraz sposobu oceny jego spełnienia.

Nadto w punkcie II.2. Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes Urzędu stwierdził naruszenie wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy PZP zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, art. 25 ust. 1, art. 22 ust. 3, art. 41 pkt 7 ustawy PZP (w Informacji o wyniku kontroli doraźnej omyłkowo wskazano art. 47 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP), poprzez niezasadne odstępnie w ogłoszeniu o zamówieniu od wskazania warunków udziału w postępowaniu, skonkretyzowanych jednocześnie w SIWZ oraz sposobu oceny ich spełniania.

Nie zgadzając się z powyższą informacją o wyniku kontroli Zamawiający w dniu 22 stycznia 2016r. wniósł zastrzeżenia pismem z dnia 18 stycznia 2016r.

W swoich zastrzeżeniach Zamawiający zwrócił uwagę, iż Kontrolujący błędnie przyjął i ustalił jedną łączną kwotę zamówienia, którą faktycznie stanowią dwa odrębne zamówienia.

Zamawiający zauważył, iż wartość zamówienia obejmującego selektywną zbiórkę odpadów, w wysokości 83 556 zł, została przyjęta przez Kontrolującego bez uprzedniego ustalenia faktycznego zakresu zamówienia.

Poza tym Zamawiający wskazał, iż „(...) uchwałą nr IV/15/2015 Rady Gminy Jeżów Sudecki z dnia 25 lutego 2015 r. Gmina Jeżów Sudecki przystąpiła do Związku Gmin Karkonoskich, który zarządza Karkonoskim Centrum Gospodarowania Odpadami sp. z o.o. Zgodnie ze statutem ZGK, wszystkie gminy przekazują spółce do realizacji konkretne zadania. Jak wskazał zamawiający, dnia 13 marca 2015 r. Gmina Jeżów Sudecki zawarła umowę z ww. spółką, przekazując jej do wykonania zadanie polegające na zbieraniu i zagospodarowaniu odpadów gromadzonych selektywnie”.

Dokonując analizy zakresu jego obowiązków wynikających z umowy Zamawiający podkreślił, że wyłącznie § 1 pkt 8 umowy odnosi się do wątpliwości Prezesa Urzędu czy możliwe jest wykonywanie zbiórki z nieruchomości niewielkiej ilości odpadów odbieranych w systemie workowym.

Zamawiający w treści zastrzeżeń wskazał, że wyliczenie kosztu przedmiotowego zakresu usługi, wymienionej w pkt. 8 umowy, nie zostało dokonane, ale nie stanowi 80% wartości całego zadania i odbiega od kwoty przyjętej przez Kontrolującego.

Odwołujący nie zgodził się również z stwierdzeniem Prezesa Urzędu podniesionego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej, iż „(...) w przedmiotowej sprawie zamawiający nie był uprawniony do skorzystania z wyłączenia stosowania procedury przetargowej.

Przedmiotem udzielonego przez gminę Jeżów Sudecki zamówienia na obsługę selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (umowa z dnia 13 marca 2015 r.) nie było wyłącznie prowadzenie PSZOK, ale także odbiór odpadów od mieszkańców gminy bezpośrednio z ich nieruchomości. Jak wskazano powyżej wykonawcą drugiej z wymienionych czynności może być wyłoniony w drodze przetargu przedsiębiorca, o którym mowa w art. 6d ust. 1 UCPG(...)

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z treścią art. 6d ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 1399 ze zm.), zwanej dalej UCPG, w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych, niepodlegających przekazaniu do RIPOK możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

Zamawiający w powyższym zakresie powołał się także na treść art. 6f ust. 1 oraz art.6r ust.3 i ust.4 UCPG.

Zamawiający zaznaczył także, iż powołana w treści Informacji o wyniku kontroli doraźnej opinia Ministerstwa Środowiska z dnia 1 października 201r.nie może i nie jest wykładnią czy też interpretacją obowiązujących przepisów prawnych.

W zastrzeżeniach dotyczących drugiego zakresu naruszenia prawa Zamawiający wyjaśnił, iż „(...) z uwagi na ogólny i niedookreślony charakter przepisów art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP na zamawiającym spoczywa obowiązek sprecyzowania swoich oczekiwań odnoszących się do kwalifikacji i doświadczenia wykonawcy niezbędnych do wykonania zamówienia. Wykaz wykonanych usług sporządza wykonawca. Wykaz ten jest oświadczeniem wiedzy. Dokument potwierdzający, że usługi zostały wykonane w sposób należyty sporządza podmiot, na rzecz, którego wykonawca wykonał usługi wykazane w wykazie usług. Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy PZP opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ustawy, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że opisane przez zamawiającego warunki powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia, nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji wykonawców”.

Ponadto, wskazał, iż „w pkt 12 SIWZ Zamawiający opisał sposób dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, w tym warunku wiedzy i doświadczenia, w taki sposób, aby zamówienie zostało udzielone wykonawcy posiadającemu doświadczenie w wykonywaniu usługi”.

Reasumując, Zamawiający podniósł, że w świetle powyższego zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców należy uznać za bezzasadny i odrzucić w całości.

W odpowiedzi na powyższe zastrzeżenia z dnia 18 stycznia 2016 r. Prezes Urzędu, po przeprowadzeniu ich analizy i odniesieniu się do nich poinformował Zamawiającego o braku ich uwzględnienia.

Jednocześnie stosownie do przepisu art. 167 ust. 2 ustawy PZP, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w zakresie pkt I i II Informacji o ich wyniku, Prezes przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia kontrolowanego Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wyniku kontroli Prezesa, podzieliła stanowisko Prezesa w zakresie wskazanych przez niego naruszeń przez Zamawiającego przepisów obowiązującego prawa.

Izba, stwierdzając powyższe wydała niniejszą opinię w przedmiotowej sprawie w oparciu o granice zastrzeżeń zgłoszonych od wyników kontroli przez Zamawiającego.

W pierwszej kolejności Izba potwierdziła ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa Urzędu w przedmiotowej sprawie.

Następnie Izba, biorąc pod uwagę dokumenty zgromadzone w przedmiotowej sprawie oraz ustalenia faktyczne i stanowisko Prezesa Urzędu wyrażone w informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz w odpowiedzi na zastrzeżenia od tych wyników zgłoszonych przez Zamawiającego, uwzględniając również treść zastrzeżeń złożonych przez Zamawiającego od wyników kontroli Prezesa Urzędu, stanęła na stanowisku, że wnioski w zakresie przeprowadzonej kontroli znajdują uzasadnienie w odniesieniu do stwierdzonych naruszeń.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego z zastrzeżeń z dnia 18 stycznia 2016r. Zdaniem Izby Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że wyliczony przez Prezesa Urzędu koszt przedmiotowej usługi w zakresie pkt. 8 umowy został w sposób nieprawidłowy.

Izba ustaliła, że dla ustalenia wartości zamówienia objętego umową z dnia 13 marca 2015 r. Prezes Urzędu zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o uzupełnienie wyjaśnień

poprzez wskazanie, jaką część ogółu kosztów zawartych w § 8 ww. umowy stanowiły koszty odbioru odpadów segregowanych od właścicieli nieruchomości, a jaką część koszty prowadzenia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, a także o przesłanie kopii faktur VAT lub innych dokumentów, potwierdzających wysokość ww. kosztów.

Izba stwierdziła również, że w odpowiedzi na wskazane wezwanie Zamawiający, w piśmie z dnia 19 listopada 2015 r., wyjaśnił, że „zgodnie z § 8 umowy nr 3/2015 z dnia 13 marca 2015r. na obsługę selektywnej zbiórki odpadów na terenie Gminy Jeżów Sudecki wysokość wynagrodzenia za wykonaną usługę naliczana jest od każdego mieszkańca zameldowanego na terenie gminy wg stanu na dzień 1 lipca 2013 r., tj. 6963. Opłata za obsługę selektywnej zbiórki odpadów jest zgodna z uchwałą nr 96/XXIV/14 Zgromadzenia Gmin Karkonoskich z dnia 9 stycznia 2014 r.”.

Wobec powyższego należało przyjąć, że wartość usługi objętej ww. umową była szacowana zgodnie z treścią wyjaśnień Zamawiającego oraz postanowieniami § 1 przywołanej uchwały związku międzygminnego.

Nadto Izba wzięła również pod uwagę, że z załączonych do sprawy faktur VAT wystawionych przez wykonawcę usługi wynika, iż jednostkowa cena netto usługi selektywnej zbiórki odpadów, jest równa kwocie jednego złotego, a całkowita miesięczna wartość netto ww. usługi wynosi 6963 zł.

Poza tym Izba również przyjęła, że inne składniki, obok selektywnej zbiórki odpadów, wchodzące do pełnego kosztu obsługi selektywnej zbiórki odpadów w gminie Jeżów Sudecki, nie zostały przez Prezesa Urzędu uwzględnione do ustalenia wartości zamówienia objętego umową z dnia 13 marca 2015 r.

W ocenie Izby ten sam Zamawiający w zbliżonym okresie (Umowa z dnia 13 marca 2015 r. i umowa z dnia 26 czerwca 2015 r.), przy bardzo podobnym rodzajowo przedmiocie zamówienia dokonał podzielenia zamówienia publicznego poprzez zawarcie umowy na obsługę selektywnej zbiórki odpadów na terenie gminy Jeżów Sudecki z pominięciem procedury przetargowej, przewidując jednocześnie w niedalekiej przyszłości, że będzie zobowiązany do zorganizowania przetargu nieograniczonego na świadczenie usług w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych powstałych na terenie gminy Jeżów Sudecki.

Izba zważyła, że stosownie do przepisu art.32 ust.2 ustawy PZP Zamawiający nie może w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy dzielić zamówienia na części lub zaniżać jego wartości.

Jednocześnie odnosząc się do przedmiotowej ustawy UCPG, to należy wskazać, że przewiduje ona między innymi, iż odbiorem odpadów od właścicieli nieruchomości zajmuje się przedsiębiorca, wyłoniony w drodze przetargu, o którym mowa w art. 6d ust. 1 UCPG.

Na podstawie zaś art. 6e UCPG spółki z udziałem gminy będą mogły odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości tylko, jeżeli zostaną wybrane w postępowaniu przetargowym, o którym mowa w art. 6d ust. 1 UCPG.

Z powołanych wyżej przepisów wynika, iż obowiązkiem Zamawiającego jest zorganizowanie przetargu na odbiór odpadów komunalnych (czy też na odbiór i zagospodarowanie odpadów), przy czym odbiór będzie dotyczył wszystkich odpadów (a więc także odpadów selektywnych) odbieranych od właścicieli nieruchomości.

Według zapatrywania Izby ocena Prezesa Urzędu dotycząca powyższej usługi odbioru i transportu odpadów zmieszanych oraz zbiórki odpadów gromadzonych selektywnie przyjmująca istnienie tożsamości przedmiotowej, podmiotowej i czasowej oraz brak możliwości podziału ww. zamówienia na kilka części, z których każda stanowiłaby przedmiot odrębnego postępowania jest prawidłowa. Izba podzieliła również stanowisko Ministra Środowiska z dnia 1 października 2015r.

Z powyższych względów Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 32 ust. 1 i 2 ustawy PZP. Jednocześnie wskutek zaniechania oszacowania wartości przedmiotowych zamówień, Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający zaniechał stosowania przepisów ustawy PZP przewidzianych dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, w tym w szczególności art. 40 ust. 3 w zw. z art. 11 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Poza tym – w opinii Izby - Zamawiający niezasadnie zaniechał także stosowania ustawy PZP do udzielenia zamówienia na obsługę selektywnej zbiórki odpadów, czy naruszył art. 4 pkt 8, art. 7 ust. 3, art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 i art. 48 ust. 1 ustawy PZP.

Przechodząc do zaopiniowania drugiego zakresu naruszenia przez Zamawiającego obowiązującego prawa Izba stwierdziła zaniechanie przez Zamawiającego konkretyzacji warunku wiedzy i doświadczenia.

Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego o dokonaniu opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia w taki sposób, aby zamówienie zostało udzielone wykonawcy posiadającemu doświadczenie w wykonywaniu usługi.

Izba zwróciła uwagę, że w punkcie 12 SIWZ Zamawiający opisał warunki dotyczące posiadania zezwolenia odpowiednich organów, dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, lecz pominał opis warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy.

Poza tym należy wskazać, że Zamawiający sporządzając w pkt 13 SIWZ wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie miały zostać złożone w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz innych wymaganych dokumentów nie sformułował wymagania przedłożenia wykazu usług mających za przedmiot niesegregowane odpady komunalne, ani też w inny sposób nie opisał szczegółowo zakresu usług, które miały być potwierdzone przez złożenie dokumentów.

Z powyższych względów, w przekonaniu Izby zaniechanie dokonania opisu warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy, a także sposobu dokonania oceny jego spełnienia, uniemożliwiło Zamawiającemu wezwanie wykonawcy do przedstawienia dokumentów potwierdzających jego spełnianie w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy PZP, bowiem można żądać jedynie dokumentów wymienionych w treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu.

Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że warunek udziału w przetargu, w tym wymagane dokumenty nie może być domniemywane i doprecyzowywane po upływie terminu składania ofert.

Ostatecznie należy zauważyć, iż Zamawiający w swoich zastrzeżeniach nie odniósł się do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy PZP stwierdzonego w pkt II.1. Informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz naruszeń wskazanych w pkt II.2. Informacji o wyniku kontroli doraźnej, z wyłączeniem naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Podsumowując, Izba uznała, że Zamawiający nie zamieszczając w ogłoszeniu o zamówieniu informacji w ww. zakresie naruszył wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy PZP zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, art. 25 ust. 1 ustawy PZP, art. 22 ust. 3, art. 47 ust.1 pkt 7 ustawy PZP.

