

WYROK

z dnia 21 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „EKO-FIUK” Arkadiusz Fiuk, Tomasz Fiuk, Jadwiga Fiuk, Anna Fiuk S.C. (lider konsorcjum), Adam Beim, Władysław Piszczek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Płynnych, Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o., z siedzibą lidera: ul. Świerczewskiego 2b, 78-320 Połczyn Zdrój w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Narutowicza 17b, 70-240 Szczecin,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. (lider konsorcjum), ALTVATER Piła Sp. z o.o., Eugeniusz Grabowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eugeniusz Grabowski, z siedzibą lidera: ul. Górecka 104, 61-483 Poznań** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „EKO-FIUK” Arkadiusz Fiuk, Tomasz Fiuk, Jadwiga Fiuk, Anna Fiuk S.C. (lider konsorcjum),**

Adam Beim, Władysław Piszczek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Płynnych, Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o., z siedzibą lidera: ul. Świerczewskiego 2b, 78-320 Połczyn Zdrój, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „EKO-FIUK” Arkadiusz Fiuk, Tomasz Fiuk, Jadwiga Fiuk, Anna Fiuk S.C. (lider konsorcjum), Adam Beim, Władysław Piszczek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Płynnych, Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o., z siedzibą lidera: ul. Świerczewskiego 2b, 78-320 Połczyn Zdrój, tytułem wpisu od odwołania.**
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „EKO-FIUK” Arkadiusz Fiuk, Tomasz Fiuk, Jadwiga Fiuk, Anna Fiuk S.C. (lider konsorcjum), Adam Beim, Władysław Piszczek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Płynnych, Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o., z siedzibą lidera: ul. Świerczewskiego 2b, 78-320 Połczyn Zdrój na rzecz Rejonowego Zarządu Infrastruktury, ul. Narutowicza 17b, 70-240 Szczecin, kwotę 4 396 zł 21 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta dziewięćdziesiąt sześć złotych dwadzieścia jeden groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i wynagrodzenie 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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Wywóz odpadów komunalnych stałych (segregowanych i niesegregowanych) oraz nieczystości płynnych z jednostek instytucji i obiektów wojskowych zlokalizowanych na terenie działania RZI Szczecin od 01.05.2011 do 30.04.2012” z podziałem zamówienia na 6 części. Teren objęty zamówieniem w części II: Choszczno, Wałcz, Drawno, Cybowo, Oleszno, a w części VI: Złocieniec, Szczecinek, Świdwin, Mirosławiec. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 lutego 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod. nr 2011 /S 39-064279.

Konsorcjum firm: Arkadiusz Fiuk, Tomasz Fiuk, Jadwiga Fiuk, Anna Fiuk prowadzący spółkę cywilną pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „EKO-FIUK” s.c. (lider), Adam Beim, Władysław Piszczek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Płynnych, Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o., z siedzibą lidera w Połczynie Zdroju, zwane dalej „Konsorcjum EKO-FIUK” wniosło odwołanie wobec czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w części II i VI zamówienia, złożonej przez Konsorcjum firm: Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o., ALTVATER Piła Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eugeniusz Grabowski (zwane dalej „Konsorcjum Remondis”), zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez udzielenie zamówienia Konsorcjum Remondis, które nie posiada właściwych uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, mimo, że przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
2. art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez udzielenie zamówienia Konsorcjum Remondis, które nie posiada wymaganego potencjału ekonomicznego;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia ww. wykonawcy i uznania oferty za odrzuconą, mimo niespełniania warunków udziału w postępowaniu;
4. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Remondis mimo niezgodności oferty z ustawą i treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wnioskował o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. odrzucenia oferty Konsorcjum Remondis i wykluczenia tego wykonawcy;
2. dokonania wyboru oferty Konsorcjum EKO-FIUK, jako oferty najkorzystniejszej dla części II i VI zamówienia,

3. zasądzenia na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący podał, że w dniu 18 maja 2011 r., na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2011r. (sygn. akt KIO/891/11), zamawiający skierował do wykonawców informację o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Pismem z dnia 19 maja 2011 r. zamawiający poinformował, że powtarza czynność badania ofert oraz wezwał Konsorcjum Remondis do przedstawienia właściwej decyzji organów administracji terenowej zezwalających na odbiór nieczystości stałych i płynnych oraz ich transport na terenie objętym zamówieniem, a także do złożenia informacji z banku potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy zgodnie z wymogami siwz.

Pomimo wezwania do przedstawienia prawidłowej dokumentacji w zakresie wymaganych zezwoleń, Konsorcjum Remondis nie uzupełniło wszystkich niezbędnych dokumentów z punktu widzenia przedmiotu zamówienia. Niemniej zamawiający w dniu 27 maja 2011r. wybrał ofertę Remondis, uznając ją za najkorzystniejszą.

I. Zarzut dotyczący wadliwego zezwolenia

Zgodnie z siwz (część VII pkt 1) oraz biorąc pod uwagę zakres zamówienia w część II i VI - wykonawca Remondis wezwany do uzupełnienia dokumentów powinien był przedstawić:

1. Decyzję Burmistrza Miasta Wałcz (osobny organ administracji publicznej) na odbiór odpadów komunalnych z terenu Miasta Wałcza,
2. Decyzję Burmistrza Miasta Wałcz - na opróżnianie zbiorników bezodpływowych i transport nieczystości ciekłych z terenu Miasta Wałcz,
3. Decyzję Burmistrza Miasta i Gminy Choszczno na odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy Choszczno (w tym przypadku z terenu miasta i gminy).

Powyższe wynika z tego, że punkty z których zamawiający odbiera odpady i nieczystości ciekłe leżą na terenie tych jednostek administracyjnych.

Tymczasem dokumenty złożone przez Konsorcjum Remondis w wyniku uzupełnienia braków, to:

- decyzja Burmistrza Miasta Wałcz na odbiór odpadów komunalnych,
 - decyzja Burmistrza Miasta i Gminy Choszczno na odbiór odpadów komunalnych
- oraz dodatkowo - decyzja Wójta Gminy Wałcz na odbiór odpadów komunalnych, choć nie była ona wymagana przez zamawiającego w siwz.

Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący stwierdził, że Konsorcjum Remondis nie złożyło wymaganej decyzji Burmistrza Miasta Wałcz na opróżnianie zbiorników bezodpływowych i transport nieczystości ciekłych z terenu Miasta Wałcz, a tym samym nie spełniło wymagań wskazanych w części VII ust. 2 pkt 7 siwz.

Odwołujący podniósł, iż nieczystości ciekłe nie stanowią odpadu komunalnego o kodzie 20.03.04 - Szlamy ze zbiorników bezodpływowych służących do gromadzenia nieczystości. Odpady komunalne nie stanowią nieczystości ciekłych, bowiem zgodnie z ww. ustawą, przez nieczystości ciekłe - rozumie się ścieki gromadzone przejściowo w zbiornikach bezodpływowych. Z kolei, przez odpady komunalne - rozumie się odpady komunalne w rozumieniu przepisów o odpadach. Przepisy zatem rozróżniają te dwie kategorie nieczystości. Z uwagi na powyższe, wykonawca ubiegający się o ww. zamówienie powinien legitymować się osobną decyzją organów administracji publicznej na odbiór odpadów oraz na opróżnianie zbiorników bezodpływowych i transport nieczystości ciekłych. Tymczasem Konsorcjum Remondis takowej decyzji nie przedstawiło.

Odwołujący podniósł również, że przedstawiona przez Konsorcjum Remondis decyzja Burmistrza Miasta i Gminy Choszczno na świadczenie usług opróżniania zbiorników bezodpływowych i transport nieczystości ciekłych z terenu miasta i gminy Choszczno (załączona pierwotnie do oferty Remondis), której adresatem jest Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eugeniusz Grabowski w Drawsku Pomorskim, została wydana w dniu 4 kwietnia 2011r. Zgodnie z jej treścią - terminem podjęcia działalności, a tym samym terminem uprawomocnienia się decyzji - jest dzień 18 kwietnia 2011r. Skoro więc termin składania ofert upływał w dniu 8 kwietnia 2011r., to oznacza, że Konsorcjum Remondis nie legitymowało się w tym dniu prawomocną i ostateczną decyzją w ww. zakresie.

II. Zarzut wadliwego zaświadczenia z banku

Zgodnie z częścią VII pkt 4 siwz w celu wykazania, iż sytuacja ekonomiczna i finansowa zapewnia wykonanie zamówienia zamawiający żądał, aby wykonawcy dostarczyli informację z banku potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową na łączną kwotę 1.400.000 zł (dla części II i VI).

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego Konsorcjum Remondis dostarczyło pismo z Raiffeisen Bank pt. „Potwierdzenie sald”, mające potwierdzić stan środków na 10 marca 2011r. Z pisma tego wynika, iż saldo na dzień 10 marca 2011r. na rachunku bieżącym należącym do Remondis wynosiło 5.000 zł, a ponadto wykonawca posiadał 6 depozytów na odrębnych rachunkach depozytowych, przy czym:

- a) rachunek dot. depozytu na kwotę 392.488,48 zł był ważny tylko w okresie 10.03.2011r. do 11.03.2011r. - a zatem depozyt ten nie istniał już w dacie składania ofert;
- b) rachunek dot. depozytu na kwotę 500.000 zł był ważny tylko w okresie 02.03.2011r. do 04.04.2011r. - a zatem depozyt ten nie istniał już w dacie składania ofert;
- c) rachunek dot. depozytu na kwotę 300.000 zł był ważny tylko w okresie 02.03.2011r. do 04.04.2011r. - a zatem depozyt ten nie istniał już w dacie składania ofert;
- d) rachunek dot. depozytu na kwotę 500.000 zł był ważny tylko w okresie 03.03.2011r. do 04.04.2011r. - a zatem depozyt ten nie istniał już w dacie składania ofert;

e) rachunek dot. depozytu na kwotę 300.000 zł był ważny tylko w okresie 08.03.2011r. do 08.04.2011r. - termin końcowy depozytu upływał w dniu składania ofert; rachunek dot. depozytu na kwotę 400.000 zł był ważny tylko w okresie 09.03.2011r. do 08.04.2011r. - termin końcowy depozytu upływał w dniu składania ofert.

Wobec powyższego należy uznać, iż Konsorcjum Remondis złożyło dokument, z którego wprost wynika, iż na dzień składania ofert wykonawca nie dysponował już kwotą 1.400.000 zł, zaś co najwyżej kwotą 705.000 zł (jeśli wziąć pod uwagę kwotę depozytów istniejących w dniu 8 kwietnia 2011 r. oraz kwotę 5.000 zł na rachunku bieżącym).

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp w zdaniu ostatnim nie pozostawia wątpliwości co do terminu, do którego wykonawcy mają potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Ustawodawca bowiem stwierdził wprost, że jest to termin nie późniejszy niż dzień, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Zatem treść złożonych w trybie uzupełnienia dokumentów musi potwierdzać stan faktyczny (prawny) istniejący w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Z przedłożonych dokumentów winno wynikać, że wykonawca był zdolny do wykonania zamówienia w dniu składania ofert. Wskazać przy tym należy, iż nie sama data wystawienia dokumentu ma znaczenia, ale jego treść.

W nin. sprawie z treści dokumentu powinno wynikać, iż wykonawca posiada co najmniej 1.400.000 zł. Posiadanie lokat z całą pewnością nie jest równoznaczne z posiadaniem środków finansowych na rachunku bieżącym. Wykonawca nie przedstawił przy tym warunków dot. ww. lokat, a zatem nie wiadomo czy środki te faktycznie pozostają do jego dyspozycji i na jakich zasadach mogą być przez niego wypłacone. Co więcej, lokaty te - w przeciwieństwie do rachunku bieżącego, wygasają w określonych dniach, a w dniu otwarcia ofert większość lokat już nie istniała.

Konsorcjum Remondis zgłosiło w dniu 10 czerwca 2011 r. (pismem z dnia 9 czerwca 2011 r.) przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że złożona decyzja Burmistrza Wałcz zezwala na prowadzenie działalności w zakresie objętym kodami odpadów, które zostały w niej wymienione, a zatem w zakresie odpadów mających postać ciekłą. W odniesieniu do decyzji Burmistrza Miasta i Gminy Choszczno, przystępujący stwierdził, że pomimo iż decyzja ta nie była prawomocna w dniu składania ofert to i tak była w tym dniu decyzja podlegającą wykonaniu na mocy art. 130 § 4 k.p.a. Odnośnie informacji z banku przystępujący wskazał, że złożony dokument zaświadcza o stanie rachunku bieżącego i rachunków depozytowych przystępującego w terminie niewykraczającym ponad określony termin 3 miesięcy od daty upływu terminu składania ofert (część VII, ust. 2 pkt 11 siwz).

W dniu 20 czerwca 2011 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

W odniesieniu do zarzutu braku złożenia przez Konsorcjum Remondis decyzji Burmistrza Miasta Wałcz na opróżnianie zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych z terenu Miasta Wałcz, wskazał, że warunek określony w części VII ust. 1 pkt 1 dotyczy posiadania zezwolenia na odbiór i transport odpadów komunalnych stałych i płynnych. Powyższe oznacza, że nie była wymagana w postępowaniu decyzja na odbiór nieczystości ciekłych, które zgodnie z art. 2 ust. 1 i art. 7 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowią inną kategorię odpadów niż odpady komunalne. Jeżeli zatem wykonawca złożył decyzję na odbiór wszystkich rodzajów odpadów komunalnych z grupy 20 katalogu odpadów (stałych i płynnych), zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów, to tym samym spełnia wymogi warunku. Zamawiający wyjaśnił, że w treści siwz nigdzie nie użyto pojęcia nieczystości ciekłych lub zbiorników bezodpływowych. Zarówno w ogłoszeniu, jak i w specyfikacji zamawiający użył wyłącznie pojęcia „odpady komunalne stałe i płynne”.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku ostatecznej decyzji Burmistrza Miasta i Gminy Choszczno na opróżnianie zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych z terenu tej gminy i miasta, zamawiający podniósł, iż decyzja taka nie była wymagana. Złożona w ofercie przez Konsorcjum Remondis decyzja w powyższym zakresie podlegała wykonaniu w dniu składania ofert na podstawie art. 130 § 4 k.p.a. jako decyzja uwzględniająca wszystkie żądania strony zawarte we wniosku o wydanie zezwolenia.

Zamawiający stwierdził również, że uzupełniona przez przystępującego informacja z banku pn. „Potwierdzenie sald” potwierdza w ocenie zamawiającego posiadanie środków przez przystępującego w wymaganej wysokości 1 400 000 zł w okresie 3 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, zgodnie z treścią warunku określonego w części VII ust. 2 pkt 11 siwz.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący wypełnia przesłanki, określone w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wykazał, iż jego oferta, jako jedna z dwóch złożonych na część II i VI

zamówienia, została sklasyfikowana na drugiej pozycji, a wobec tego jest uprawniony do wniesienia odwołania wobec niezgodnych z ustawą Pzp, czynności i zaniechania zamawiającego wykonania czynności, które godzą w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogą spowodować szkodę.

Izba stwierdziła, że przystąpienie Konsorcjum Remodnis do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego jest skuteczne, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W części II i VI zamówienia wpłynęły do zamawiającego dwie oferty, tj. oferta złożona przez Konsorcjum EKO-FIUK oraz oferta Konsorcjum Remondis. W oparciu o ustanowione w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryterium oceny ofert, zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą - ofertę złożoną przez Konsorcjum Remondis.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części VII ust.1 pkt 1 „Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków – wymagane dokumenty i oświadczenia”, zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: „posiadają uprawnienia wykonywania określonej usługi oraz do odbioru i transportu nieczystości komunalnych stałych i płynnych na terenie objętym zamówieniem na podstawie decyzji organów administracji państwowej, o których mowa w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13.09.1996 r. (Dz. U. z 1996 r. Nr 132, poz. 622 z późn. zm.) oraz ustawy o odpadach z dnia 27.04.2001 r. (tekst jednolity Dz. U. 2010 r. Nr 185. poz. 1243 z późn. zm.)”.

Warunek dotyczący wymaganej od wykonawców sytuacji ekonomicznej i finansowej został określony w części VII ust. 1 pkt 4 siwz - dla każdej części zamówienia, w tym dla części II wykonawca winien posiadać lub dysponować środkami finansowymi lub zdolnością kredytową minimum 900 000,00 zł, a dla części VI - posiadać lub dysponować środkami finansowymi lub zdolnością kredytową minimum 500 000, 00 zł. W przypadku oferty składanej na kilka części, należało wykazać kwotę stanowiącą sumę dla poszczególnych części.

W części VII ust. 2 pkt 7 siwz „opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków” zamawiający podał, że wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jeżeli do oferty załączą następujące oświadczenia i dokumenty, w tym między innymi:
- przedłożą decyzje organów administracji terenowej zezwalające na odbiór nieczystości stałych i płynnych oraz ich transport po terenie objętym zamówieniem, zgodnie z ustawą

o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13.09.1996 r. (Dz. U. z 1996 r. Nr 132, poz. 622 z późn. zm.).

Zgodnie natomiast z postanowieniem w części VII ust. 2 pkt 11 siwz, wykonawcy mieli złożyć:

- informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę określoną w części VII ust. 1 pkt 4, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów finansowych w wysokości określonej w części VII ust. 1 pkt 4 siwz na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Stosownie do treści części VII pkt 8 siwz, ocena spełnienia warunków określonych w ust. 1 dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia-niespełnia” w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniach i dokumentach wyszczególnionych w ust. 2. Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, czy wymienione w ust. 2 oświadczenia i dokumenty spełniają wymogi określone przez zamawiającego. Niezłożenie chociażby jednego z dokumentów, lub złożenie niewłaściwego, skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Pismem z dnia 19 maja 2011r., na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2011r. (sygn. akt KIO/891/11), zamawiający wezwał Konsorcjum Remondis w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do przedstawienia żądanych w części VII ust. 2 pkt 7 i 11 dokumentów. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że złożone w ofercie decyzje:

- decyzja Burmistrza Miasta Wałcz nr IM.6431-07/10) na odbiór odpadów komunalnych z terenu Miasta Wałcza (str. 201-203 oferty),
- decyzja Burmistrza Miasta i Gminy Choszczno nr KO.IV – 7062-1/4-2/2010/2011 (str. 215-217 oferty) na odbiór odpadów komunalnych z terenu Miasta i Gminy Choszczno,

są niekompletne. Zamawiający wyjaśnił również, że załączona do oferty (str. 383) informacja z banku potwierdzająca wartość obrotów na rachunku bieżącym nie potwierdza wysokości posiadanych środków lub zdolności kredytowej wykonawcy.

W dniu 23 maja 2011 r. Konsorcjum Remondis złożyło w wyniku uzupełnienia następujące dokumenty:

1. zezwolenie dla Eugeniusza G. na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta Wałcza w formie decyzji Burmistrza Wałcza z dnia 7 marca 2006 r.,

2. zezwolenie dla Spółki Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Choszczno w formie decyzji Burmistrza Choszczna z dnia 10 stycznia 2011 r.
3. zaświadczenie z Raiffeisen Bank Polska o wysokości posiadanych środków na rachunkach zatytułowane „Potwierdzenie sald”.

W powyższym stanie faktycznym Izba zważyła:

I. Zarzut dotyczący niezłożenia w ofercie przez Konsorcjum Remondis decyzji Burmistrza Miasta Wałcz na opróżnianie zbiorników bezodpływowych i transport nieczystości ciekłych z terenu Miasta Wałcz oraz decyzji Burmistrza Miasta i Gminy Choszczno na świadczenie usług opróżniania zbiorników bezodpływowych i transport nieczystości ciekłych z terenu miasta i gminy Choszczno, a tym samym niewykazania spełniania wymagań wskazanych w części VII ust. 2 pkt 7 siwz, Izba uznała za niezasadny.

Przepis art. 22 ust. 1 Pzp wskazuje, iż o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają określone w pkt 1-4 warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z ust. 3 i 4 tego artykułu, zamawiający dokonuje opisu sposobu spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 i zamieszcza go w ogłoszeniu o zamówieniu (w trybie przetargu nieograniczonego). Opis ten powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 2 Pzp wykonawcom przysługuje odwołanie wobec treści postanowień opisu sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, jeśli narusza on powyżej wskazane przepisy ustawy Pzp. W przypadku niezłożenia odwołania w powyższym zakresie w ustawowym terminie, postanowienia siwz stają się wiążące zarówno dla wykonawców jak i dla zamawiającego, i nie mogą być kwestionowane ani zmienione na dalszym etapie postępowania, w tym na etapie oceny ofert. Zarzuty te są bowiem wówczas spóźnione. Z uwagi na powyższe zarzut odwołującego, iż w związku z zakresem zamówienia, obejmującym zarówno odpady komunalne jak i nieczystości ciekłe, konieczne było złożenie w ofercie zezwolenia na odbiór i transport nieczystości ciekłych ze zbiorników bezodpływowych, podlega uznaniu za zgłoszony z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 Pzp.

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, mówi, iż o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Biorąc pod uwagę treść opisu sposobu spełniania warunku zawartego w części VII ust. 1 pkt 1 siwz zamawiający wymagał od wykonawców posiadania uprawnień „do wykonywania określonej usługi oraz do odbioru i transportu nieczystości komunalnych stałych i płynnych na terenie objętym zamówieniem na podstawie decyzji organów administracji państwowej, o których mowa w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach [...] oraz ustawy o odpadach [...]”. Określając rodzaj nieczystości (odpadów) zamawiający wskazał odpady komunalne, które zostały zdefiniowane w art. 2 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz w art. 3 ust. 3 pkt 4 ustawy o odpadach, 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 i skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych”. Są to odpady zdefiniowane odrębnie od „nieczystości ciekłych”, które ustawa o czystości i porządku w gminie określa, jako ścieki gromadzone przejściowo w zbiornikach bezodpływowych (art. 2 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy). Powyższą okoliczność potwierdził także odwołujący wskazując, iż nieczystości ciekłe to nie jest to samo co odpad komunalny o kodzie 20 03 04 - Szlamy ze zbiorników bezodpływowych służących do gromadzenia nieczystości. Odpady komunalne nie stanowią nieczystości ciekłych, bowiem zgodnie z ww. ustawą przez nieczystości ciekłe - rozumie się ścieki gromadzone przejściowo w zbiornikach bezodpływowych; z kolei przez odpady komunalne - rozumie się odpady komunalne w rozumieniu przepisów o odpadach, a zatem przepisy rozróżniają te dwie kategorie nieczystości.

Zamawiający zaprzeczył w toku rozprawy jednoznacznie, aby wymaganie zawarte w części VII ust. 1 pkt 1 siwz dotyczyło złożenia przez wykonawców zezwoleń na odbiór i transport nieczystości ciekłych. Stwierdził, że przedmiot zamówienia nie obejmuje tych usług. Odwołujący, twierdząc przeciwnie, nie przedstawił jednak dowodów na poparcie tezy, że wykonawca ubiegający się o ww. zamówienie powinien legitymować się osobną decyzją organów administracji publicznej na odbiór odpadów oraz na opróżnianie zbiorników bezodpływowych i transport nieczystości ciekłych.

.Wskazane przez odwołującego w toku rozprawy zapisy zawarte w załączniku nr 4 do siwz, określającym szacunkowe ilości odpadów, dotyczące „zrzutu ścieków” nie dowodzą w żaden sposób, że dokument potwierdzający posiadanie uprawnień na odbiór i transport nieczystości ciekłych był wymagany w ramach opisu sposobu spełniania warunku w części VII ust. 1 pkt 1 i ust. 2 pkt 4 siwz. Nie ma również jakichkolwiek podstaw, by z szacunkowych ilości wskazanych w załączniku nr 4 odpadów płynnych wywodzić, iż takie zezwolenie było wymagane. Podkreślić należy, że w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zostało użyte pojęcie „nieczystości ciekłe” lub „zbiorniki bezodpływowe”.

W ocenie Izby, brak jest również podstaw by z treści siwz domniemywać, że warunek dotyczący wykazania wymaganych uprawnień obejmował złożenie zezwolenia w powyższym zakresie. Podkreślić należy przy tym, że postępowanie odwoławcze toczy się według zasady kontradiktoryjności, a zatem stosownie do art. 6 k.c. ciężar udowodnienia podnoszonych zarzutów spoczywa na odwołującym.

Izba wzięła pod uwagę również, iż zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości wyjaśnił, że wezwanie Konsorcjum Remondis do uzupełnienia decyzji wynikało wyłącznie z faktu, iż w złożonych w ofercie dokumentach brakowało kilku stron, a tym samym nie było wynikiem konieczności potwierdzenia posiadania uprawnień co do odbioru i transportu nieczystości ciekłych ze zbiorników bezodpływowych, co podnosił odwołujący wskazując, iż biorąc pod uwagę zakres zamówienia w część II i VI - wykonawca Konsorcjum Remondis zostało wezwane przez zamawiającego do usunięcia braku w zakresie decyzji zezwalającej wykonawcy na odbiór nieczystości ciekłych ze zbiorników bezodpływowych na terenie gminy Wałcz i Choszczno.

W tych okolicznościach, biorąc pod uwagę treść omawianego warunku opisanego w siwz, Izba uznała, że wykonawcy mieli obowiązek złożyć wyłącznie decyzje potwierdzające posiadanie uprawnień w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych, które zgodnie z katalogiem tych odpadów mogą mieć postać zarówno stałą jak i płynną (rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów). Potwierdza to również wprost wymaganie zawarte w części VII ust. 2 pkt 7 siwz. Zarzut, że opis tego warunku jest niewiązany lub nieproporcjonalny do zakresu przedmiotu zamówienia należy uznać za spóźniony.

Skoro zatem kompletna decyzja Burmistrza Miasta Wałcz nr IM.6431-07/10) na odbiór odpadów komunalnych z terenu Miasta Wałcza została przez Konsorcjum Remondis uzupełniona i okoliczność ta nie była kwestionowana przez odwołującego w toku postępowania, należało uznać, że Konsorcjum Remondis złożyło wymagany przez zamawiającego w siwz dokument, potwierdzający posiadanie uprawnień do odbioru i wywozu odpadów komunalnych z terenu Miasta Wałcz w pełnym zakresie, tj. zarówno odpadów komunalnych o stanie stałym skupienia jak i płynnym zgodnie z wymogiem części VII ust. 2 pkt 7 siwz .

Przyjmując natomiast ewentualnie, że użyte w opisie sposobu spełniania omawianego warunku pojęcie „nieczystości komunalne stałe i płynne” zawiera w sobie pojęcie „nieczystości ciekłe”, należałoby uznać co najwyżej, że jest to opis na tyle nieprecyzyjny, iż nie sposób zgodzić się, aby na etapie oceny ofert zamawiający mógł wymagać dokumentów, których nie wskazał w sposób jednoznaczny w siwz. Wykonawcy nie mogą bowiem ponosić konsekwencji nieprecyzyjnych postanowień siwz, co potwierdza ugruntowane w tym zakresie orzecznictwo Izby.

Izba stwierdziła ponadto, że przedstawiona przez Konsorcjum Remondis decyzja Burmistrza Miasta i Gminy Choszczno KO6233.2.2011 na świadczenie usług opróżniania zbiorników bezodpływowych i transport nieczystości ciekłych z terenu miasta i gminy Choszczno wydana dla Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Eugeniusz Grabowski w Drawsku Pomorskim w dniu 4 kwietnia 2011r. w świetle opisu sposobu spełniania warunku w części VII ust. 1 pkt 1 siwz nie była wymagana. Na marginesie tylko Izba wskazuje, że decyzja wykonalna na podstawie przepisu art. 130 § 4 k.p.a. jako decyzja uwzględniająca wszystkie żądania strony zawarte we wniosku o wydanie zezwolenia, jest dokumentem, który może być uznany za potwierdzający że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

II. Zarzut dotyczący braku wykazania przez Konsorcjum Remondis spełniania warunku dotyczącego sytuacji finansowej wykonawcy w części II i VI zamówienia, w ocenie Izby nie potwierdził się.

Zgodnie z częścią VII pkt 4 siwz wykonawcy powinni wykazać wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową na łączną kwotę 1.400.000 zł (dla cz. II i VI), potwierdzoną informacją banku, w którym wykonawca posiada rachunek.

Złożone w dniu 23 maja 2011 r. przez Konsorcjum Remondis pismo z Raiffeisen Bank zatytułowane „Potwierdzenie sald”, wskazuje stan środków na dzień 10 marca 2011r. na rachunku bieżącym wykonawcy oraz na rachunkach depozytowych. Z pisma tego wynika, iż saldo na dzień 10 marca 2011r. na rachunku bieżącym należącym do członka Konsorcjum Remondis – Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. wynosiło 5.000 zł oraz że spółka posiadała 6 depozytów na rachunkach depozytowych, łącznie na kwotę 2 392.488,48 zł.

Z powyższego wynika, iż Konsorcjum Remondis złożyło w wyniku uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wymagany dokument potwierdzający, iż w okresie wymaganym (nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert) dysponowało kwotą 1.400.000 zł, co wypełnia wymóg siwz dotyczący sytuacji finansowej wykonawcy. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp określa jednoznacznie termin, do którego wykonawcy mogą potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. „nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert”. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, iż treść złożonych w trybie uzupełnienia dokumentów musi potwierdzać stan faktyczny (prawny) istniejący w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert. Przesłankę „nie później niż w dniu [...]” spełnia bowiem każdy termin wcześniejszy od terminu składania ofert, mieszczący się zarazem w okresie 3 miesięcy przed terminem składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Ponadto, zgodnie z przepisem § 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz. 1817), wykonawca składa informację banku (lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej), w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Potwierdzenie sald na dany dzień wyczerpuje charakter dokumentu określonego w ww. przepisach oraz w postanowieniu części VII ust. 2 pkt 11 siwz - jako informacja banku. Nie ma przy tym istotnego znaczenia w jaki sposób dokument ten został zatytułowany. Zauważyć należy na marginesie, że stosownie do art. 26 ust. 2c Pzp w uzasadnionych okolicznościach wykonawca może zamiast dokumentów wymaganych przez zamawiającego dotyczących sytuacji finansowej i ekonomicznej przedstawić inny dokument, który w sposób wystarczający potwierdza spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku.

Wskazać należy ponadto, że ww. przepis rozporządzenia nie zakreśla także wymogu, aby informacja banku dotyczyła wyłącznie rachunku bieżącego wykonawcy. Rachunki depozytowe stanowią niewątpliwie rachunki w rozumieniu tego przepisu, a środki finansowe pozostające na tych rachunkach mogą być wykazywane w celu potwierdzenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Z faktu, iż lokaty wygasają przed terminem składania ofert nie można wywodzić, że warunek w zakresie sytuacji finansowej nie został przez wykonawcę spełniony.

Wobec powyższego Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Remondis. Konsorcjum Remondis złożyło bowiem, w ramach uzupełnienia, dokumenty wymagane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zakwestionowanym w odwołaniu.

Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia bezprawnego zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Remondis jako niezgodnej z ustawą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba stwierdziła, że w powyższym zakresie odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia. Izba wyjaśnia na marginesie, że samo wskazanie przepisu ustawy Pzp, bez podania uzasadnienia faktycznego, nie stanowi zarzutu w rozumieniu art. 192 ust. 7 Pzp.

W oparciu o stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba oddaliła odwołanie, orzekając, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

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

Przewodniczący: