

Sygn. akt: KIO 668/13

## WYROK

z dnia 5 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2013 r. przez wykonawcę **MPO Sp. z o.o., 15-950 Białystok, ul. 27 Lipca 62** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Białystok reprezentowaną przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne LECH Sp. z o.o., 15-110 Białystok, ul. Kombatantów 4**

przy udziale:

- A. wykonawcy **W..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TRANSBUD mgr inż. W..... P....., 15-680 Białystok, ul. Saturna 54** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw J..... T..... sp. k., oraz Spółdzielnia Mieszkaniowa Zachęta w Białymstoku, 15-482 Białystok, ul. Fabryczna 1 lok. 412** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Czyścioch BIS Sp. z o.o., oraz FB Serwis S.A., 16-400 Suwałki, ul. mjr Hubala 18** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MPO Sp. z o.o., 15-950 Białystok, ul. 27 Lipca 62** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MPO Sp. z o.o., 15-950 Białystok, ul. 27 Lipca 62** tytułem wpisu od odwołania.

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 Białymstoku.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Miasto Białystok reprezentowana przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne LECH Sp. z o. o. z siedzibą w Białymstoku prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest świadczenie usług odbioru odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie miasta Białystok.

W dniu 14 marca 2013 r., zamawiający opublikował wykaz wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert na poszczególne części zamówienia w tym wskazując, iż do złożenia ofert zaproszone zostanie m.in.:

- 1) konsorcjum w skład którego wchodzi: Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw J..... T..... Sp. k. z siedzibą w Białymstoku oraz Spółdzielnia Mieszkaniowa „Zachęta” z siedzibą w Białymstoku [dalej także jako „Konsorcjum Tarachon”];
- 2) konsorcjum w skład którego wchodzi: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Czyścioch Bis” Sp. z o. o. z siedzibą w Suwałkach oraz FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej także jako „Konsorcjum Czyścioch Bis”].

Wobec powyższego w dniu 22 marca 2013 r., odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wniósł wykonawca MPO Sp. z o. o. z siedzibą w Białymstoku zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także jako „Pzp], poprzez nierówne traktowanie wykonawców i poprzez dopuszczenie do możliwości naruszenia obowiązku udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;
- 2) art. 23 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, a w rezultacie nieodrzućenia ofert Konsorcjum T..... i Konsorcjum Czyścioch Bis pomimo braku posiadania uprawnień do wykonywania działalności polegającej na odbieraniu odpadów;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3) Pzp tj. złożenie nieprawdziwych informacji przez uczestników Konsorcjum T..... i Konsorcjum Czyścioch Bis mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
- 4) art. 89 ust 1, 2 Pzp poprzez nieodrzućenie ofert Konsorcjum T..... i Konsorcjum Czyścioch Bis, jako niezgodnych z obowiązującym prawem i treścią ogłoszenia;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzućenia oferty wykonawcy wykluczonego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 2) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i w jej wyniku wykluczenie wykonawców: Konsorcjum T..... i Konsorcjum Czyścioch Bis oraz odrzucenie ofert złożonych przez tych wykonawców.

W uzasadnieniu swego stanowiska odwołujący wskazywał, iż zgodnie z treści ogłoszenia o zamówieniu wykonawcy winni byli wykazać, że posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania to jest uzyskali wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Miasta Białystok. Jak wynika z rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wykonawca:

- 1) Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw J..... T..... Sp. k. z siedzibą w Białymstoku uzyskał wpis w dniu 12 grudnia 2012 r., natomiast konsorcjant Spółdzielnia Mieszkaniowa Zachęta dopiero w dniu 21 lutego 2013 r.,
- 2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Czyścioch Bis” Sp. z o. o. z siedzibą w Suwałkach uzyskał wpis w dniu 11 stycznia 2013 r., natomiast konsorcjant – FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie – w ogóle nie posiada wpisu.

Tym samym odwołujący stwierdził, iż Spółdzielnia mieszkaniowa „Zachęta” na dzień składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie posiadała uprawnień do wykonywania działalności polegającej na odbieraniu odpadów komunalnych, ponieważ uzyskała wpis w dniu 21 lutego 2013 r. Ponadto odwołujący stwierdził, iż wykonawca FB Serwis S.A. w ogóle nie posiada wpisu, tym samym nie posiada uprawnień do wykonywania działalności polegającej na odbieraniu odpadów komunalnych. Jednocześnie odwołujący stwierdził, iż wykonawcy Ci w powyższym zakresie złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W ocenie odwołującego skoro działalność gospodarcza w zakresie odbierania odpadów komunalnych jest ściśle regulowana, zarówno przez ustawę o odpadach, jak i ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach to podmiot zamierzający wykonywać tego typu działalność ma obowiązek spełniać obligatoryjne wymagania wynikające z tych dwóch aktów. Zatem bezsprzecznie wykonawcy na dzień składania wniosków musieli posiadać stosowne wpisy. Odwołujący stwierdził, że „(...) Jeżeli ustawa nakłada obowiązek posiadania określonych uprawnień zamawiający jest zobowiązany do weryfikacji ofert wykonawców pod kątem posiadania przez nich wymaganych uprawnień tylko wtedy, gdy do wykonania określonego zamówienia nie są wymagane ustawowe uprawnienia, może je wykonywać podmiot, który ich nie posiada. Bezspornym jest, że prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie

odbierania odpadów komunalnych wymaga wpisu do rejestru działalności regulowanej, o jakim mowa wyżej. Oznacza to, iż działalność w określonym zakresie może być wykonywana wyłącznie przez podmioty posiadające wpis do rejestru. Przedmiotem niniejszego postępowania jest świadczenie usług odbioru odpadów komunalnych powstających na terenie Miasta Białystok. Skoro więc Zamawiający wymaga aby każdy wykonawca posiadał stosowne zezwolenia na prowadzenie tej działalności, to w tym przypadku jest uzasadnione wymaganie od każdego z członków konsorcjum posiadanie takiego wpisu na dzień składania wniosku”. Ponadto odwołujący stwierdził, że skoro poszczególni członkowie każdego z konsorcjów złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu m.in. w zakresie posiadania uprawnień do określonej działalności to należało uznać, iż złożyli oni nieprawdziwe informacje w tym zakresie i tym samym wykonawców tych należało z przedmiotowego postępowania wykluczyć. Dalej odwołujący stwierdził, iż „(...) bierność zamawiającego polegająca na niewykluczeniu tych wykonawców i nieodrzuconiu ich wniosków stanowi rażące naruszenie ustawy Pzp (art. 89 ust 1, 2 poprzez nieodrzuconie ofert Konsorcjum 1 i 2 jako niezgodnych z obowiązującym prawem i treścią ogłoszenia, a także art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wykluczonego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy).”.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający, Gmina Miasto Białystok reprezentowana przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne LECH Sp. z o. o. z siedzibą w Białymstoku prowadzi postępowanie, w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usług odbioru odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie miasta Białystok.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 stycznia 2013 r., pod numerem 2013/S 014-019526.

Zgodnie z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu (sekcja III, pkt 2.1. ppkt 2) o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania to jest uzyskali wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Miasta Białystok. W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do ogłoszenia.

Do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wyznaczonego na dzień 19 lutego 2013 r., wnioski w przedmiotowym postępowaniu złożyli:

- 1) Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe ADM Bojary sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku,
- 2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Transbud” W..... P..... z siedzibą w Białymstoku,
- 3) MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku,
- 4) Konsorcjum firm: Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw J..... T..... Spółka komandytowa oraz spółdzielnia Mieszkaniowa „Zachęta” z siedzibą w Białymstoku,
- 5) KOMA Usługi Komunalne J..... M..... z siedzibą w Ełku,
- 6) Usługi komunalne s.c, Ełk T. K....., A, K....., Cz. M.....,
- 7) Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Czyścioch Bis” Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach oraz FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 8) Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo Handlowe „Czyścioch” sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku oraz MPK sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce,
- 9) Przedsiębiorstwo Usługowo – Asenizacyjne „Astwa” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku.

Izba ustaliła również, iż Konsorcjum T..... wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło zaświadczenie z dnia 13 grudnia 2012 r., potwierdzające wpis przedsiębiorcy Mobilna Obsługa Przedsiębiorstw J..... T..... Spółka komandytowa do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 9b ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Ponadto obaj członkowie konsorcjum złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w myśl art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp. Bezsprzeczne jest, iż Spółdzielnia Mieszkaniowa „Zachęta” członek Konsorcjum T..... wpis do działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości uzyskał dopiero w dniu 21 lutego 2013 r.

Ponadto Izba ustaliła, iż Konsorcjum Czyścioch Bis wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyło zaświadczenie z dnia 11 stycznia 2013 r., potwierdzające wpis przedsiębiorcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Czyścioch Bis” Sp. z o. o. do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 9b ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Bezsprzecznie członek konsorcjum, FB serwis S.A. na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie był wpisany do przedmiotowego rejestru działalności regulowanej. Wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożono również wspólne oświadczenie członków konsorcjum o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp.

W dniu 14 marca 2013 r., zamawiający poinformował o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykonawcach, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert. Zamawiający poinformował, iż w ramach części I-VI do składania ofert zostaną zaproszeni m.in. Konsorcjum T..... oraz Konsorcjum Czyścioch Bis.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

W dniu 22 marca 2013 r zamawiający. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W dniu 25 marca 2013 r., swoje przystąpienia po stronie zamawiającego zgłosili: Konsorcjum T..... oraz Konsorcjum Czyścioch Bis. Przedmiotowe zgłoszenia czyniły zadość dyspozycji art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i tym samym stali się oni uczestnikami przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto w dniu 25 marca 2013 r., swoje przystąpienia po stronie odwołującego zgłosili: wykonawca W..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Transbud mgr inż. W..... P..... oraz wykonawca ADM Bojary Sp. z o. o. Izba ustaliła, iż wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp spełniało jedynie zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Transbud mgr inż. W..... P....., który stał się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego. Przystępujący ADM Bojary Sp. z o. o. przesłał zgłoszenie przystąpienia faksem, co nie czyni zadość formie pisemnej określonej w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść wniosków Przystępujących po stronie Zamawiającego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Należy wskazać, iż odwołujący nie kwestionuje oceny wniosków, co do ilości punktów przyznanych poszczególnym wykonawcom, ale w ogóle uwzględnienie kwestionowanych wniosków w rankingu. Ewentualne uwzględnienie odwołania prowadziłoby do zmiany listy

wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert poprzez jej ograniczenie, co mieści się w ocenie Izby w interesie odwołującego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum T..... oraz Konsorcjum Czyścioch Bis należy wskazać w pierwszej kolejności, iż warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp winny być badane w odniesieniu do wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Należy zgodzić się z tezą, że jeżeli choćby jeden z członków konsorcjum spełnia postawiony przez zamawiającego warunek w zakresie doświadczenia, wiedzy, potencjału technicznego, potencjału kadrowego, zdolności finansowej i ekonomicznej to spełniać go będzie również całe konsorcjum. W ocenie Izby brak jest podstaw, aby odmienną tezę postawić w zakresie badania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby wystarczającym jest, gdy jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia będzie wykonywał działalność wymagającą zezwolenia albo licencji, legitymuje się odpowiednimi uprawnieniami, aby uznać, że całe konsorcjum spełnia powyższy warunek i nie podlega wykluczeniu, nawet w sytuacji, gdy inni członkowie konsorcjum stosownych uprawnień nie posiadają. Przyjęcie odmiennego wniosku przeczyłoby istocie konsorcjum, które z reguły zawiązywane jest w celu połączenia potencjałów celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Uwzględniając dyspozycję art. 23 ust. 3 ustawy Pzp zgodnie, z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia niezasadnym i nadmiernym byłoby oczekiwanie, aby w przypadku konsorcjum wszyscy jego członkowie legitymowali się odpowiednimi jak w niniejszej sprawie zezwoleniami bez względu na ich udział w realizacji zamówienia. Taki wymóg w ocenie Izby prowadziłby do ograniczenia dostępu do zamówienia. Mają na względzie powyższe, przechodząc na grunt przedmiotowego odwołania, Izba uznała, iż zamawiający dokonał prawidłowej oceny wniosków złożonych przez Konsorcjum T..... jak i Konsorcjum Czyścioch Bis gdyż w obu przypadkach konsorcja te legitymowały się zezwoleniem na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odbioru odpadów komunalnych. Tym samym za niezasadny należało uznać również zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum T..... oraz Konsorcjum Czyścioch Bis na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp gdyż złożyli oni prawdziwe oświadczenia, co do spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1, 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp Izba zarzuty te uznała za niezasadne. Należy zwrócić uwagę, iż przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego i znajduje się obecnie na etapie badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym samym nie sposób mówić o naruszeniu powyższych przepisów skoro na tym etapie postępowania nie doszło jeszcze do złożenia ofert. Mając na względzie ocenę



przedmiotowych zarzutów za niezasadny należało uznać również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp gdyż zamawiający prowadzi postępowanie z poszanowaniem zasad w nim wyrażonych.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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:** .....