

Sygn. akt KIO 2709/14

WYROK

z dnia 13 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 stycznia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SITA Małopolska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, NOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Stary Sącz,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **AVR Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, AVR S.p.A. z siedzibą w Rzymie,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **SITA Małopolska Sp. z o.o., NOVA Sp. z o.o.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego 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 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Stary Sącz – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Stary Sącz.*

W dniu 19 grudnia 2014 r. Konsorcjum w składzie: SITA Małopolska Sp. z o.o., NOVA S. z o.o. wniosło odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. oraz Konsorcjum: AVR Sp. z o.o., AVR S.p.A (dalej: Konsorcjum AVR). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Jako zarzut ewentualny w stosunku do Konsorcjum: AVR Odwołujący podniósł zaniechanie wezwania tego Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie zezwolenia na transport odpadów o kodzie 08 02 oraz zaniechanie wezwania Konsorcjum AVR w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących dysponowania bazą magazynowo-transportową.

Zdaniem Odwołującego, wykonawca EMPOL podlegał wykluczeniu z postępowania z uwagi na fakt, że wbrew oświadczeniu złożonemu w ofercie (str. 16), na dzień składania ofert nie posiadał uprawnień do wykonywania działalności w zakresie odbierania od właścicieli nieruchomości odpadów kodach: 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05 oraz 15 01 07, których odbiór został objęty przedmiotem zamówienia. Odwołujący podniósł, że posiadany przez EMPOL wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Stary Sącz prowadzonego przez Burmistrza Starego Sącza, nie obejmował ww. rodzajów odpadów.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 3 lit. A ppkt 2 SIWZ oraz punktem 1.2.2. „Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia”, przedmiot zamówienia obejmuje m.in. świadczenie usług polegających na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych gromadzonych w sposób selektywny o kodach: 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05 oraz 15 01 07. Zgodnie zaś z punktem 5.2.1. lit. a SIWZ, spełnienie warunki określonego w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy wymaga wykazania przez wykonawcę, że *jest wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia.*

W ramach realizacji ww. obowiązku EMPOL przedłożył zaświadczenie z dnia 18 stycznia 2012 r. (znak: GK.6233-1.2.2012), wydane przez Burmistrza Starego Sącza (str. 17 oferty). Zaświadczenie to posiada bardzo ogólnikową treść, w związku z czym nie może być ono uznane za wymagany przez zamawiającego dowód. Dowód ten pozostaje jednak w dyspozycji Zamawiającego, który prowadzi ww. rejestr, w związku z czym weryfikacja spełnienia wymogu określonego w punkcie 5.2.1. lit. a SIWZ winna zostać dokonana samodzielnie przez Zamawiającego, bez występowania do EMPOL o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W wyniku tej weryfikacji Zamawiający stwierdziłby, że w „Rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Stary Sącz”, zawierającym wpis EMPOL, w rubryce „Rodzaj odbieranych odpadów komunalnych” nie występują odpady o kodach: 15 01 01, 15 01 02, 15 04, 15 01 05 oraz 15 01 07. Zdaniem Odwołującego, powyższe prowadzi do wniosku, że EMPOL złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, a tym samym winien zostać wykluczony z postępowania, bez uprzedniego wzywania do uzupełnienia o dokument określony w punkcie 6.2.2. SIWZ.

W odniesieniu do oferty Konsorcjum AVR Odwołujący podniósł, że podlega ono wykluczeniu z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących posiadania uprawnień do wykonywania działalności objętej zamówieniem publicznym oraz ze względu na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, bowiem wbrew oświadczeniu złożonemu w ofercie (str. 13), na dzień składania ofert Konsorcjum AVR nie posiadało uprawnień do wykonywania działalności w zakresie transportu odpadów o kodzie 17 08 02 (*„Materiały konstrukcyjne zawierające gips inne niż wymienione w 17 08 01”*), których odbiór został objęty przedmiotem zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 3 lit. A ppkt 4 SIWZ oraz punktem 1.2.4 „Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia”, przedmiot zamówienia obejmuje m.in. świadczenie usług polegających na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych gromadzonych w sposób selektywny o kodzie 17 08 02 (*„Materiały konstrukcyjne zawierające gips inne niż wymienione w 17 08 01”*). Zgodnie zaś z punktem 5.2.1. lit. b SIWZ, spełnienie warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wymaga wykazania przez wykonawcę, że posiada aktualne zezwolenie na transport odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia.

W ramach realizacji ww. obowiązku Konsorcjum AVR przedstawiło Zamawiającemu odpis decyzji Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 17 października 2012 r. o udzieleniu AVR

Sp. z o.o. zezwolenia na transport odpadów (znak: WS-06.6233.96.2012.AP) oraz odpis decyzji Prezydenta Miasta Krakowa z dnia 10 kwietnia 2013 r. o zmianie ww. zezwolenia na transport odpadów (znak: WS-06.6233.25.2013.AP). Analiza treści ww. zezwolenia (ze zmianą) prowadzi do wniosku, że nie obejmuje ono odpadów o kodzie 17 08 02. Tym samym Konsorcjum AVR nie posiada uprawnień do wykonywania działalności objętej przedmiotem zamówienia i przedstawiło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu. W związku z tym, zdaniem Odwołującego, Konsorcjum AVR podlega wykluczeniu z postępowania, zaś jego oferta winna zostać odrzucona, względnie istnieją podstawy do wezwania Konsorcjum AVR w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu określonego w punkcie 6.2.3. SIWZ w zakresie dotyczącym zezwolenia na transport odpadów o kodzie 17 08 02.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, Konsorcjum AVR przedstawiło w ofercie nieprawdziwe informacje dotyczące dysponowania wymaganym potencjałem technicznym, gdyż wbrew oświadczeniu złożonemu w ofercie (str. 26), na dzień składania ofert nie dysponowało bazą magazynowo-transportową, spełniającą wymogi wynikające z przepisów prawa, zlokalizowaną pod adresem: „Niecew nr 68, gmina Korzenna”, co potwierdzają m.in. oświadczenia i dokumenty złożone przez Konsorcjum AVR w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygnaturze akt KIO 2419/14.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 5.2.3. SIWZ, spełnienie warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymaga złożenia przez wykonawcę m.in. oświadczenia o dysponowaniu bazą magazynowo-transportową, zawierającego również informację o jej lokalizacji i podstawie dysponowania (załącznik nr 8 do SIWZ). Odwołujący podkreślił, że wymóg dysponowania bazą magazynowo-transportową jest jednocześnie elementem warunku określonego w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż zgodnie z art. 9c ust. 4 w związku z art. 9d ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz § 2 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wpis do rejestru podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości uzależniony jest m.in. od spełnienia przez przedsiębiorcę zamierzającego prowadzić taką działalność warunku posiadania bazy magazynowo-transportowej, usytuowanej *w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy oraz na terenie, do którego posiada tytuł prawny.* Z tego względu warunek posiadania bazy magazynowo-transportowej winien być spełniony przez wykonawcę ubiegającego się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego w zasadzie w dniu wpisu do rejestru działalności regulowanej, a najpóźniej – biorąc pod

uwagę wymóg sformułowany w punkcie lit. a SIWZ – w ostatnim dniu składania ofert, tj. w dniu 3 grudnia 2014 r.

Odwołujący wskazał, że w oświadczeniu złożonym w dniu 24 listopada 2014 r. (str. 26 oferty) Konsorcjum AVR wskazało, że dysponuje bazą magazynowo-transportową zlokalizowaną w „Niecew 68, gmina Korzenna” w oparciu o umowę cywilnoprawną. Tymczasem oświadczenie to pozostaje w sprzeczności z dokumentem złożonym przez Konsorcjum AVR w dniu 3 grudnia 2014 r. na przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt KIO 2419/14), w postaci odpisu zawartej między MO-BRUK S.A. a AVR Sp. z o.o. umowy najmu powierzchni na potrzeby bazy magazynowo-transportowej w miejscowości Niecew nr 68. Jak bowiem potwierdziła wyraźnie Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wydanego w tej sprawie wyroku, umowa ta (...) została zawarta pod warunkiem zawieszającym, tj. wyboru oferty konsorcjum AVR przez zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 89 Kodeksu cywilnego warunek jest zawieszający, gdy skutki czynności prawnej (tu: umowy najmu, obejmujące m.in. oddanie rzeczy do używania) mają dopiero powstać po nastąpieniu zdarzenia przyszłego i niepewnego (tu: wyboru oferty konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A przez Zamawiającego). Oznacza to, że do czasu spełnienia się warunku AVR Sp. z o.o. nie posiada tytułu prawnego do nieruchomości zlokalizowanych w miejscowości Niecew nr 68, a tym samym nie jest ich dysponentem (posiadaczem) w rozumieniu punktu 5.2.3. SIWZ oraz § 2 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. Tym samym oświadczenie Konsorcjum AVR o dysponowaniu na dzień 24 listopada 2014 r. na podstawie umowy cywilnoprawnej bazą magazynowo-transportową, zlokalizowaną w miejscowości Niecew nr 68 należy uznać za nieprawdziwe, co z kolei stanowi przesłankę odrzucenia oferty Konsorcjum AVR oraz wykluczenia Konsorcjum AVR z postępowania. Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, że zaistniała sytuacja mogłaby być ewentualnie podstawą wezwania Konsorcjum AVR w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących dysponowania bazą magazynowo-transportową.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że według oświadczenia Konsorcjum AVR złożonego w dniu 3 grudnia 2014 r. na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, umowa najmu nie obejmuje całej nieruchomości położonej w miejscowości Niecew nr 68, obejmującej działki ewidencyjne nr 6/1, 6/2, 6/3, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5, 7/6, 7/7, stanowiącej własnością „MO-BRUK” S.A., lecz jej bliżej nieokreślonej część. Ponadto, zgodnie z oświadczeniem Konsorcjum AVR, zawarcie umowy najmu nie spowodowało zaprzestania przez „MO-BRUK” S.A. dotychczasowej działalności zlokalizowanych na tym terenie Zakładu Odzysku Odpadów oraz Zakładu Budowy Nawierzchni Betonowych. Fakt ciągłego prowadzenia działalności na terenie ww. nieruchomości przez „MO-BRUK” S.A.

znajduje także potwierdzenie w komunikatach publikowanych na stronie internetowej „MO-BRUK” S.A. (<http://www.mobruk.pl/>). Zważywszy na fakt, że ww. teren jest ogrodzony w całości jednym ogrodzeniem, należałoby stwierdzić, że wykluczone jest spełnienie warunku, o którym mowa w § 2 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w związku z wymogiem punktu 5.2.3. SIWZ, w postaci *zabezpieczenia bazy przed wstępem osób nieupoważnionych*, mając na uwadze fakt, iż przez osoby nieupoważnione należy niewątpliwie uznać wszystkie osoby niewykonujące pracy u przedsiębiorcy odbierającego odpady komunalne. Tym samym osobami nieupoważnionymi w rozumieniu tego przepisu są także pracownicy, współpracownicy i kontrahenci spółki „MO-BRUK” S.A., przed których wstępem teren wskazanej przez AVR bazy magazynowo-transportowej nie jest jednak w żaden sposób zabezpieczony.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w dniu 14 lipca 2014 r. Marszałek Województwa Małopolskiego wydał decyzję o udzieleniu „MO-BRUK” S.A. na okres 10 lat pozwolenia zintegrowanego dla instalacji odzysku odpadów w Niecewi (znak: SR-II-I- 7222.1.1.2014). Fakt ten zakomunikowany został na stronie internetowej „MO-BRUK” S.A. wraz z informacją o treści: *Zdaniem Zarządu uzyskana decyzja ma istotne znaczenie dla realizacji zadań wynikających z wieloletniej strategii rozwoju Spółki i umacniania jej pozycji na rynku. Z treści ww. decyzji wynika w szczególności, że instalacja objęta pozwoleniem, stanowiąca zespół stacjonarnych urządzeń technicznych powiązanych technologicznie, (...) zlokalizowana jest na terenie działek ewidencyjnych o nr. 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5, 7/6 w miejscowości Niecew 68, 33-322 Korzenna, do których tytuł prawny posiada Spółka MO-BRUK S.A. W kontekście powyższego należy zwrócić uwagę na dyspozycję art. 3 pkt 6 lit. b ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, wedle której przez instalację rozumie się zespół stacjonarnych urządzeń technicznych powiązanych technologicznie, do których tytułem prawnym dysponuje ten sam podmiot i położonych na terenie jednego zakładu, przy czym przez zakład rozumie się zgodnie z punktem 48 tegoż artykułu jedną lub kilka instalacji wraz z terenem, do którego prowadzący instalacje posiada tytuł prawny, oraz znajdującymi się na nim urządzeniami. Zatem eksploatacja przez „MO-BRUK” S.A. przedmiotowej instalacji, objętej decyzją Marszałka Województwa Małopolskiego z dnia 14 lipca 2014 r., a także działalność Zakładu Budowy Nawierzchni Betonowych, wyklucza możliwość wykorzystywania jakiegokolwiek części nieruchomości położonej w miejscowości Niecew nr 68 na potrzeby bazy magazynowo-transportowej AVR. W tym stanie rzeczy zasadny byłby również wniosek, że umowa cywilnoprawna, w oparciu o którą Konsorcjum AVR rzekomo dysponuje bazą magazynowo-transportową w miejscowości Niecew nr 68, jest nieważna ze względu na jej pozorność, zgodnie z art. 83 § 1 Kodeksu cywilnego.*

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie przez Izbę następujących dowodów:

- z dokumentu urzędowego w postaci prowadzonego przez Burmistrza Starego Sącza w formie elektronicznej „Rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Stary Sącz”, względnie zaświadczenia o treści wpisu do ww. rejestru na dzień 3 grudnia br., dotyczącego EMPOL – na okoliczność nie objęcia wpisem dokonany na rzecz EMPOL odpadów o kodach 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05 oraz 15 01, których odbiór został objęty przedmiotem zamówienia
- z dokumentu urzędowego w postaci protokołu rozprawy przed Krajową Izbę Odwoławczą w dniu 3 grudnia 2014 r. w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 2419/14 – na okoliczność złożenia przez Konsorcjum AVR do akt sprawy odpisu umowy najmu bazy magazynowo-transportowej w miejscowości Niecew;
- z dokumentu urzędowego w postaci wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2014 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2419/14, ze szczególnym uwzględnieniem str. 39 – na okoliczność zawarcia umowy najmu części powierzchni zakładu MO-BRUK S.A. w miejscowości Niecew nr 68, na potrzeby bazy magazynowo-transportowej AVR Sp. z o.o. pod warunkiem zawieszającym, a więc umowy, która nie wywołała jeszcze skutków prawnych (art. 89 Kodeksu cywilnego), a tym samym potwierdzenia zarzutu złożenia przez Konsorcjum AVR nieprawdziwego oświadczenia o dysponowaniu bazą magazynowo-transportową w oparciu o tytuł prawny;
- z dokumentu prywatnego w postaci odpisu umowy najmu pomiędzy AVR Sp. z o.o. oraz MO-BRUK S.A. z dnia 2 października 2014 powierzchni od MO-BRUK S.A. na potrzeby bazy magazynowo-transportowej, przedłożonego przez Konsorcjum AVR w dniu 3 grudnia br. do akt postępowania prowadzonego przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygnaturą KIO 2419/14 – na okoliczność zawarcia tej umowy najmu pod warunkiem zawieszającym;
- z przesłuchania świadków: G. B. oraz W. M. – na okoliczność zawarcia pomiędzy AVR Sp. z o.o. oraz MO-BRUK S.A. umowy najmu z dnia 2 października 2014 części nieruchomości zlokalizowanych w miejscowości Niecew nr 68, należących do „MO-BRUK” S.A. oraz jej wykonywania.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie zezwolenia na transport odpadów o kodzie 17 08 02 oraz wezwania Konsorcjum AVR w trybie art. 26 ust. 4 PZP do złożenia wyjaśnień dotyczących dysponowania bazą magazynowo-transportową, dokonania czynności odrzucenia oferty EMPOL oraz wykluczenia EMPOL z postępowania, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 22 grudnia 2014 r. Konsorcjum AVR Sp. z o.o., AVR S.p.A. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 5 stycznia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło oświadczenie Zamawiającego (pismo z dnia 31 grudnia 2014 r.) o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Przystępujący, pismem złożonym w dniu 2 stycznia 2015 r. zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Stary Sącz. Zgodnie z punktem 3 SIWZ przedmiotem zamówienia obejmuje:

A. Świadczenie usług polegających na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Stary Sącz, w szczególności:

- 1) zmieszanych niesegregowanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01, gromadzonych w workach, pojemnikach i kontenerach usytuowanych przy budynkach mieszkalnych, zakładach pracy, punktach handlowych i punktach usługowych, szkołach, instytucjach i innych podmiotach, odpady z cmentarzy komunalnych i parafialnych oraz pochodzących z koszy ulicznych zebranych do kontenera zbiorczego KP-7 ustawionego przy oczyszczalni Wielki Wygon w Starym Sączu;
- 2) odpadów komunalnych gromadzonych w sposób selektywny w pojemnikach lub workach, obejmujących:
 - a. szkło (kod 20 01 02, 15 01 07);
 - b. papier i tektura (kod 20 01 01, 15 01 01);
 - c. opakowania z tworzyw sztucznych (kod 20 01 39, 15 01 02);
 - d. metal (kod 15 01 04, 20 01 40);
 - e. opakowania wielomateriałowe (kod 15 01 05), z zastrzeżeniem, że odpady wymienione w ppkt. c., d. i e. mogą być zbierane łącznie w jednym pojemniku lub worku;

- 3) odpadów wielkogabarytowych (kod 20 03 07);
 - 4) odpadów pochodzących z robót budowlanych i remontowych (kod 17 02 01, 17 02 02, 17 02 03, 17 04 07, 17 08 02, 17 09 04, 20 03 99);
 - 5) zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego (kod 20 01 35*, 20 01 36);
 - 6) przeterminowanych leków (kod 20 01 32);
 - 7) odpady niebezpieczne powstające w gospodarstwach domowych w tym chemikalia, zużyte baterie i akumulatory i inne (kod 20 01 13*, 20 01 14*, 20 01 15*, 20 01 19*, 20 01 21*, 20 01 27*, 20 01 29*, 20 01 33*);
 - 8) zużyte opony (kod 16 01 03);
 - 9) odpady zielone (kod 20 02 01) oraz pozostałe odpady ulegające biodegradacji, w tym odpady kuchenne (kod 20 01 08) gromadzone w odpowiednio oznakowanych workach lub pojemnikach usytuowanych przy budynkach mieszkalnych, zakładach pracy, punktach handlowych i punktach usługowych, szkołach, instytucjach i innych podmiotach oraz pochodzących z terenów zielonych zebranych do kontenera zbiorczego KP-7 ustawionego przy oczyszczalni Wielki Wygon w Starym Sączu.
- B. Świadczenie usług polegających na odbieraniu i przekazaniu do unieszkodliwienia lub odzysku w instalacji regionalnej w Starym Sączu odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Stary Sącz, w szczególności:
- 1) odpadów z cmentarzy komunalnych i parafialnych o kodzie 20 02 03;
 - 2) popiołów z palenisk indywidualnych (domowych) gromadzonych selektywnie w pojemnikach lub workach, usytuowanych przy budynkach zamieszkałych, niezamieszkałych o kodzie 20 03 99;
 - 3) odpadów z targowisk odebranych z kontenerów przy targowiskach „Mój Rynek” i "Rynek Maślany" o kodzie 20 03 02;
 - 4) odpadów pochodzących z robót budowlanych i remontowych (kod 17 01 01, 17 01 02, 17 01 03, 17 01 07).
- C. Transport odebranych odpadów do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów lub do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych bądź instalacji zastępczych.

Zgodnie z punktem 5.2.1 SIWZ, Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności wykaże, że:

- a) jest wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Stary Sącz zgodnie z wymogami Ustawy z dn. 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz. U. z 2013 r., poz. 1399),
- b) posiada aktualne zezwolenie na transportu odpadów komunalnych, w tym na terenie Gminy Stary Sącz zgodnie z obowiązującymi przepisami, tj. ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, (Dz. U. Z 2013 r. poz. 21 ze zm.),
- c) jest wpisany do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny prowadzony przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 ze zm.).

W zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w punkcie 5.2.3 SIWZ, stanowiąc, że wykonawca spełnia ten warunek jeżeli wykaże, że dysponuje co najmniej:

- jedną bazą magazynowo-transportową,
- dwoma pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych,
- dwoma pojazdami przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych
- jednym pojazdem do odbioru odpadów bez funkcji kompaktującej,
- jednym pojazdem przystosowanym do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dop. masie nie większej niż 5,5 t i napędzie na 4 koła.

Wszystkie wymienione powyżej elementy wyposażenia muszą spełniać wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Wykonawca EMPOL załączył do oferty (karta nr 12) zaświadczenie Burmistrza Starego Sącza z dnia 18 stycznia 2012 r. o treści: *Zaświadcza się, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. (...) zostało wpisane do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Stary Sącz, pod nr 1/2012 w dniu 17 stycznia 2012 r.*

Konsorcjum AVR Sp. z o.o., AVR S.p.A. załączyło do oferty (karty nr 28-30) decyzję z dnia 17 października 2012 r. Prezydenta Miasta Krakowa (WS-06.6233.96.2012.AP), o udzieleniu AVR Sp. z o.o. zezwolenia na transport odpadów i określono (tabela I.1.) rodzaje odpadów przewidzianych do transportu. Ponadto Konsorcjum przedłożyło decyzję

z dnia 10 kwietnia 2013 r. Prezydenta Miasta Krakowa (WS-06.6233.25.2013.AP) zmieniającą dotychczasowy punkt I.1 decyzji z dnia 17 października 2012 r. (karty nr 31-32 oferty). Zgodnie z treścią ww. decyzji zezwolenie na transport odpadów nie obejmuje odpadów oznaczonych kodem 17 08 02.

Ponadto Konsorcjum AVR Sp. z o.o., AVR S.p.A. załączyło do oferty (karta nr 24) wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia, spełniający wymagania określone w punkcie 5.2.3 SIWZ, w którym wpisało bazę magazynowo-transportową, jako podstawę dysponowania podając: umowa cywilnoprawna, lokalizacja: Niecew 68, gmina Korzenna.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty z następującymi cenami:

- 1) Konsorcjum AVR Sp. z o.o., AVR S.p.A. 3.073.680,00 zł,
- 2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. 3.305.934,00 zł,
- 3) Konsorcjum SITA Małopolska Sp. z o.o., NOVA Sp. z o.o. 3.457.728,00 zł.

Według informacji zawartych w arkuszach badania i oceny ofert, komisja przetargowa uznała m.in., że:

- wykonawca EMPOL przedstawił aktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – „Spełnia, Gmina Stary Sącz: Zaświadczenie o wpisie do rejestru”,
- Konsorcjum AVR Sp. z o.o., AVR S.p.A. przedstawiło zezwolenie na prowadzenie transportu odpadów komunalnych, w tym na terenie Gminy Stary Sącz zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach – „Spełnia, Prezydent M. Krakowa: decyzja o udzieleniu zezwolenia na transport odpadów (teren RP),
- Konsorcjum AVR Sp. z o.o., AVR S.p.A. spełnia warunek dotyczący dysponowania bazą magazynowo-transportową.

Zgodnie z punktem 13.1 SIWZ jedynym kryterium oceny ofert była cena.

W dniu 10 grudnia 2014 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum AVR Sp. z o.o., AVR S.p.A. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że nie wykluczył żadnego z wykonawców ani nie odrzucił żadnej oferty.

Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W przypadku zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Izba nie oceniła merytorycznie zarzutu dotyczącego oferty wykonawcy EMPOL. Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania i niezgłoszenia przez ww. wykonawcę sprzeciwu wobec tego uwzględnienia należy uznać, że w czasie orzekania nie istniał w tym zakresie spór, co czyni orzekanie bezprzedmiotowym.

Ocenie Izby podlegały natomiast zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum AVR, w związku ze zgłoszeniem przez tego wykonawcę sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Zarzuty te okazały się bezzasadne.

Po pierwsze, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących posiadania zezwolenia na transport odpadów komunalnych. Odnosząc się do tego zarzutu przede wszystkim należy stwierdzić, że stan faktyczny nie był sporny, Przystępujący nie kwestionował, że złożona przez niego decyzja Prezydenta Miasta Krakowa nie obejmuje zezwolenia na transport odpadów oznaczonych kodem 17 08 02. Rozstrzygnięcia wymagało, czy w świetle postanowień SIWZ posiadanie zezwolenia w tym zakresie było wymagane na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby wymóg taki nie wynika z brzmienia 5.2.1 SIWZ.

Przede wszystkim Izba podkreśla, że spełniania warunków udziału w postępowaniu, konkretyzowanych przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ i ocenianych na dzień składania ofert, nie należy utożsamiać z opisem przedmiotu zamówienia i wynikającymi z niego wymaganiami, którym wykonawca będzie musiał uczynić zadość realizując zamówienie. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Określone ww. przepisem warunki mają charakter, blankietowy, a ich konkretyzacja dokonywana jest przez zamawiającego poprzez opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 3 ustawy Pzp). W ramach opisu warunku z 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający może uznać, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy legitymujący się

w szczególności koncesjami, zezwoleniami lub licencjami, jeżeli z przepisów prawa wynika obowiązek ich posiadania i nałożyć na nich obowiązek złożenia takich dokumentów. Zgodnie natomiast z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, wykonawca obowiązany jest wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu na żądanie zamawiającego i – co istotne – we wskazanym przez niego zakresie.

Izba ustaliła, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności w punkcie 5.2.1 SIWZ. W odniesieniu do warunku dotyczącego wpisu do rejestru działalności regulowanej (ppkt a) Zamawiający wyraźnie wymagał, aby wpis dotyczył odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia. Analogicznego postanowienia nie ma w podpunkcie b) dotyczącym posiadania zezwolenia na transport odpadów. W konsekwencji niezamieszczenia przez Zamawiającego w opisie warunku dotyczącego zezwolenia na transport odpadów wymogu dotyczącego rodzajów odpadów objętych zezwoleniem, Przystępujący nie miał obowiązku legitymowania się na dzień złożenia oferty zezwoleniem obejmującym wszystkie kody odpadów ujęte w opisie przedmiotu zamówienia. Obowiązku takiego nie można wywodzić na etapie oceny ofert z rozszerzającej wykładni postanowień SIWZ, nakładając na wykonawcę obowiązki niewyartykułowane wprost w tych postanowieniach. Jakkolwiek ustanowienie przez Zamawiającego warunku posiadania zezwolenia na transport wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia należałoby uznać za uzasadnione, to brak takiego postanowienia w SIWZ uniemożliwia wyciągnięcie wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji z tego tytułu. Odpowiedzialność za dokonanie takiego a nie innego opisu warunków udziału w postępowaniu ponosi Zamawiający.

Nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, że uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów odwołania stanowi potwierdzenie, że pkt 5.2.1 SIWZ należy interpretować w sposób przedstawiony przez Odwołującego. Uwzględnienie zarzutów odwołania jest jedynie stanowiskiem procesowym Zamawiającego i nie przesądza o merytorycznej ocenie odwołania, które – w sytuacji zgłoszenia sprzeciwu przez Przystępującego – podlega rozstrzygnięciu przez Izbę.

Wyraźnie podkreślić należy, że czym innym są warunki udziału w postępowaniu, które wykazuje się na etapie ofertowania, a czym innym jest opis przedmiotu zamówienia. Z punktu 3 SIWZ wynika, że przedmiot zamówienia obejmuje również odpady pochodzące z robót budowlanych i remontowych oznaczone kodem 17 08 02. Zatem wykonując zamówienie, w przypadku konieczności wykonania transportu odpadów o tym kodzie wykonawca będzie musiał legitymować się stosownym zezwoleniem. Nie oznacza to jednak,

że musiał się nim legitymować na dzień składania ofert, jak bowiem wyżej wskazano, z opisu warunków udziału w postępowaniu taki obowiązek nie wynikał. Nieprzedłożenie wraz z ofertą zezwolenia na transport odpadów o wszystkim kodach objętych przedmiotem zamówienia nie przesądza o niemożliwości wykonania przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie i zgodnie z przepisami prawa. W przypadku uzyskania zamówienia wykonawca będzie zobowiązany zapewnić sobie wszystkie konieczne zezwolenia. Jednakże nie było obowiązku załączenia takiego zezwolenia do oferty celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, gdyż taki warunek nie został przez Zamawiającego opisany.

W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym zezwolenia na transport odpadów należało uznać za chybiony. Nie ma również podstaw do uznania, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w powyższym zakresie, w związku z czym powinien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie zezwolenia na transport odpadów o kodzie 17 08 02.

Nie zasługuje również na uwzględnienie stanowisko Odwołującego dotyczące dysponowania przez Przystępującego bazą magazynowo-transportową. Oceniając podniesione w odwołaniu zarzuty Izba stwierdziła, że Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu i nie złożył w tym zakresie nieprawdziwych informacji. Przystępujący przedłożył na rozprawie kopie umów zawartych ze spółką MO-BRUK: umowa użyczenia bazy magazynowo-transportowej z dnia 2 października 2014 r. oraz umowa najmu z dnia 2 października 2014 r. (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa). Ocena umowy użyczenia jest w ocenie Izby bezprzedmiotowa w kontekście faktu, że od dnia 1 stycznia 2015 r. strony łączy umowa najmu. Umowa ta, mimo zastrzeżenia w jej treści warunku, w ocenie Izby potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania bazą magazynowo-transportową. W świetle postanowień umowy najmu (§ 4 ust. 6) nieruchomości może być wykorzystywana również na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia.

Kwestia możliwości korzystania ze wskazanej przez Przystępującego bazy magazynowo-transportowej zlokalizowanej w miejscowości Niecew była przedmiotem oceny Izby w postępowaniu o sygn. akt KIO 2419/14, dotyczącym postępowania na odbiór odpadów z terenu Nowego Sącza. Izba, w wyroku z dnia 3 grudnia 2014 r., oceniając analogiczne zarzuty stanęła na stanowisku, że *z decyzji pozwolenia zintegrowanego dla MO-BRUK S.A. na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów - w żaden sposób nie może wynikać zakaz, aby przedsiębiorca w granicach dysponowania swoją własnością nie mógł*

wynajść pomieszczeń, czy placów, którymi dysponuje w obrębie wskazanych nieruchomości - zasadniczo wykorzystywanych, jako instalacje Zakładu Odzysku Odpadów oraz jako Zakład Budowy Nawierzchni Betonowych - jeżeli uznawał, że taki sposób ich wykorzystania jest dla niego opłacalny. Przedłożona, jako dowód umowa między MO-BRUK S.A. a AVR Sp. z o.o. potwierdza wynajem powierzchni na potrzeby bazy magazynowo- transportowej spełniającej wymagania zamawiającego w przedmiotowym przetargu, w tym na magazynowanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych. Umowa została zawarta pod warunkiem zawieszającym, tj. wyboru oferty konsorcjum AVR przez zamawiającego. W ocenie Izby, organ wydający zezwolenie zintegrowane mógłby je cofnąć, spółce MO-BRUK S.A, gdyby zaszły okoliczności, iż przedsiębiorca, który je otrzymał przestał spełniać odrębne wymagania ustawowe na podstawie, których wymienione pozwolenie uzyskał. Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela w pełni stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 3 grudnia 2014 r. (sygn. akt KIO 2419/14). Pokreślić należy, że fakt oddania do dyspozycji części nieruchomości z przeznaczeniem na bazę magazynowo-transportową i fakt kontynuowania działalności przez spółkę MO-BRUK w żaden sposób nie przesądza, że nieruchomość nie spełnia wymagań dotyczącym zabezpieczenia przed wstępem osób nieuprawnionych. Odwołujący tego nie wykazał, natomiast z umowy najmu wynika, że wynajmujący zapewnił spełnianie wymagań określonych przepisami prawa, w tym zabezpieczenie przed wstępem osób nieupoważnionych.

Brak jest podstaw do uznania, że Przystępujący nie dysponuje bazą magazynowo-transportową ze względu na fakt, że umowa zawarta ze spółką MO-BRUK jest umową warunkową. Taka forma zapewnienia sobie dysponowania potencjałem technicznym jest w ocenie Izby wystarczająca. Trudno wymagać, aby wykonawca, nie mając wiedzy czy będzie realizował określone zamówienia publiczne, zawierał bezwarunkową umowę dotyczącą dysponowania określonym potencjałem technicznym i ponosił z tego tytułu koszty. Umowa, która oddaje nieruchomość do dyspozycji wykonawcy z chwilą uzyskania zamówienia, stanowi wystarczający tytuł prawny pozwalający stwierdzić, że wykonawca wykazał na dzień składania dysponowanie wymaganym przez Zamawiającego potencjałem, w sposób, który umożliwi mu realizację zamówienia.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy Pzp.

Przewodniczący: