

Sygn. akt: KIO 2136/15

WYROK
z dnia 16 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 02 października 2015 r. przez wykonawcę **Konsorcjum: KOMA Sp. z o.o. Sp.K., Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe A., ul. Sikorskiego 19 c, 19-300 Ełk** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Barczewo, Plac Ratuszowy 1, 11-010 Barczewo,**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. ul. Wojska Polskiego 15 11-010 Barczewo** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego konsorcjum z postępowania oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Barczewo

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Gminy Barczewo na rzecz Konsorcjum: KOMA Sp. z o.o. Sp.K., Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe A., ul. Sikorskiego 19 c, 19-300 Ełk kwotę 11 498 zł

40 gr (słownie: jedenaście tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt osiem złotych, czterdzieści groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie do Krajowej Izby Odwoławczej.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Olsztynie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Barczewo, Plac Ratuszowy 1, 11-010 Barczewo, dalej zwana także „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu gminy Barczewo w okresie od dnia 1 października 2015 r. do dnia 31 grudnia 2016 r.”*.

W dniu 9 września 2015 r. Zamawiający ogłosił przedmiotowe postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej progów określonych w art. 11 ust. 8 Pzp.

Do terminu składania ofert tj. do dnia 17 września 2015 r., zostały złożone dwie oferty przez: 1). Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie, z ceną 885,000,00 zł., oraz Konsorcjum firm: - KOMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Elku - Lider Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe A. z siedzibą w Orzyszu z ceną 733 414,50 zł.

Zamawiający pismem z dnia 28 września 2015 r. poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Barczewie, oraz o wykluczeniu z postępowania Konsorcjum firm: KOMA Spółka z o.o. Spółka K. oraz Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe A. . Za podstawę prawną wykluczenia Odwołującego Zamawiający uznał art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp.

Wykluczony wykonawca, zwany dalej także „Odwołującym” wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności wykluczenia go z postępowania.

W złożonym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu niezasadne:

1. wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Konsorcjum firm: KOMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa i Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego A. i tym samym odrzuceniu ich oferty, pomimo, iż wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o., pomimo, iż oferta złożona przez Konsorcjum firm: KOMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa i Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego A., spełniająca wszystkie wymagania określone w SIWZ, była najkorzystniejsza;

3. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Podnosząc powyższe wskazał, że Zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp, art. 24 ust. 4 Pzp, art. 22 ust. 1 pkt 1) Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5) Pzp, a także art. 23 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1) Pzp.

Podnosząc ww. zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, a także unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców: KOMA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa oraz Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe A. .

Uzasadniając powyższe zarzuty i żądania Odwołujący podał, że w trakcie badania i oceny ofert Zamawiający dokonał czynności niezgodnej z prawem zamówień publicznych polegającej na wezwaniu Odwołującego pismem z dnia 23 września 2015 r. do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 pkt 1) Pzp, których nie wymagał w SIWZ, w części „Dokumenty i oświadczenia wymagane dla potwierdzenia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu”.

W odpowiedzi na w/w pismo, pomimo, iż w ocenie Odwołującego Zamawiający nie był uprawniony do ich żądania (nie wskazano ich w SIWZ w części zawierającej określenie dokumentów i oświadczeń jakie należy złożyć na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu), Odwołujący złożył: - aktualne zezwolenie na transport odpadów, wydane dla KOMA Sp. z o.o. Sp. K. - aktualne zezwolenie na zbieranie odpadów, wydane dla Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe A. - zaświadczenie o wpisie KOMA Sp. z o.o. Sp. K do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny.

Natomiast wykonawcy celem potwierdzenia spełniania powyższego warunku, zobligowani został do złożenia wraz z oferta tylko oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednakże Zamawiający w trakcie czynności badania złożonych ofert powziął wątpliwości co do prawdziwości złożonego przez wykonawcę oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i wystąpił do wykonawcy o przedłożenie kopii dokumentów ujętych powyżej w pkt 1,2 oraz 3 §2 załącznika nr 1 do SIWZ. Jak wynika z pisma Zamawiającego, po analizie przedstawionych przez Odwołującego dokumentów Zamawiający domniemywał, iż Konsorcjum będzie realizować zamówienie z podziałem na: Koma Sp. z o.o. Sp. K - transport odpadów, Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe A. - zbieranie odpadów. Dalej Zamawiający stwierdził, że przy takim podziale zadań ten drugi z Wykonawców będzie zbierał zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny i dlatego powinien posiadać wpis do rejestru, o którym mowa w ustawie o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym, a skoro go nie posiada to w konsekwencji stwierdził, że całe Konsorcjum nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp i należy je wykluczyć z postępowania. Nieprawidłowością po stronie Zamawiającego, było wezwanie Odwołującego pismem z dnia 23 września 2015 r. do złożenia dokumentów nie wymaganych dla złożenia na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z SIWZ pkt 10 zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”, Zamawiający zapisał, iż: „10.1 W postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp: 10.1.1 Posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Zamawiający nie opisał sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w tym zakresie.

Wg postanowień SIWZ wykonawca spełni warunek, jeśli złoży tylko samo oświadczenie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Również w SIWZ w pkt 11 zatytułowanym „Dokumenty i oświadczenia wymagane dla potwierdzenia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu”, jako dokument wymagany w zakresie warunku z art. 22 ust. 1 pkt 1) Pzp Zamawiający wymienił jedynie oświadczenie wykonawcy wg. wzoru - załącznik nr 3 do SIWZ. Przy tak ukształtowanych zapisach SIWZ, Zamawiający jednoznacznie określił jakich dokumentów potrzebuje od wykonawców aby zbadać czy spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1) i tym samym ograniczył sobie możliwość żądania w dalszej części postępowania złożenia innych dokumentów, przewidzianych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Wskazał nadto za wyrokiem KIO (sygn. akt KIO 425/12) iż możliwość żądania od wykonawców dokumentów, o których mowa w w/w rozporządzeniu przewiduje art. 26 ust. 3 Pzp, jednakże zakres tego żądania ograniczony jest zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2) Pzp, wyłącznie do dokumentów uprzednio wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym na etapie postępowania, w toku badania i oceny ofert, Zamawiający nie jest uprawniony do odstępowania od ustalonych warunków prowadzenia postępowania i żądania tego rodzaju dokumentów.

W nawiązaniu do powyższego Odwołujący podniósł drugą kwestię odnoszącą się do czynności Zamawiającego mającą w konsekwencji znaczenie dla wykluczenia Odwołującego z postępowania, polegającą na samowolnym przyporządkowaniu poszczególnym konsorcjantom zadań przy realizacji zamówienia - niezgodnie z ich faktycznymi ustaleniami konsorcjantów tj. firmie KOMA Sp. z o.o. Sp. K. - transport odpadów (pismo Zamawiającego z dnia 28 września 2015 r. strona 3 i 4), zaś firmie Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe A. - zbieranie odpadów, a następnie ocenił czy poszczególni konsorcjanci posiadają uprawnienia wymagane przepisami prawa do wykonywania w/w zadań (wg. tego podziału dokonanego przez Zamawiającego). Podał, że Zamawiający sugerując, że przedmiotowe zamówienie składa się z dwóch elementów

(którymi Wykonawcy mieliby się podzielić przy jego realizacji) tj. ze zbierania odpadów i transportu odpadów jest w błędzie, gdyż jak wynika z opisu przedmiotu zamówienia (pkt 3 SIWZ) polega ono głównie na odbieraniu odpadów od właścicieli nieruchomości (a nie zbieraniu odpadów w rozumieniu ustawy o odpadach) i transporcie ich do RIPOK. Do wykonywania takiej działalności, zgodnie z przepisami konieczne jest posiadanie przez przedsiębiorcę: 1) wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (w rozumieniu art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach) 2) zezwolenia na transport odpadów, wydanego przez starostę właściwego ze względu na miejsce siedziby lub zamieszkania transportującego odpady, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach Powyższe czynności w realizacji zamówienia, zgodnie z podziałem zadań, miała wykonywać KOMA Sp. z o.o. Sp. K., która posiada oba w/w uprawnienia do prowadzenia tej działalności, a ponadto posiada również zezwolenie na zbieranie odpadów z dnia 3 grudnia 2013 r. wydane przez Starostę Olsztyńskiego tj. organ właściwy ze względu na miejsce zbierania odpadów.

Według Odwołującego, zadaniem Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego A. było wspólnie z KOMA Sp. z o.o. Sp. K. prowadzenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów. Wykonawcy składając wspólną ofertę w niniejszym postępowaniu skorzystali z dyspozycji art. 23 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawcy mogą się ubiegać wspólnie o zamówienie. Celem i ideą konsorcjum jest łączenie potencjału w ubieganiu się o dane zamówienie. Wówczas nie jest wymagane aby każdy z konsorcjantów spełniał warunki udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 PZP), wystarczającym jest aby spełniali je wspólnie.

Dla potwierdzenia zasadności oceny możliwości sumowania potencjałów przywołał wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 18 lutego 2015 r. (sygn. III SA/Wr 882/14) gdzie sąd stwierdził, że „Zamawiający nie może wymagać (legalnie w świetle prawa), aby warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały spełnione samodzielnie przez każdego z partnerów konsorcjum. Warunki te powinno spełniać natomiast konsorcjum jako całość. Jeśli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum warunków opisany przez zamawiającego zostanie spełniony łącznie przez wszystkich konsorcjantów, zamawiający powinien stwierdzić, że każdy z nich potwierdził spełnienie takiego warunku udziału w postępowaniu”.

Zamawiający postąpił wbrew regułom przedstawionym wyżej, bowiem dysponując w aktach sprawy zaświadczeniem o wpisie jednego z Konsorcjantów (Koma Sp. z o.o. Sp. K.) do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny prowadzonego przez GIOŚ (informacja z GIOŚ z dnia 11 marca 2013 r.), wymagał (na etapie badania ofert) posiadania takiego samego wpisu od drugiego z członków konsorcjum. Zamawiający zignorował fakt, iż Koma Sp. z o.o. Sp. K. posiada wpis do rejestru podmiotów

odbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny i wobec braku tożsamego wpisu u drugiego z Konsorcjantów uznał, iż całe Konsorcjum nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1) Pzp. Postępowanie to nie tylko było niezgodne z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych i aktualnym orzecznictwem KIO, o czym była mowa wyżej, ale także z regułami ubiegania się o przedmiotowe zamówienie ustalonymi przez samego Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W pkt 10.4 SIWZ Zamawiający przewidział, iż. „*W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o realizację zamówienia, każdy z warunków określonych w pkt 10.1.1.1-10.1.5 winien spełniać co najmniej jeden z tych wykonawców albo Ci wykonawcy wspólnie*”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Odnosząc się do głównego zarzutu odwołania w postaci wykluczenia Konsorcjum Zamawiający wskazał, że Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (SOPZ) w § 1 ust. 4 pkt 2 przewidywał dla wykonawcy obowiązek prowadzenia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK). Z dokumentów przedstawionych przez Konsorcjum wynikał następujący podział zadań w ramach realizacji zamówienia, który był determinowany treścią przedstawionych decyzji wydanych na rzecz poszczególnych konsorcjantów i który ostatecznie został potwierdzony przez odwołującego w treści odwołania: KOMA Sp. z o.o. Sp. K. zgodnie z decyzją Starosty Ełckiego z dnia 27 lutego 2013 r. numer R.6233.8.2013 posiada uprawnienia do wykonywania transportu odpadów. PHU A. na podstawie decyzji Starosty Olsztyńskiego z dnia 21 kwietnia 2015 r. zmienionej dnia 15 września 2015 r. znak: GŚ.6233.1.18.2015.HS. posiada zezwolenie na zbieranie odpadów w Barczewie.

Zgodnie z zapisem § 3 ust. 1 pkt 5 SOPZ do przepisów prawa powszechnie obowiązujących, które miały wpływ na wykonanie przedmiotu zamówienia zamawiający zaliczył ustawę z dnia 29 lipca 2005 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym, natomiast zgodnie z § 2 ust. 1 lit. d SOPZ wykonawca powinien przedłożyć zaświadczenie lub inny dokument o wpisie do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny lub elektroniczny, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Ponadto przed rozpoczęciem działalności w zakresie, o którym mowa w ust. 1 tj, w zakresie zbierania zużytego sprzętu, podmiot jest obowiązany uzyskać wpis do rejestru (ust. 2), a działalność w zakresie, o którym mowa w ust. 1 czyli w zakresie zbierania zużytego sprzętu (prowadzącego PSZOK), może prowadzić wyłącznie podmiot wpisany do rejestru.

Ponadto wskazał, że PHU A. na podstawie decyzji Starosty Olsztyńskiego z dnia 21 kwietnia 2015 r. zmienionej dnia 5 września 2015 r. znak: GŚ.6233.1.18.2015.HS. posiada zezwolenie na zbieranie odpadów w Barczewie, czyli w rozumieniu przepisów o zużytym

sprzęcie elektrycznym i elektronicznym jest zbierającym odpady. Nie przedłożył natomiast dokumentów potwierdzających dokonanie wpisu do rejestru zgodnie z wymogami art. 37 ust. 3 ustawy o zużytych sprzęcie elektrycznym i elektronicznym, ani potwierdzających dokonanie wpisu do rejestru zgodnie z wymogami art. 49 i 50 ustawy o odpadach, których Zamawiający wymagał zgodnie z zapisem par. 2 ust. 1 pkt. 1 d SOPZ.

Wobec powyższego Zamawiający stwierdził, że PHU A. nie był i nie jest podmiotem uprawnionym w świetle przepisów ustawy o zużytych sprzęcie elektrycznym i elektronicznym do prowadzenia PSZOK.

Drugi z konsorcjantów, tj. KOMA Sp. z o.o. Sp. k. przedstawiła co prawda potwierdzenie nadania numeru rejestrowego nadanego przez GIOŚ zgodnie z art. 10 ustawy o zużytych sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (przepis ten nie obowiązuje obecnie, został uchylony). KOMA Sp. z o.o. Sp. k. nie przedstawiła jednak żadnych dokumentów, pozwoleń, ani decyzji z których wynikałoby, że jest podmiotem uprawnionym do zbierania odpadów, a tym samym do prowadzenia na terenie Gminy Barczewo PSZOKu zgodnie z wymaganiami SOPZ. Jednocześnie podkreślił, że w odniesieniu do KOMA Sp. z o.o. Sp. k. wpis w rejestrze GIOŚ został dokonany w związku z wydaniem dla KOMA Sp. z o.o. Sp. k. decyzji na odbiór odpadów komunalnych, a nie w związku ze spełnieniem obowiązku wynikającego z art. 37 ust. 3 ustawy o zużytych sprzęcie elektrycznym i elektronicznym.

Podał także, że dla prowadzenia obu tych działalności ustawodawca ustanowił odrębne regulacje prawne, co nie pozwala na dowolność w ich utożsamianiu. W przypadku odbierania odpadów warunkiem prowadzenia tej działalności jest uzyskanie wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego zgodnie z art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, natomiast w przypadku zbierania odpadów konieczne jest uzyskanie zezwolenia wydawanego w trybie art. 41 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Konkludując swoje stanowiska Zamawiający stwierdził, że w świetle powyższych ustaleń zdaniem Zamawiającego PHU A. jako zbierający nie spełniał wymagań przewidzianych zapisem par. 2 ust. 1 pkt. 1 d SOPZ, a to jednocześnie oznacza, że w świetle art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy PZP nie wykazał, że posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności, choć przepisy prawa przewidują taki obowiązek (wpis do rejestru). Warunki przewidziane zapisem par. 2 ust. 1 pkt. 1 d SOPZ w zakresie wpisu do rejestru spełniał natomiast pozornie drugi z konsorcjantów czyli KOMA Sp. z o.o. Sp. k., która przedstawiła dokument potwierdzający wpis do rejestru GIOŚ, jednak jak wspomniano wyżej wpis ten został dokonany w związku z odbieraniem odpadów, a nie ich zbieraniem, a nadto KOMA Sp. z o.o. Sp. k. nie posiada własnego PSZOKu na terenie Gminy. W świetle takich ustaleń jedynym logicznym wnioskiem jest, że skoro PSZOK miał być prowadzony

przez PHU A., ale konsorcjant ten spełniał wymogów w zakresie wpisu do rejestru i jednocześnie skoro KOMA Sp. z o.o. Sp. K. posiada wpis do rejestru GIOŚ, lecz jest on nieodpowiedni dla działalności polegającej na zbieraniu odpadów i nie posiada jednocześnie pozwolenia na zbierania odpadów w formie PSZOKu na terenie Gminy Barczewo, to żaden z konsorcjantów nie może prowadzić PSZOKu, a tym samym żaden z konsorcjantów nie spełnia wymogów przewidzianych w par. 2 ust. 1 pkt. 1 d SOPZ.SOPZ, a więc konsorcjum również nie spełnia tych wymogów. Próba „posłużenia się” w tym przypadku wpisem do rejestru GIOŚ jaki posiada KOMA Sp. z o.o. Sp. k. przez drugiego konsorcjanta tj. PHU A. nie może być uznana za legalną, gdyż będzie prowadzić do obejścia bezwzględnie obowiązujących przepisów regulujących pozwolenia, licencje lub koncesje na prowadzenie określonej działalności gospodarczej.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. ul. Wojska Polskiego 15 11-010 Barczewo, dalej zwany także „Przystępującym”. W złożonym piśmie procesowym poparł stanowiska Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał między innymi na fakt, że Zamawiający mógł w oparciu o przepis art. 25 ust.1 Pzp żądać od Odwołującego dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w szczególności wykazania posiadania uprawnień do wykonywania danego zamówienia. Ponadto podkreślił, że nie jest ważne w którym miejscu wśród postanowień SIWZ został wskazany wykaz dokumentów, których posiadanie umożliwiło dokonanie oceny spełniania warunków udziału, gdyż SIWZ należy oceniać jako całość.

Ponadto wskazał, że w obowiązującym stanie prawnym jeżeli dany podmiot chce prowadzić działalność zarówno w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz w zakresie ich zbierania w formie PSZOK, powinien posiadać zarówno wpis do rejestru działalności regulowanej, o jakim mowa w art. 9b ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach oraz zezwole nie na zbieranie odpadów, o którym stanowi art. 41 ustawy o odpadach. Każda z tych działalności, jeżeli w jej ramach dokonywane jest - odpowiednio - odbieranie albo zbieranie zużytego sprzętu - podlega aktualnie obowiązkowi ujawnienia w Rejestrze Zużytego Sprzętu Elektrycznego i Elektronicznego prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska. Natomiast żaden z członków konsorcjum takiego zezwolenia i wpisu do Rejestru nie posiadał.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego ustaliła, co następuje.

Zarzut odwołania co do niezasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania znalazł potwierdzenie i tym samym odwołanie zostało uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania, biorąc pod uwagę ustalone kryterium oceny ofert to jego oferta z najniższą ceną, byłaby oferta najkorzystniejszą.

Również Przystępujący posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego – strony do której zgłosił przystąpienie, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, a wykonawca wnoszący odwołanie kwestionuje prawidłowość tego wyboru.

Osią sporu w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym jest kwestia czy w myśl wymagań postanowień SIWZ Zamawiający miał prawo żądać od Odwołującego przedstawienia dokumentów wymienionych w wezwaniu z dnia 23 września 2015 roku, oraz czy możliwe jest dowolne łączenie potencjałów członków konsorcjum tak, aby łącznie (arytmetycznie) spełnić wymagania SIWZ.

Na wstępie wskazać należy, że SIWZ jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne - z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom Zamawiającego, w szczególności opisuje przedmiot zamówienia oraz sposób dokonania oceny spełniania warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, z drugiej zaś - granice, w jakich może poruszać się Zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tak ukształtowanymi przez Zamawiającego postanowieniami SIWZ są związani zarówno wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, jak i sam Zamawiający. W oparciu o wskazane w treści SIWZ m.in. warunki udziału w postępowaniu oraz zawarty w nich opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków - wykonawcy podejmują decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu. Dlatego za niedopuszczalne uznać należy dokonanie przez Zamawiającego oceny ofert, przeprowadzonej w oparciu o nie podany w SIWZ opis sposobu oceny postawionych warunków udziału.

Tym samym SIWZ jest specyficznym aktem prawnym ustalonym w oparciu o przepisy ustawy Pzp przez Zamawiającego, na potrzebę konkretnego postępowania o zamówienie, określającym jego potrzeby w zakresie przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, a także kryteria oceny ofert.

Stwierdzić należy, że Zamawiający ma prawo do takiego określenia warunków udziału w postępowaniu i zasad dokonywania ich oceny, który w jego opinii zweryfikuje rzeczywistą zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Tak ustalona treść SIWZ stanowi niejako instrukcję dla wykonawców, w jaki sposób mają sporządzić poprawną ofertę, a także statuuje gwarancję że jeśli wykonawcy postąpią zgodnie z tą instrukcją, to Zamawiający nie może ich wykluczyć z postępowania ani odrzucić ich oferty. Warunki udziału w postępowaniu określone przez ustawodawcę w art. 22 ust.1 oraz art. 24 ust.1 Pzp, są rozumiane jako wymagania odnoszące się do właściwości wykonawcy zainteresowanego ubieganiem się o realizację zamówienia publicznego. Od warunków udziału należy odróżnić opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania przez Zamawiającego. Opis to po prostu kryteria, którymi kierował będzie się Zamawiający przy ocenie czy w danym konkretnym postępowaniu wykonawca spełnia te warunki. O ile same warunki udziału są określone w ustawie, o tyle opis oceny ich spełniania jest dokonywany przez samego Zamawiającego, który biorąc pod uwagę wartość, przedmiot, specyfikę każdego zamówienia dokonuje konkretyzacji ogólnych warunków ustawowych poprzez opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania.

Podkreślić należy, że opis oceny spełniania warunków nie jest konieczny w stosunku do wszystkich warunków. Dotyczy to przede wszystkim art. 24 ust.1 (przesłanki wykluczenia), które są na tyle jednoznaczne, iż w zasadzie nie wymagają one dalszego opisu przez Zamawiającego. Natomiast odnośnie warunków z art. 22 ust.1 to Zamawiający nie jest zobowiązany do opisu wszystkich warunków tam określonych, a jedynie tych które uważa za niezbędne z punktu widzenia zapewnienia prawidłowości wykonania zamówienia publicznego. Na powyższe wskazuje przepis art. 26 ust.2a ustawy wg. którego wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu tylko i wyłącznie na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym. Nadto w myśl w myśl rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów Zamawiający żąda dokumentów w postępowaniach powyżej progów unijnych na potwierdzenie spełniania warunków z art. 22 ust.1 tylko i wyłącznie w zakresie w jakim dokonywany jest opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przypadku, kiedy Zamawiający nie zażądał złożenia określonych oświadczeń lub dokumentów, nie może następnie wykluczyć wykonawcy z powodu niewykazania spełniania określonych warunków udziału w postępowaniu. W podobnej kwestii wypowiedział się Sąd Okręgowy w Nowym Sączu, który w wyroku z dnia 6 marca 2015 roku sygn.. III Ca 70/15 stwierdził, że *„zapisy w SIWZ powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Przede wszystkim muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do*

przetargu. Obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie oceny ofert tylko w odniesieniu do postanowień zawartych w SIWZ, a nie do własnych interpretacji czy intencji”.

W przedmiotowym postępowaniu, które jest postępowaniem poniżej tzw. progów unijnych Zamawiający miał pełne podstawy, aby nie żądać od wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału składania dokumentów i poprzestać tylko w tym zakresie na oświadczeniu. Tak też Zamawiający uczynił, gdyż w zakresie warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 Pzp, a które wymienił w pkt od 10.1.1 do 10.1.5 jednoznacznie stwierdził, że *„wykonawca spełni (przypis. „dany”) warunek jeżeli złoży oświadczenie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.”*

Niewątpliwym jest, że Odwołujący wraz z ofertą złożył tylko przedmiotowe oświadczenie wg. wzoru wskazanego przez Zamawiającego i nie składał dodatkowych dokumentów mających potwierdzić złożone oświadczenie, co do spełniania danego warunku udziału. Zauważyć należy ponadto, że w paragrafie 2 załącznika nr 1 do SIWZ, będącego SOPZ wskazano, iż w dniu składania ofert wykonawca przedstawi dokumenty potwierdzające spełnienie przez niego wymagań w zakresie realizacji zamówienia. Nie wskazano na czym to przedstawienie miałoby polegać, a w szczególności czy dokumenty winny być złożone wraz z ofertą.

Mimo tak opisanego sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający w trakcie badania ofert, kierując się – jak twierdzi, *„zasadą należytej staranności”* wezwał Odwołującego pismem z dnia 23 września 2015 roku w trybie *art. 26 ust. 3 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp „do przedłożenia stosownych dokumentów w celu zbadania oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”* tj. do przedłożenia wszystkich dokumentów wymienionych w ww. § 2 załącznika nr 1 do SIWZ.

Analizując powyższe stwierdzić należy, że w świetle powyższego niewątpliwym jest iż Zamawiający nie wymagał złożenia dokumentów wymienionych w § 2 załącznika nr 1 do SIWZ wraz z ofertą, gdyż powyższe wezwanie nie odnosiło się do uzupełnienia treści oferty o wskazane dokumenty, lecz ich złożenie miało na celu dokonanie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, co w SIWZ nie zostało ustalone.

W świetle złożonej oferty Izba stwierdza, że Odwołujący złożył wraz z ofertą formalnie poprawne oświadczenie o spełnianiu warunków udziału. W tej sytuacji jeżeli nawet Zamawiający powziął wątpliwości do oświadczenia Odwołującego o dysponowaniu wymaganymi zezwoleniami i wpisem do rejestru to nie mógł ich rozwiewać wzywając wykonawcę do przedstawienia niewymaganych w SIWZ dla oceny spełniania warunku udziału dokumentów. Zamawiający powinien zatem poprzestać na wezwaniu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, artykułując swe wątpliwości w tym zakresie. Jednakże w sytuacji kiedy Odwołujący złożył wymagane przez Zamawiającego dokumenty to Zamawiający miał je obowiązek ocenić.

Z powyższą sprawą związana jest także kwestia podnoszona przez Odwołującego, że załącznik do SIWZ nie jest właściwy dla wskazywania dokumentów wymaganych przez Zamawiającego dla dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba uznaje zasadność takiego stanowiska i wskazuje, że sporządzając SIWZ Zamawiający nie tylko winien przestrzegać treści przepisu art. 36 Pzp co do zakresu danych które winny być w SIWZ zawarte, ale także istotna jest kolejność zamieszczania danych. Ma ona ważne znaczenie praktyczne dla potencjalnych wykonawców, którzy bez zapoznawania się z całością SIWZu łącznie z załącznikami, mogą ustalić, czy będą w stanie spełnić warunki stawiane wykonawcom przez Zamawiającego w danym postępowaniu. Oczywiście nie ma przeszkód, aby Zamawiający przy opisie warunków zawarł odniesienie- informację, że szczegółowy opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest zawarty w konkretnym innym miejscu SIWZ.

Podstawowym zarzutem odwołania jest zarzut wykluczenia Odwołującego z postępowania. Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty podał, że podstawą wykluczenia Odwołującego był fakt nieposiadania przez jednego z Konsorcjantów - Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe A. wpisu do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny. Jako podstawę wykluczenia Zamawiający wskazał przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący składając odwołanie stwierdził, że w przypadku konsorcjum dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu o którym mowa w art. 21 ust.1 pkt 1Pzp wystarczające jest by członkowie konsorcjum łącznie spełniali postawiony warunek w danym zakresie. Podał, że *„oczekiwanie przez Zamawiającego aby obaj Wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie posiadali wpis do w/w rejestru sprzeczne jest z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych”*. Natomiast Zamawiający zarówno w złożonej odpowiedzi na odwołanie, jak i w prezentowanym na rozprawie stanowisku podał, że *„nie można dokonywać oceny spełniania warunków udziału z zakresu pkt. 1 art. 21 Pzp w taki sposób, iż przyjmuje się łączne spełnianie go przez dwa podmioty. Zezwolenie i wpis do rejestru są nierozłącznie związane z danym podmiotem i w związku z tym nie mogą być przekazane, czy użyte innemu wykonawcy, nawet członkowi konsorcjum. Aby prowadzić selektywną zbiórkę odpadów należy mieć wpis do rejestru jak i zezwolenie na zbieranie odpadów i to powinien mieć jeden podmiot. Natomiast tutaj PHU A. ma zezwolenie na PSZOK, ale nie ma wpisu do rejestru BIOŚ. Natomiast KOMA ma wpis, ale nie ma zezwolenia na prowadzenie selektywnej zbiórki odpadów”*.

Wobec powyższych stanowisk Izba za niezbędne uznaje wskazania możliwości sumowania potencjałów członków konsorcjum dla spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązany jest wykazać,

że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, w świetle art. 24 ust. 1 p.z.p. (tzw. warunki negatywne). Natomiast jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 p.z.p. dotyczące potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego (tzw. warunki pozytywne), w przypadku konsorcjum, co do zasady, mogą być one spełnione łącznie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum, które tworzone jest właśnie w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego. Dlatego też potencjały te, co do zasady, podlegają sumowaniu. Problem pojawia się co do możliwości sumowania potencjałów członków konsorcjum w przypadku wymogu z pkt 1 dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. W tym zakresie utrwalił się tylko pogląd, że wystarczającym w przypadku konsorcjum jest fakt, że tylko jeden członek posiada w całości stosowne, wymagane uprawnienia czy zezwolenia.

Odwołujący stał na stanowisku iż w przypadku konsorcjum wystarczającym będzie jeżeli w wyniku sumowania posiadanych zezwoleń i wpisu do rejestru okaże się, że łącznie wykonawcy ci posiadają niezbędne zezwolenia na prowadzenie działalności wymaganej dla danego rodzaju zamówienia.

W tym zakresie Izba podkreśla, że nie każdy potencjał da się sensownie zsumować, a po drugie spełnianie warunków udziału nie może być postrzegane wyłącznie jako zwykła formalność, lecz przede wszystkim jako narzędzie oceny zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością.

Dlatego też doświadczenia wykonawców nie zawsze można zsumować zgodnie z zasadami arytmetyki, ale winno być ono oceniane przez pryzmat roli postawionego warunku w konkretnym postępowaniu. Uzyskane w poprzez sumowanie doświadczenie winno dawać realne możliwości wykonania zamówienia, a ponadto nie może być w istocie mniejsze niż doświadczenie indywidualnego wykonawcy, który samodzielnie spełnia postawiony warunek. Można wskazać jako przykład sytuację, gdy Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu polegający na tym, że wykonawca winien legitymować się doświadczeniem w wybudowaniu 5 km odcinka drogi i mostu w jej ciągu. W tej sytuacji będzie możliwe zsumowanie doświadczenia członków konsorcjum, gdy jeden wybudował co najmniej 5 km drogi, a drugi wykonał most. Natomiast jeśli obaj konsorcjanci wybudowali tylko odcinki po 3 km drogi to ich doświadczenia w tym zakresie nie będzie można zsumować, gdyż żaden z nich nie ma wiedzy i doświadczenia w wybudowaniu 5 km drogi w jednym odcinku. W tym przypadku dwóch niedoświadczonych wykonawców, posiadających doświadczenie tylko w częściowym zakresie, przy tak postawionym warunku „udawałoby” jako konsorcjum, wykonawcę doświadczonego.

Wracając do możliwości sumowania przez członków konsorcjum posiadanych zezwoleń dla wykazania się uprawnieniami do wykonywania określonej działalności, Izba stoi na stanowisku iż co do zasady to co najmniej jeden z członków konsorcjum Odwołującego winien posiadać samodzielnie niezbędne uprawnienia do prowadzenia zarówno odbierania odpadów jak i prowadzenia PSZOK. Jednakże możliwości wykazania się „*zsumowanymi uprawnieniami*” do wykonywania określonej działalności należy zawsze ocenić w szczególności przez pryzmat wymagań Zamawiającego wskazanych w SIWZ oraz stanem faktycznym charakterystycznym dla tego postępowania. Przypomnieć należy, że w pkt. 10.4 SIWZ Zamawiający jednoznacznie stwierdził iż „ *W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków określonych w pkt 10.1.1.-10.1.5 winien spełniać co najmniej jeden z tych wykonawców albo Ci wykonawcy wspólnie*”. Warunek pod poz.10.1 dotyczy posiadania uprawnień do wykonywania działalności lub czynności o których mowa w przepisie art. 22 ust.1 pkt 1. Tym samym Zamawiający dopuścił w tym postępowaniu możliwość sumowania posiadanych zezwoleń i wpisów do rejestru, tak aby to nie członek konsorcjum samodzielnie, ale całe konsorcjum łącznie, spełniało przedmiotowy warunek udziału.

Zauważyć należy, że sam Zamawiający zajmuje różne stanowiska w zakresie potrzeby składania przez wykonawców określonych dokumentów dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W SIWZ w pkt 10.1.1 do 10.1.5 jednoznacznie wskazał, że ocenę spełnienia warunków udziału z art. 22 ust.1 pkt 1-4 będzie oceniał tylko w oparciu o złożone oświadczenie w tym zakresie. W załączniku nr 1 do SIWZ w § 2 ust.1 pkt 1 podał, że „*w dniu składania ofert wykonawca przedstawi dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań...*”. Natomiast w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty stwierdził, że „*wykonawca wraz ze złożeniem powyższego oświadczenia zadeklarował posiadanie następujących dokumentów **wymaganych przez zamawiającego na etapie zawarcia umowy***”.

Z powyższego należy wywieść wniosek, że Zamawiający dopiero na etapie wyboru oferty oraz na użytek postępowania odwoławczego prezentował różne stanowiska nie mające odzwierciedlenia w treści SIWZ, mające uzasadniać prawidłowość dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty. Gdyby przyjąć do oceny stanowisko z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, to należałoby uznać, że czynność wykluczenia Odwołującego była przedwczesna, gdyż oczekiwane dokumenty należało przedstawić dopiero na etapie zawierania umowy. W pewnym zakresie powyższe postępowanie Zamawiającego koresponduje ze stanowiskiem Odwołującego, który na rozprawie stwierdził, że Zamawiający „*zakładał że tylko przystępujący uzyska dane zamówienie*” i dlatego też wyszukiwał podstaw do wykluczenia go z postępowania. Na taki zamiar wskazywał jego zdaniem fakt, że Zamawiający w sytuacji kiedy wybór najkorzystniejszej

oferty miał miejsce 28 września 2015 roku dawał wykonawcy praktycznie tylko jeden dzień na organizację i wyposażenie PSZOK, wyposażenie obsługiwanych posesji w worki i kontenery, itd. Tym samym jego zdaniem postępowanie zostało tak przeprowadzone, aby wygrał dotychczasowy wykonawca.

Reasumując stanowisko Izby co do zarzutu wykluczenia Odwołującego z postępowania stwierdzić należy, że członkowie konsorcjum łącznie tak jak to wynika z uregulowań SIWZ (pkt 10.1.1 w zw. z pkt.10.4) posiadali już na etapie składania ofert wymagane zezwolenia. Jak wskazano na wstępie uzasadnienia Zamawiający nie może na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom SIWZ innej treści niż ta która wynika z ich wykładni językowej, gdyż to w oparciu o nią wykonawcy budują treść swojej oferty.

Nadto stwierdzić należy, że w przedmiotowym stanie faktycznym, kiedy to konsorcjum jako całość posiadało niezbędne zezwolenia i wpisy do Rejestru, to nie uniemożliwiało to prawidłowego wykonania zamówienia. Brak jest przeszkód formalno- prawnych by prawidłowo wykonać zamówienie, gdyż jak stwierdził na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego członkowie konsorcjum łącznie spełniali postawiony warunek „*PHU A. ma zezwolenie na PSZOK w m. Barczew, ale nie ma wpisu do rejestru BIOŚ. Natomiast KOMA ma wpis, ale nie ma zezwolenia na prowadzenie selektywnej zbiórki odpadów na terenie m. Barczew*”. Tym samym w oparciu o posiadane pozwolenia i wpisy jeden z konsorcjantów może odbierać odpady i transportować je do PSZOK prowadzonego przez drugiego z konsorcjantów.

Zauważyć należy, że Zamawiający w tym zakresie w odpowiedzi na odwołanie podniósł ogólny zarzut, że *„Próba „posłużenia się” w tym przypadku wpisem do rejestru GIOŚ jaki posiada KOMA Sp. z o.o. Sp. k. przez drugiego konsorcjanta tj. PHU A. nie może być uznana za legalną, gdyż będzie prowadzić do obejścia bezwzględnie obowiązujących przepisów regulujących pozwolenia, licencje lub koncesje na prowadzenie określonej działalności gospodarczej*”, jednakże przepisów, które zostałyby naruszone nie wskazał, a ponadto stanowisko takie jest sprzeczne z treścią pkt. 10.4 SIWZ.

Tym samym zarzut niezasadnego wykluczenia wykonawcy z postępowania potwierdził się i odwołanie zostało uwzględnione. Odwołujące się konsorcjum wobec tak postawionych wymagań SIWZ warunek z art. 22 ust.1 pk1 spełniło.

Izba ponadto odnosząc się do stanowiska Odwołującego, że Zamawiający niezasadnie i samodzielnie przyporządkował poszczególnym konsorcjantom zadania przy realizacji zamówienia i ustalił, który z konsorcjantów i na jakim terenie będzie prowadził gospodarkę odpadami w zakresie zagospodarowania odpadów elektrycznych i elektronicznych, stwierdza, że powinnością Zamawiającego jest ocena złożonych ofert wykonawców w oparciu o jednoznacznie wyrażone wymagania SIWZ. Zamawiający nie może domniemywać jaki będzie podział czynności wśród członków konsorcjum przy wykonywaniu

zamówienia. Zamawiający w razie wątpliwości co do treści oferty i sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia winien skorzystać z możliwości jakie daje mu przepis art. 26 ust.4 czy 87 ust.1 Pzp i dopiero w oparciu o uzyskane informacje ocenić złożoną ofertę.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający swoim postępowaniem naruszył przepis 7 ust. 1 i 3 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp, art. 24 ust. 4 Pzp.

Natomiast brak jest podstaw do przypisania naruszenia przepisu art. 89 ust.1 pkt 5 gdyż niewątpliwym jest, że przepis art. 89 ust.1 pkt 5 należy interpretować łącznie z art. 24 ust.4 zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Ustawodawca rozróżnia ofertę odrzuconą i uznanie oferty z mocy prawa za odrzuconą. Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą.

Przypadek z art. 89 ust.1 pkt 5 odnosi się do postępowań wieloetapowych, gdzie prowadzi się odrębnie ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofert. Wykluczenie wykonawcy z postępowania – niezaproszenie do składania oferty nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia takiej oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp,- gdyby wykluczony wykonawca złożył ofertę.

Tym samym odrzucenie oferty zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 5 należy zastosować do wykonawcy niezaproszonego do składania oferty. Przepisu tego nie stosuje się do postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, które jest postępowaniem jednoetapowym.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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