

**WYROK**  
z dnia 21 grudnia 2015 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe EKO FIUK spółka komandytowa, Chojnica 2; 78-650 Mirosławiec, LOTOF SYSTEM sp. z o.o., Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gmina Tychowo, ul. Bobolicka 17; 78-220 Tychowo**,

przy udziale wykonawcy **Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o., ul. Langiewicza 18/2; 61-502 Poznań**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe EKO FIUK spółka komandytowa, Chojnica 2; 78-650 Mirosławiec, LOTOF SYSTEM sp. z o.o., Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec i odrzucenia jego oferty, dokonanie czynności badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gmina Tychowo, ul. Bobolicka 17; 78-220 Tychowo** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe EKO FIUK spółka komandytowa, Chojnica 2; 78-650 Mirosławiec, LOTOF SYSTEM sp. z o.o., Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego - **Gmina Tychowo, ul. Bobolicka 17; 78-220 Tychowo** na rzecz odwołującego - **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe EKO FIUK spółka komandytowa, Chojnica 2; 78-650 Mirosławiec, LOTOF SYSTEM sp. z o.o., Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec**, kwotę **11 505 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy pięćset pięć złotych zero groszy) stanowiącą wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika i koszty noclegu.

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 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 **Koszalinie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Tychowo, ul. Bobolicka 17; 78-220 Tychowo, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych stałych zmieszanych oraz odpadów segregowanych z terenu gminy Tychowo”*.

Dnia 4 grudnia 2015 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 9 grudnia 2015 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe EKO FIUK spółka komandytowa, Chojnica 2; 78-650 Mirosławiec, LOTOF SYSTEM sp. z o.o., Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty odwołującego, a także czynności wyboru oferty Remondis Sanitech Poznań Spółka z o. o. w Poznaniu, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wykazał, że posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności w sytuacji, gdy przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, podczas gdy lider konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo — Usługowe EKO FIUK Sp. k. przedłożył wymagane dokumenty, zaś brak jest podstaw do stawiania spełnienia tego wymogu również w odniesieniu do członka konsorcjum, który według umowy konsorcjum odpowiedzialny jest jedynie za sporządzenia dokumentacji niezbędnej do realizacji zamówienia, a nie zaś do wykonywania głównego przedmiotu zamówienia, a nadto, że przedmiot zamówienia nie ma charakteru jednorodnego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzuceniu oferty odwołującego, nakazanie powtórzenia czynności ponownego badania ofert oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów koniecznych do celowego dochodzenia praw.

Ponadto odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z umowy konsorcjum, na okoliczność zakresu czynności do jakich wykonywania na mocy tej umowy zobowiązany miał być członek konsorcjum nieposiadający m.in. wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej (dalej również „RDR”), zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów, wpisu do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska,

zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający, wbrew prezentowanemu w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania stanowisku, w rozdziale 6 ust. 2 pkt 1-4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawarł wprost żądania złożenia przez wszystkie podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia dokumentów w postaci posiadania uprawnień do wykonywania działalności - kserokopii zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu, zbierania odpadów, kserokopii zaświadczenia z rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny oraz kserokopii aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych. Zdaniem odwołującego, jeżeli chodzi o podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia, zamawiający szczegółowo odniósł się jedynie do możliwości spełnienia łącznie warunków opisanych w rozdziale 6 ust. 2 pkt 5-8 s.i.w.z., zaś wyraźnie wymogu spełnienia pozostałych warunków (pkt 1-4) przez każdy z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie zawarł. Trudno zatem przyjąć domniemanie, że zamawiający żądał złożenia dokumentów określonych w pkt 1-4 przez każdy podmiot.

Niezależnie od powyższego odwołujący odwołał się do ugruntowanego poglądu, zgodnie z którym odrębnie każdy z członków konsorcjum musi spełniać warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania, o których mowa np. w art. 24 ustawy pzp. Łącznie natomiast powinny być spełnione warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 tj. dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Kumulacji co do zasady będzie podlegać również potencjał finansowy i ekonomiczny (art. 22 ust. 2 pkt 4) . Należy się tu również opowiedzieć za brakiem obowiązku posiadania uprawnień ustawowych (art. 22 ust. 1 pkt 1) przez wszystkich członków konsorcjum. Wyjątek będzie stanowić sytuacja, w której wszystkie aspekty objęte zamówieniem wymagają posiadania uprawnień, gdyż wówczas konsorcjant, który ich nie posiada, nie mógłby w ogóle uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, (tak: Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 19 marca 2012 r. sygn. akt I Ga 39/12).

W niniejszej sprawie członkiem konsorcjum, który będzie wykonywał wszystkie czynności związane z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadów będących przedmiotem zamówienia będzie lider tego konsorcjum, a mianowicie Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe EKO FIUK sp. k., co wynika wprost z § 5 oraz § 6 ust. 1 lit. a) umowy konsorcjum w zamówieniach publicznych zawartej w dniu 12 listopada 2015 r. Postanowienia § 6 ust. 1 lit. a) ww. umowy konsorcjum, a nadto postanowienia § 6 ust. 1 lit. b) tejsze umowy potwierdzają, że partner konsorcjum (LOTOF SYSTEM) nie będzie świadczył na rzecz zamawiającego usługi odbierania odpadów, co prowadzić musi do wniosku, że posiadanie przez ten podmiot wskazanych w rozdziale 5 ust. 1 pkt 1-4 s.i.w.z. uprawnień jest zbędne.

Odwołujący podniósł, że rola spółki LOTOF SYSTEM sprowadzać się będzie do obsługi administracyjnej konsorcjum, w tym przede wszystkim sporządzania dokumentacji niezbędnej do realizacji zamówienia w szczególności: prowadzenia korespondencji, przygotowywania pism, raportów miesięcznych i rocznych, rozliczeń, a także przygotowania, w ramach sporządzania dokumentacji, harmonogramu odbioru odpadów. Jak wynika z rozdziału 3 (opis przedmiotu zamówienia) lit. D pkt 11-15 s.i.w.z. na wykonawcę nałożył szereg obowiązków w zakresie: składania miesięcznych sprawozdań z realizacji usługi, w których zawarta będzie informacja o ilości odebranych odpadów komunalnych i miejsc ich unieszkodliwiania wraz z obowiązkiem przekazania kwitów wagowych i kart przekazania odpadu; składania półrocznych sprawozdań według wzoru stanowiącego załącznik do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 15 maja 2012 r. w sprawie wzorów sprawozdań o odebranych odpadach komunalnych, a także o odebranych nieczystościach ciekłych oraz realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi, składania rocznych sprawozdań z prowadzenia punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, a także przedkładania wraz z fakturą dowodów przyjęcia poszczególnych rodzajów odebranych odpadów, wydruków wagowych. Opis powyższych obowiązków wyraźnie potwierdza ich szeroki zakres oraz ważkość w kontekście gospodarki odpadami. Obowiązki bowiem w zakresie sprawozdawczości zostały szeroko uregulowane przepisami ustaw. Zadania związane z prowadzeniem ww. dokumentacji zostały przypisane spółce LOTOF SYSTEM, a spółka ta, co nie powinno budzić wątpliwość w świetle treści umowy konsorcjum, nie będzie zaangażowana bezpośrednio w świadczenie podstawowych usług w zakresie odbierania i transportowania odpadów komunalnych. W konsekwencji przyjęć należy, że zadanie, dla którego prowadzone jest postępowanie w przedmiocie zamówienia publicznego, którego dotyczy niniejsze odwołanie, nie ma charakteru jednorodnego.

Odwołujący wskazał również na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2010 r. (KIO/UZP 786/10) zgodnie, z którym *„W zakresie uprawnień za wystarczające do uznania spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącym przedmiotu o różnym rodzaju należy uznać, gdy uprawnienie posiadał będzie, co najmniej jeden z konsorcjantów, który będzie realizował tę część zamówienia, z którym wiąże się obowiązek posiadania uprawnień.”* W realiach niniejszej sprawy biorąc pod uwagę treść umowy konsorcjum, z taką sytuacją mamy właśnie do czynienia. Zgodnie z § 6 ust. 1 lit. b) ww. umowy rola LOTOF SYSTEM Sp. z o. o. sprowadzać się ma do sporządzania dokumentacji niezbędnej do realizacji zamówienia. Spółka ta nie ma być zaangażowana bezpośrednio w świadczenie podstawowych usług w zakresie odbierania i transportowania odpadów komunalnych.

Odwołujący odwołał się również do wyroku z dnia 6 października 2015 r. (sygn. akt KIO 2064/15), w którym to Izba orzekła w sprawie z odwołania konsorcjum firm EKO FIUK i LOTOF SYSTEM w analogicznym stanie faktycznym i prawnym. W orzeczeniu tym Krajowa

Izba Odwoławcza zwróciła uwagę na to, iż jeżeli „partner konsorcjum nie będzie świadczył zamawiającemu usługi odbierania odpadów, musi prowadzić do wniosku, że posiadanie przez ten podmiot wpisu do rejestru działalności regulowanej jest zbędne.”

#### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że spełnia przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i ma interes we wniesieniu odwołania, albowiem jest wykonawcą, który w przypadku uwzględnienia odwołania, jego oferta zawiera najkorzystniejszy bilans punktowy, w ramach kryteriów ustalonych przez zamawiającego, przez co oferta odwołującego będzie musiała zostać uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o., ul. Langiewicza 18/2; 61-502 Poznań.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umowę konsorcjum, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Zamawiający, w uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty wskazał, iż odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, albowiem nie przedstawił wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej, zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów, wpisu do rejestru

podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych, które to według zamawiającego powinna posiadać spółka wchodząca w skład konsorcjum firm wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. LOTO SYSTEM Sp. z o. o. Zamawiający wskazał również, że przedmiot zamówienia ma charakter jednorodny i obejmuje swym zakresem działalność, której wykonanie wymaga m. in. wpisu do rejestru działalności regulowanej, dlatego też w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określono, że każdy z wykonawców był zobowiązany do złożenia dokumentów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Ze oceną zamawiającego nie sposób się zgodzić. Izba w całości identyfikuje się ze stanowiskiem prezentowanym przez odwołującego, ponadto podnosząc, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 11 ustawy Pzp – przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Przepis art. 23 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zgodnie zaś z ust. 3 ww. artykułu – przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, odwołujący zdecydował się na udział w postępowaniu tworząc „konsorcjum”, tj. w charakterze dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale 5 opisał warunki udziału w postępowaniu, jakie muszą spełnić wykonawcy chcący ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a w rozdziale 6 s.i.w.z. zamawiający wskazał jakiego rodzaju oświadczenia i dokumenty muszą złożyć wykonawcy, aby potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu opisanych w rozdziale 5 s.i.w.z.

Odwołujący, występujący w charakterze wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, potwierdził spełnienie warunków opisanych w rozdziale 5 ust. 1 pkt 1-4 s.i.w.z. w odniesieniu do jednego członka konsorcjum.

Zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, w zakresie spełnienia ww. warunku w odniesieniu do drugiego członka konsorcjum.

W odpowiedzi odwołujący wyjaśnił zamawiającemu, że główny przedmiot zamówienia, związany z odbieraniem i zagospodarowywaniem odpadów będzie świadczony wyłącznie przez jednego członka konsorcjum, który posiada określone w s.i.w.z. uprawnienia i zezwolenia, na dowód czego przedłożył umowę konsorcjum.

Z powyższym wyjaśnieniem nie zgodził się zamawiający i wykluczył odwołującego z postępowania i odrzucił jego ofertę.

Z decyzją zamawiającego nie zgodził się odwołujący i wniósł, w ustawowym terminie odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie Izby zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego z przedmiotowego postępowania, a w konsekwencji bezzasadnie odrzucił jego ofertę.

Izba wskazuje, że zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wyraził w sposób bezpośredni ani też pośredni, że wymagania odnośnie warunków opisanych w rozdziale 5 ust. 1 pkt 1-4 s.i.w.z. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą spełnić oddzielnie dla każdego podmiotu wchodzącego w skład konsorcjum.

Zasadą bowiem, wynikającą z ustawy - Prawo zamówień publicznych jest, iż jeżeli wykonawca samodzielnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, na zasadzie przepisu art. 23 ustawy Pzp, może ubiegać się o udzielenie zamówienia w konsorcjum, w ten sposób, że każdy z uczestników konsorcjum spełnia w określony sposób wymagania zamawiającego, tworząc całościowo obraz wykonawcy, który w każdym elemencie potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wyłączeniem od powyższej zasady może być okoliczność, że zamawiający w przypadku skomplikowanego i na tyle istotnego przedmiotu zamówienia może ustanowić warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do każdego uczestnika konsorcjum. Jest to jednakże okoliczność wyjątkowa i na tyle specyficzna, że musi być poparta określoną argumentacją i dowodami.

W przedmiotowym postępowaniu, poza faktem, iż zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawarł takiego obostrzenia w odniesieniu do każdego uczestnika konsorcjum, Izba nie znajduje okoliczności specyficznych, uprawniających zamawiającego do wprowadzenia tego rodzaju ograniczenia.

Przedmiot zamówienia został bowiem opisany w rozdziale 3 s.i.w.z., który swoim zakresem obejmuje szereg czynności, do których zobowiązany jest wykonawca. I tak poza odbiorem i wywozem odpadów, wykonawca zobowiązany jest do utworzenia PSZOK (Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych), mycia pojemników, dostarczenia worków, pojemników lub kontenerów, sporządzania sprawozdań miesięcznych i półrocznych, itp.

Odwołujący tworząc konsorcjum podzielił zakres wykonywanych czynności pomiędzy uczestników konsorcjum w ten sposób, że pełnomocnik konsorcjum będzie wykonywał świadczenie główne, natomiast uczestnik konsorcjum będzie zajmował się obsługą administracyjną konsorcjum, sporządzaniem dokumentacji niezbędnej do realizacji zamówienia (§ 5 ust. 2 umowy konsorcjum z dnia 12.11.2015 r.).

W ocenie Izby brak było podstaw do żądania przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunków opisanych w rozdziale 5 ust. 1 pkt 1-4 s.i.w.z.

od uczestnika konsorcjum, albowiem taka okoliczność nie wynikała z treści s.i.w.z. Tym samym zamawiający bezzasadnie wykluczył odwołującego z przedmiotowego postępowania i odrzucił jego ofertę. Zamawiający nie ma bowiem podstaw do kreowania treści umowy konsorcjum i regulowania stosunku prawnego wiążącego strony umowy konsorcjum, w tym podziału robót, przez uczestników konsorcjum.

Nawet jeżeli przyjąć argumentację, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała sformułowania niejasne, wykluczające się nawzajem, to w myśl utrwalonego i jednolitego w tym zakresie orzecznictwa, wszelkie niejasności, czy też wady s.i.w.z. należy odczytywać na korzyść wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego, związane z wpisem od odwołania, wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami noclegu.

**Przewodniczący:** .....