

Sygn. akt: KIO 3499/21

**WYROK**  
**z dnia 13 grudnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2021 r. przez wykonawcę **ZGO-NOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komunalny Związek Gmin Regionu Leszczyńskiego z siedzibą w Lesznie,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Śremie Sp. z o.o. z siedzibą w Śremie, B. R. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uługowe TRANS-KOM B. R.,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Śremie Sp. z o.o. z siedzibą w Śremie, B. R. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uługowe TRANS-KOM B. R., warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. 5 pkt 2 ppkt 2 lit. a SWZ i nakazuje Zamawiającemu:
  - unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części V zamówienia,
  - wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Śremie Sp. z o.o. z siedzibą w Śremie, B. R. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uługowe TRANS-KOM B. R. – w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – do uzupełnienia

dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. 5 pkt 2 ppkt 2 lit. a SWZ,

- powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. W pozostałym zakresie oddała odwołanie;
  3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę ZGO-NOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Jarocinie w części 1/2 oraz Komunalny Związek Gmin Regionu Leszczyńskiego z siedzibą w Lesznie w części 1/2,
    - 3.1. 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,
    - 3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7 188 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sto osiemdziesiąt osiem złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Komunalny Związek Gmin Regionu Leszczyńskiego – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości objętych systemem Komunalnego Związku Gmin Regionu Leszczyńskiego*. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 września 2021 r. pod nr 2021/S 179-466320.

W dniu 29 listopada 2021 r. wykonawca ZGO-NOVA Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Śremie Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe TRANS-KOM B. R., jako najkorzystniejszej na wykonanie części V zamówienia i wobec zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, mimo że nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 239 ust. 1 oraz art. 117 ust. 2 i 3 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt. 2 i 4 oraz art. 114 pkt 2 i art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum PGK jako najkorzystniejszej w zakresie części V zamówienia, mimo że ze złożonych przez tego wykonawcę dokumentów i oświadczeń nie wynika, aby wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdz. 5 pkt 2 ppkt 2 lit. a oraz ppkt 4 lit. a SWZ wymagań;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b w zw. z art. 117 ust. 2, 3 i 4, art. 112 ust. 2 pkt 2 i 4 oraz art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PGK, mimo że ze złożonych tego wykonawcę dokumentów podmiotowych nie wynikało, że wykazał on spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdz. 5 pkt 2 ppkt 2 lit. a oraz ppkt 4 lit. a SWZ;
- 3) ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu nr 2 – art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum PGK M do złożenia wyjaśnień dotyczących przedstawionych dokumentów, w związku z treścią złożonego oświadczenia o podziale zadań wewnątrz Konsorcjum oraz wezwania do złożenia dokumentów podmiotowych, o których mowa w rozdz. 7 pkt 2 lit. a oraz pkt 4 lit. a SWZ w odniesieniu do tego członka konsorcjum, który faktycznie realizował będzie część V zamówienia;

- 4) art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców na etapie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, polegające na nieuprawnionym przyjęciu, że Konsorcjum PGK wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdz. 5 pkt 2 ppkt 2 lit. a oraz ppkt 4 lit. a SWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum PGK jako najkorzystniejszej na wykonanie cz. V zamówienia, odrzucenia oferty Konsorcjum PGK na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp i w konsekwencji przeprowadzenia dalszych czynności w postępowaniu, w tym procedury, o której mowa w art. 126 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do Odwołującego. Ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia ww. wniosku, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum PGK, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów podmiotowych w zakresie warunków, o których mowa w rozdz. 5 ppkt 2 lit. a oraz ppkt 4 lit. a SWZ.

Ad 1 i 2

Odwołujący powołał się na przepis art. 117 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2 ustawy, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. Stwierdził, że ww. przepis przesądza, że wystarczające jest wykazanie się posiadaniem uprawnień przez tego z wykonawców występujących wspólnie, który posiada takie uprawnienia i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane, a tym samym, że ten wykonawca, który wykazuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganych w postępowaniu uprawnień, powinien wykonywać te usługi, dla których konieczne pozostaje ich posiadanie. W celu umożliwienia dokonania tej oceny przepis art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wymaga złożenia przez konsorcjum oświadczenia w przedmiocie podziału zadań w ramach konsorcjum.

Odwołujący wskazał też na przepis art. 117 ust. 3 ustawy Pzp, regulujący zasady wykazywania spełniania warunków w zakresie dotyczącym wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia przez konsorcjum. Podniósł, że jeżeli Zamawiający stawia warunki udziału w postępowaniu dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do

realizacji których te zdolności są wymagane. Jeżeli jeden z podmiotów wchodzących w skład konsorcjum posiada wymagane kwalifikacje lub doświadczenie, to on będzie zobowiązany do wykonania zadania, do którego zdolności te są za niezbędne. Odwołujący powołał się na stanowisko, zgodnie z którym przepis art. 117 ust. 3 ustawy Pzp oznacza, że zdolności w zakresie doświadczenia, kwalifikacji i wykształcenia wykonawców, którzy składają wspólną ofertę nie mogą być przekazywane pomiędzy konsorcjantami, każdy z nich powinien wykonać zadania odpowiadające jego własnym zdolnościom zawodowym.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum PGK w oświadczeniu złożonym zgodnie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp podało, że to TRANS-KOM będzie odpowiadał za „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Sektora V”, zaś udział lidera tj. PGK Śrem w wykonaniu zamówienia będzie iluzoryczny, blankietowy, albowiem będzie on odpowiadał za „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Sektora V w przypadku awarii sprzętu, dużej absencji załogi Partnera i innych przypadków losowych mogących mieć wpływ na zachowanie ciągłości realizowanego zadania przez partnera.” Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że to TRANS-KOM w świetle art. 117 ust. 2 i 3 ustawy Pzp powinien wykazać, że spełnia warunki określone w rozdz. 5 pkt 2 ppkt. 2 lit. a SWZ, dotyczące uprawnień (wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, o którym mowa w art. 49 i 50 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach co najmniej w zakresie wymaganych przez Zamawiającego kodów odpadów, których lista została określona w SWZ). Jednakże z informacji ujawnionej w BDO odnośnie TRANS-KOM wynika, że nie posiada on wpisu w zakresie kodu odpadu o symbolu 20 01 21\* (lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć), zaś formuła oświadczenia złożonego przez PGK nie uprawniała Zamawiającego do tego, aby uznać, że warunek postawiony w rozdz. 5 pkt 2 ppkt. 2 lit. a SWZ został spełniony przez Konsorcjum łącznie, skoro udział PGK Śrem w wykonaniu zamówienia miał mieć charakter wyłącznie wspierający i warunkowy (uzależniony od zaistnienia określonych zdarzeń).

Dalej Odwołujący wskazał, że w rozdz. 5 pkt 2 ppkt 4 lit. a SWZ w odniesieniu do cz. V zamówienia Zamawiający wymagał, aby: „Wykonawca wykazał, że wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum: jedną lub więcej usług odbioru odpadów komunalnych na rzecz właściciela/li nieruchomości, w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy, które łącznie swym zakresem obejmowały odbiór odpadów komunalnych o masie nie mniejszej niż 12 500 Mg. Przez jedną usługę Zamawiający rozumie wykonanie zamówienia na rzecz jednego podmiotu/Zamawiającego w ramach jednego

kontraktu/umowy/zlecenia.” W celu wykazania spełnienia tak opisanego warunku Konsorcjum PGK powołało się wyłącznie na doświadczenie zdobyte przez PGK Śrem przy wykonaniu usług w zakresie odbioru odpadów komunalnych z terenu gminy Śrem.

Zdaniem Odwołującego powyższe prowadzi do wniosku, że Konsorcjum PGK powołało się wyłącznie na doświadczenie zdobyte przez lidera konsorcjum, tj. przez podmiot, który zasadniczo i pierwotnie nie będzie odpowiedzialny za wykonanie całości usługi przewidzianej do wykonania w ramach cz. V. Odwołujący podniósł, że w tej sytuacji wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ w tych okolicznościach faktycznym wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem winien wykazać się TRANS-KOM jako podmiot, który faktycznie (zgodnie z treścią oświadczenia złożonego w ramach załącznika nr 15 do SWZ) – byłby odpowiedzialny za wykonanie całości zamówienia przewidzianego w ramach jego części V.

Odwołujący zaznaczył, że Konsorcjum PGK pozostaje związane treścią złożonego uprzednio oświadczenia, co uprawnia do wniosku, że oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt.2 lit. b ustawy Pzp, bez uprzedniego zastosowania procedury przewidzianej w art. 128 ust. 1. Zdaniem Odwołującego wezwanie konsorcjum do wykazania, że TRANS-KOM posiada wpis do BDO w zakresie kodu 20 01 21\* byłoby bezcelowe, skoro informację w tym zakresie można uzyskać na podstawie informacji z ww. rejestru.

Ad 3

Z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucił, że Zamawiający dopuścił się zaniechania zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej pomimo tego, że będące w jego posiadaniu oświadczenia i dokumenty podmiotowe nie uprawniały go do przyjęcia, że Konsorcjum PGK wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w związku z brzmieniem art. 117 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i złożonym na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy oświadczeniem Konsorcjum o podziale zadań przy wykonaniu cz. V zamówienia.

Ad 4

Odwołujący podniósł, że sposób w jaki Zamawiający dokonał oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum PGK oraz w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej na wykonanie cz. V zamówienia, narusza do art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Wskazał, że zasada równego traktowania wykonawców powinna znajdować szczególne odzwierciedlenie w procedurze oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców ubiegających się o zamówienie. Zamawiający winien przy dokonywaniu oceny kierować się ściśle ustalonymi przez siebie oraz przepisy ustawy

Pzp regułami. W ocenie Odwołującego, w niniejszej sprawie Zamawiający przy dokonywaniu oceny i wyboru oferty Konsorcjum PGK dopuścił się naruszenia ww. zasady.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), stosownie do art. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej 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.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiło Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Śremie Sp. z o.o., B.R. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe TRANS-KOM B. R. Izba stwierdziła, że ww. Konsorcjum zgłosiło przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W rozdz. 5 pkt 2 ppkt 2 lit. a SWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy spełniali warunek (w ramach wszystkich części zamówienia) posiadania wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, o którym mowa w art. 49 i 50 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.) w zakresie transportu odpadów:

- 15 01 01 – opakowania z papieru i tektury,
- 15 01 02 – opakowania z tworzyw sztucznych,
- 15 01 04 – opakowania z metali,
- 15 01 05 – opakowania wielomateriałowe,
- 15 01 07 – opakowania ze szkła,
- 16 01 03 – zużyte opony,
- 17 01 03 – odpady innych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia,

- 17 09 04 – zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu inne niż wymienione w 17 09 01, 17 09 02 i 17 09 03,
- 20 01 08 – odpady kuchenne ulegające biodegradacji,
- 20 01 21 - lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć,
- 20 01 23\* – urządzenia zawierające freony,
- 20 01 34 - baterie i akumulatory inne niż wymienione w 20 01 33,
- 20 01 35\* – zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21 i 20 01 23 zawierające niebezpieczne składniki,
- 20 01 36 – zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21, 20 01 23 i 20 01 35 zawierające niebezpieczne składniki,
- 20 01 99 - Inne nie wymienione frakcje zbierane w sposób selektywny,
- 20 02 01 – odpady ulegające biodegradacji,
- 20 03 01 – niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne,
- 20 03 07 – odpady wielkogabarytowe.

W rozdz. 5 ppkt 4 lit. a Zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca wykonał (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje) należycie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, minimum: jedną lub więcej usług odbioru odpadów komunalnych na rzecz właściciela/li nieruchomości, w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy, które łącznie swym zakresem obejmowały odbiór odpadów komunalnych o masie nie mniejszej niż 12 500 Mg. Przez jedną usługę Zamawiający rozumie wykonanie zamówienia na rzecz jednego podmiotu/Zamawiającego w ramach jednego kontraktu/umowy/zlecenia.

W rozdz. 5 pkt 2 SWZ Zamawiający podał, że *wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zamawiający, w stosunku do Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej dopuszcza łączne spełnianie warunku przez Wykonawców. (...)*

Przystępujący załączył do oferty oświadczenie (załącznik nr 15 do SWZ) dotyczące usług, które będą wykonywane przez poszczególnych Konsorcjantów:

- Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Śremie Sp. z o.o. – Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Sektora V w przypadku awarii sprzętu, dużej absencji załogi Partnera i innych przypadków losowych mogących mieć wpływ na zachowanie ciągłości realizowanego zadania przez Partnera;
- TRANS-KOM – Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Sektora V.



W odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp Przystępujący przedłożył m.in.:

- wykaz usług (załącznik nr 7 do SWZ) wykonanych przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Śremie Sp. z o.o.,
- dane logowania do konta dostępu w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami dla Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Śremie Sp. z o.o.,
- zaświadczenie w wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (obejmujące m.in. odpady o kodzie 20 02 21) oraz dane logowania do konta dostępu w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami dla TRANS-KOM.

Zamawiający stwierdził, że Przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i pismem z 19 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w części V zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie dotyczącym niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, o którym mowa w art. 49 i 50 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Odwołanie jest natomiast niezasadne w części dotyczącej niespełnienia przez Przystępującego warunku dotyczącego doświadczenia.

Art. 117 ustawy Pzp stanowi:

- ust. 1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.
- ust. 2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.
- ust. 3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą

polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

- ust. 4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby Przystępujący nie wykazał spełniania warunku, o którym mowa w rozdz. 5 pkt 2 ppkt 2 lit. a SWZ.

Z oświadczenia złożonego przez Przystępującego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wynika, że całość przedmiotu zamówienia zostanie wykonana przez TRANS-KOM (członka Konsorcjum), z kolei udział lidera Konsorcjum będzie miał charakter „rezerwowo”, ograniczony do wykonania zamówienia *w przypadku awarii sprzętu, dużej absencji załogi Partnera i innych przypadków losowych mogących mieć wpływ na zachowanie ciągłości realizowanego zadania przez Partnera*. Zatem co do zasady pełny zakres przedmiotu zamówienia ma realizować TRANS-KOM.

Jednocześnie okolicznością przyznaną przez Zamawiającego i Przystępującego jest to, że tylko lider Konsorcjum posiada wpis do rejestru w zakresie wszystkich rodzajów odpadów wskazanych przez Zamawiającego w SWZ. Członek Konsorcjum natomiast nie posiada wpisu w zakresie kodu odpadu o symbolu 20 01 21\* (lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć).

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że skoro TRANS-KOM ma realizować przedmiot zamówienia w całym zakresie przedmiotowym, to powinien spełniać ww. warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do wszystkich rodzajów odpadów wymaganych przez Zamawiającego. Powyższe wynika wprost z art. 117 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z konsorcjantów posiada ww. uprawnienia, z tym jednak zastrzeżeniem, że ten właśnie konsorcjant zrealizuje usługi, do których wykonania uprawnienia są wymagane. Ww. przepis nie pozostawia zatem wątpliwości, że warunek musi być spełniany przez tego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, który będzie wykonywał zakres przedmiotu zamówienia wymagający posiadania uprawnień. Jakkolwiek przepis ten pozwala na łączenie potencjału konsorcjantów (co jest o tyle uzasadnione, że nie każdy z konsorcjantów musi realizować zakres, do którego konieczne jest posiadanie uprawnień), to jednak ściśle wiąże

tę możliwość z podziałem zadań między wykonawców. Innymi słowy, nie każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi posiadać uprawnienia wymagane przez Zamawiającego, musi je jednak posiadać ten z nich, który będzie realizował zakres wymagający posiadania uprawnień. Wobec powyższego chybiona jest argumentacja Zamawiającego i Przystępującego, którzy twierdzili, że spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez lidera Konsorcjum jest wystarczające. Przyjęcie tego stanowiska mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której zamówienie będzie w praktyce realizowane przez podmiot nieposiadający stosownych uprawnień.

Ponadto, chybione jest stanowisko, jakoby warunek udziału w postępowaniu należało uznać za wykazany z tego powodu, że obydwie podmioty będą wykonywać zamówienie. Po pierwsze – zgodnie ze złożonym oświadczeniem udział lidera Konsorcjum w wykonywaniu zamówienia ma mieć charakter awaryjny, pod drugie – nawet gdyby obaj konsorcjanci mieli wykonywać całość zamówienia, to powinni posiadać uprawnienia do prowadzenia działalności w odniesieniu do pełnego zakresu przedmiotu zamówienia.

Dalej wskazać należy, że o wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu nie świadczy podział zadań określony w umowie Konsorcjum, którą Przystępujący załączył do zgłoszenia przystąpienia. Abstrahując od faktu, że Zamawiający nie dysponował tą umową oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazać należy, że wnioski, jakie wyprowadza z tej umowy Przystępujący są sprzeczne z treścią oświadczenia złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Przystępujący wskazywał, że zgodnie z podziałem zadań określonym w § 5 ust. 1 umowy, odbiór elektroodpadów miałby być wykonywany przez lidera Konsorcjum. Powyższe w żadnej mierze nie wynika z załączonego do oferty oświadczenia określającego usługi, które będą wykonywać poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Tym samym umowa Konsorcjum nie może stanowić podstawy do uznania, że TRANS-KOM nie będzie wykonywał usług, co do których realizacji nie posiada stosownych uprawnień. W tej sytuacji na marginesie jedynie wskazać należy, że nie zostało wykazane, aby usługi dotyczące odpadów, które zgodnie z § 5 ust. 1 umowy miałby odbierać lider Konsorcjum (płyty CD, tonery, telefony, ładowarki, baterie i żarówki), były odpadami wyczerpującymi zakres odpadów o kodzie 20 01 21\*.

Podsumowując należy stwierdzić, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. 5 pkt 2 ppkt 2 lit. a SWZ.

Jednocześnie zauważenia wymaga, że żądanie odrzucenia oferty Przystępującego jest na obecnym etapie postępowania przedwczesne, Przystępujący bowiem nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie na podstawie art. 128 ust. 1

ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Złożenie podmiotowych środków dowodowych, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu mieści się w dyspozycji powyższego przepisu, a jego zastosowanie jest obowiązkiem Zamawiającego, od którego wyjątki zostały określone w tym przepisie. Nie jest zatem dopuszczalne odrzucenie oferty bez uprzedniego umożliwienia wykonawcy przedstawienia prawidłowych dokumentów. Wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającego skierowanie do Przystępującego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. 5 pkt 4 lit. a zostało przez Przystępującego wykazane.

W tym zakresie bezsporne jest, że Przystępujący, wykazując spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu powołał się na doświadczenie lidera Konsorcjum. Wskazać jednak należy, że w odniesieniu do tego warunku Zamawiający określił w SWZ sposób spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, stanowiąc w rozdz. 5 pkt 2 SWZ, że *w odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej dopuszcza łączne spełnianie warunku przez Wykonawców*. W ocenie Izby powyższe oznacza, że zgodnie z decyzją Zamawiającego, dla wykazania spełniania tego warunku wystarczające jest że każdy z konsorcjantów spełnia go częściowo lub że warunek spełnia tylko jeden z nich. Zamawiający postanowił, że jego spełnianie będzie oceniane dla całego Konsorcjum łącznie. Zatem nawet w sytuacji, gdy to członek Konsorcjum ma wykonywać pełen zakres zamówienia, doświadczenie lidera Konsorcjum mogło być zgodnie z SWZ przedstawione na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby tak właśnie mieli prawo rozumieć ww. postanowienie wykonawcy przystępujący do udziału w przetargu. W przeciwnym razie, tj. gdyby Zamawiający zamierzał oceniać spełnianie warunku w taki sposób, że wykazać się doświadczeniem musi ten z wykonawców, który będzie realizował usługi, ww. postanowienie nie miałyby żadnego sensu. Ocena spełniania warunku przy braku tego postanowienia odbywałaby się na zasadach określonych ustawowo.

Jakkolwiek zasadą wynikającą z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp jest to, że doświadczenie poszczególnych wykonawców nie jest przekazywane pomiędzy nimi w ramach konsorcjum, a wymaganym doświadczeniem powinien legitymować się ten z konsorcjantów, który będzie realizował usługi, do których wykonania to doświadczenie jest potrzebne, to – w ocenie Izby – na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie można pominąć określonych przez Zamawiającego zasad oceny spełniania warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Niezależnie bowiem od oceny prawidłowości takiego postanowienia SWZ, wskazać należy, że wykonawcy podejmowali decyzję o udziale w postępowaniu kierując się ustanowionymi przez Zamawiającego wymaganiami, w tym dotyczącymi zasad oceny spełniania warunków przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ignorowanie tych zasad przy ocenie spełniania warunków godziłoby w zasadę przejrzystości postępowania, jak również mogłoby prowadzić do naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W tej sytuacji należało uznać, że Przystępujący wykazał spełnianie warunku dotyczącego doświadczenia w sposób określony przez Zamawiającego w SWZ. Brak zatem było podstaw do stwierdzenia zasadności zarzutów odwołania w tym zakresie.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego w części 1/2 i Odwołującego w części 1/2, w związku z tym, że spośród dwóch zarzutów odwołania jeden zarzut okazał się zasadny.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600,00 zł i z tytułu dojazdu na rozprawę w kwocie 125,10 zł, a także koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600,00 zł oraz z tytułu dojazdu na rozprawę w kwocie 750,35 zł (razem 23.075,45 zł).

Ponieważ Odwołujący odpowiada za koszty postępowania do wysokości 11.537,72 zł (23.075,45 x 1/2), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7.188 zł, stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego

a kosztami postępowania, za jakie odpowiada w świetle jego wyniku, po zaokrągleniu w górę do pełnych złotych.

Izba nie zasądziła kosztów postępowania na rzecz Przystępującego. Niezależnie od tego, że spis kosztów został przez niego złożony po zamknięciu rozprawy (10 grudnia 2021 r.), wskazać należy, że stosownie do przepisów ww. rozporządzenia sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania, brak jest podstaw do zasądzenia kosztów postępowania na rzecz Przystępującego w sytuacji, gdy rozpoznanie sprawy nie było wynikiem sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

**Przewodniczący:** .....