

Sygn. akt: KIO 1232/13
KIO 1233/13

WYROK
z dnia 6 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 23 maja 2013 r. przez wykonawcę **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa (sygn. KIO 1232/13);**
- B. w dniu 23 maja 2013 r. przez wykonawcę **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa (sygn. KIO 1233/13)**
w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta Eko Serwis Sp. z o.o., ul. Łąkoszyńska 127, 99-300 Kutno** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1232/13 i KIO 1233/13 po stronie zamawiającego;
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania - Łódź Sp. z o.o., SITA POLSKA Sp. z o.o., ul. Tokarzewskiego 2, 91-842 Łódź** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1232/13 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Łodzi-Sektor Górna". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 9 marca 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 049-080020.

Odwołujący Remondis sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy oraz wykonawcy, którego oferta zajęła drugą pozycję; zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz ich wyjaśnienia wykonawców, których oferty znalazły się w rankingu ofert wyżej niż oferta Odwołującego; zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy: 1. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania - Łódź sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi i SITA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanych dalej: „Konsorcjum SITA”), mimo iż wykonawca ten nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert; art. 24b ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2d Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SITA mimo, iż nie złożyło ono listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej dotyczącej Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania - Łódź sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ewentualnie: art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2d Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum SITA do uzupełnienia ww. listy; art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SITA, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje co do przynależności do grupy kapitałowej; art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 22 ust. 4 poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum SITA oraz wykonawcy Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta Eko Serwis sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie (dalej: „Eko Serwis”), mimo iż wykonawcy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia ewentualnie, art. 26 ust. 3 i 4 poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum SITA i Eko Serwis do wyjaśnień/uzupełnienia dokumentów w ww. zakresie; art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z §1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia 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 (dalej: „rozporządzenie o dokumentach”) poprzez zaniechanie wykluczenia Eko Serwis i Konsorcjum Sita, mimo iż wykonawcy Ci wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia ewentualnie, art. 26 ust. 3 i 4 poprzez zaniechanie wezwania Eko Serwis i Konsorcjum Sita do wyjaśnień/uzupełnienia

dokumentów w ww. zakresie; art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 22 ust. 5 Pzp oraz w związku z §1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia o dokumentach poprzez zaniechanie wykluczenia Eko Serwis, mimo iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, ewentualnie, art. 26 ust. 3 i 4 poprzez zaniechanie wezwania Eko Serwis do wyjaśnień/uzupełnienia dokumentów w ww. zakresie; art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu; unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia wykonawców Konsorcjum SITA i Eko Serwis; ewentualnie wezwanie wykonawców do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów; dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W dniu 13 maja 2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. W ocenie Odwołującego wybór ofert złożonych przez Konsorcjum SITA i Eko Serwis został dokonany z naruszeniem przepisów Pzp, gdyż oferty ww. wykonawców nie powinny podlegać ocenie jako złożone przez wykonawców wykluczonych z postępowania.

Zarzut dotyczący nie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum SITA oraz Eko Serwis.

Zgodnie z pkt 5.1.2 SIWZ Wykonawca powinien wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje główne usługi polegające na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w tym: 3 usługi, z których każda była wykonana lub jest wykonywana w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy i które to usługi obejmowały odbiór odpadów komunalnych o łącznej masie co najmniej 8 000 Mg.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający postawił warunek dotyczący rodzaju usługi, okresu jej wykonywania oraz skali (masy odebranych odpadów). Przy czym, kryteria te dotyczyły odrębnie każdej z 3 usług wskazywanych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zatem każda z trzech wskazanych usług powinna charakteryzować się okresem trwania co najmniej 12 miesięcy oraz odebraną masą odpadów w ilości 8 000 Mg (w tym okresie). Zdaniem Odwołującego, przyjęcie możliwości wykazania się 3 usługami, które dopiero po zsumowaniu ilości odpadów komunalnych odebranych w ciągu 12 miesięcy w ramach każdej z nich, osiągną wartość zaledwie 8 000 Mg oznaczałoby, że warunek został skonstruowany w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a więc naruszający

art. 22 ust. 4 Pzp, taka interpretacja warunku oznaczałaby że Zamawiający żąda wykazania się jedynie doświadczeniem na poziomie 10% przedmiotu zamówienia.

Usługi wskazane w ofertach Eko Serwis i Konsorcjum SITA nie są zatem, zdaniem Odwołującego, wystarczające dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż wykonawcy ci nie wskazali 3 usług, w ramach których ilość odpadów komunalnych odebranych w okresie 12 kolejnych miesięcy wyniosłaby co najmniej 8 000 Mg.

Zarzut dotyczący nie wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia przez Konsorcjum SITA

W pkt 6.1.3 SIWZ, Zamawiający określił, iż w celu oceny spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć wykaz wykonanych usług (zgodnie ze wzorem Zamawiającego) oraz dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający żądał przy tym załączenia wykazu głównych usług oraz wskazanie 3 usług wykazywanych przez Wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Dla każdej usługi wskazanej w wykazie głównych usług, Wykonawca miał obowiązek załączyć (a Zamawiający - zweryfikować wykonanie tego obowiązku) dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tych usług. Dokumenty te, bez określenia ich szczególnej treści, powinny jednak w sposób jednoznaczny umożliwiać identyfikację wykonanej bądź wykonywanej usługi oraz potwierdzać zakres jej należytego wykonania.

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum SITA nie wykazało w sposób prawidłowy spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż do oferty nie załączono dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazanej w poz. 4 Wykazu głównych usług (usługa wykonywana na rzecz AN „Kamińskiego”). Dokumenty załączone w celu potwierdzenia należytego wykonania usług wskazanych w poz. 1 i 2 Wykazu 3 usług (str. 25 i 26 oferty) nie są opatrzone datą. Brak wskazania daty wystawienia ww. dokumentów w ocenie Odwołującego nie pozwala na weryfikację, jakiego okresu dotyczy potwierdzenie należytego wykonania usług oraz czy dokument został prawidłowo wystawiony i czy jest on wiarygodny. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, należało uznać, iż Konsorcjum SITA nie wykazało w sposób wystarczający, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu określone nie tylko przez Zamawiającego, ale przede wszystkim przez przepisy ustawy Pzp i rozporządzenia o dokumentach. Wskazane braki w ofercie Konsorcjum SITA wymagają ich skorygowania, jednakże Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do uzupełnień/wyjaśnień w tym zakresie.

Zarzut dotyczący nie wniesienia wadium przez Konsorcjum SITA.

W pkt 8 SIWZ, Zamawiający określił wymagania dotyczące wadium, dookreślając dodatkowo, iż: „W przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie poręczenia lub gwarancji, dokumenty te powinny być sporządzone zgodnie z obowiązującym prawem i zawierać co najmniej: nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta poręczenia/gwarancji (Zamawiającego), poręczyciela/gwaranta, oraz wskazanie ich siedzib, określenie wiarygodności, która ma być zabezpieczona poręczeniem/gwarancją, kwotę wadium, termin ważności poręczenia/gwarancji - nie krótszy niż termin związania ofertą, zobowiązanie poręczyciela/gwaranta do zapłacenia kwoty wadium bezwarunkowo na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w sytuacji, gdy Wykonawca: w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie; którego ofertę wybrano odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie lub nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.” Odwołujący wskazał, że gwarancja załączona do oferty Konsorcjum SITA nie spełnia wymagań dotyczących wadium wnoszonego w formie gwarancji ubezpieczeniowej, gdyż nie określa w sposób odpowiedni Wykonawcy, którego działania mogą powodować powstanie roszczenia wypłaty kwoty gwarancji po stronie Zamawiającego. Z załączonego do oferty dokumentu gwarancji wynika, iż dotyczy ona jedynie jednego z dwóch wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie, tj. Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Łódź sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, natomiast gwarancja nie obejmuje drugiego z podmiotów - SITA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący podniósł, że z treści gwarancji ubezpieczeniowej załączonej do oferty Konsorcjum SITA nie wynika, iż zabezpiecza ona ofertę złożoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - w żadnym miejscu gwarancji nie znajduje się jakakolwiek wzmianka o tym, iż Wykonawca bierze lub może brać udział w przetargu wspólnie z innymi wykonawcami. Nie można zatem zobowiązania zaciągniętego przez gwaranta interpretować rozszerzająco zwłaszcza w kontekście charakteru tego zobowiązania. Odwołujący argumentował, że aby gwarancja wadium w pełni zapewniała interesy Zamawiającego powinna określać wszystkie sytuacje, w których gwarant zobowiązany jest do zapłaty wadium. Warunek powyższy nie jest spełniony gdy w gwarancji wadium został wymieniony tylko jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zarzut dotyczący listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej Konsorcjum

SITA.

W pkt 6.6 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wraz z ofertą złożył listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, obowiązek ten dotyczył każdego z tych wykonawców (pkt 6.7 SIWZ). Odwołujący podniósł, że na stronie 70 oferty Konsorcjum SITA znajduje się informacja Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania - Łódź sp. z o.o., iż spółka nie należy do grupy kapitałowej. Informacja ta, zdaniem Odwołującego, nie jest prawdziwa, gdyż z odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego tej spółki wynika, iż jako członek tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), dalej: „UOKiK”, do której odsyła art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, powinno zostać wskazane co najmniej Miasto Łódź - jedyny wspólnik tej spółki, a także inne spółki kontrolowane przez Gminę.

Odwołujący argumentował, że „Zgodnie z art. 4 pkt 14 UOKiK przez „grupę kapitałową” rozumie się *„wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.”* Z perspektywy językowej wykładni przepisu art. 4 pkt 14 UOKiK, aby można mówić o grupie kapitałowej musi zachodzić sytuacja kiedy jeden przedsiębiorca kontroluje drugiego przedsiębiorcę. Zarówno Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania - Łódź sp. z o.o., jak i w tym wypadku - gmina Miasto Łódź, są przedsiębiorcami w rozumieniu przepisów UOKiK. Zachodzi również sytuacja bezpośredniej kontroli jednego przedsiębiorcy przez drugiego, bowiem gmina jest jedynym udziałowcem spółki. Gmina działając w sferze cywilnoprawnej może być uznana za przedsiębiorcę w świetle przepisów UOKiK, a taką sferą jest obszar zamówień publicznych. O cywilnoprawnym charakterze regulacji Prawa zamówień publicznych świadczy niewątpliwie cywilny charakter umowy o zamówienie publiczne, jak również odpowiednie stosowanie przepisów prawa cywilnego materialnego i procesowego. Za przedsiębiorcę w rozumieniu UOKiK, zgodnie z art. 4 pkt 1a ustawy, uznaje się poza tym również: „osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej”. Obszar utrzymywania porządku i gospodarowania odpadami należy do sfery usług o charakterze użyteczności publicznej. O gminie jako przedsiębiorcy mówi na str. 78-83 Raport UOKiK, Konkurencja na polskim rynku usług odbioru odpadów komunalnych z lutego 2012r. W raporcie pojęcie przedsiębiorcy wymieniane jest zamiennie w odniesieniu do gminy i gminnych osób prawnych. Raport traktuje gminę jako przedsiębiorcę działającego za pośrednictwem gminnej osoby prawnej co może dawać podstawy do traktowania zarówno gminy jak też gminnej osoby prawnej

działającej na rynku odpadów komunalnych jako grupy kapitałowej w myśl UOKiK. W raporcie, w sytuacji gdy gmina posiada pełną kontrolę decyzyjną nad przedsiębiorstwem działającym na rynku (w tym jako spółka kapitałowa), gmina jest nazywana samodzielnym przedsiębiorcą (str. 80, 84). Zasadnym jest więc uznanie gminy i spółki MPO - Łódź sp. z o.o. nad którą sprawuje ona kontrolę za podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej. Oświadczenie, że gminna spółka kapitałowa nie należy do grupy kapitałowej w myśl przepisów UOKiK, a tym samym załączenie do oferty informacji o braku przynależności do grupy kapitałowej, stanowi w tym kontekście informację nieprawdziwą.”

Zarzut dotyczący nie wykazania spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia przez Wykonawcę Eko Serwis.

W pkt 5.1.2. SIWZ Zamawiający określił, iż aby spełnić warunek posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje główne usługi polegające na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w tym: 3 usługi, z których każda była wykonana lub jest wykonywana w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy i które to usługi obejmowały odbiór odpadów komunalnych o łącznej masie co najmniej 8 000 Mg.

W pkt 6.1.3 SIWZ, Zamawiający określił, iż w celu oceny spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć wykaz wykonanych usług (zgodnie ze wzorem Zamawiającego) oraz dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający żądał przy tym załączenia wykazu głównych usług oraz wskazania 3 usług wykazywanych przez Wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym, załączone do oferty dowody mają w sposób wyraźny wskazywać, iż usługi, których dotyczą zostały lub są wykonywane należycie. Zdaniem Odwołującego, z załączonego na stronie 68 oferty Eko Serwis poświadczenia wystawionego przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie nie wynika, iż usługa była wykonywana należycie. Treść dokumentu odnosi się jedynie do właściwości wykonawcy, natomiast nie potwierdza iż świadczone usługi były wykonywane należycie.

Zarzut dotyczący nie wykazania spełniania warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej przez Eko Serwis.

W celu wykazania spełniania warunku posiadania zdolności finansowej i ekonomicznej, Zamawiający wymagał m.in. wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 5 mln zł. Na potwierdzenie spełniania tego warunku, Zamawiający żądał przedstawienia informacji banku

lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący wskazał, że do oferty Eko Serwis została dołączona opinia o kliencie wystawiona przez Bank Pekao S.A. (str. 136 oferty), jednakże jej treść nie potwierdza jednoznacznie posiadania przez Eko Serwis środków finansowych lub zdolności kredytowej. Zdaniem Odwołującego, stwierdzenie, iż „Na podstawie złożonych sprawozdań, Bank pozytywnie ocenia sytuację ekonomiczną Klienta oraz jego płynność finansową i zdolność kredytową w kwocie przekraczającej 5.000.000 zł” jest niewystarczające dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie. W ocenie Odwołującego, „Pozytywna ocena płynności finansowej i zdolności kredytowej” nie oznacza, iż Eko Serwis posiada tę zdolność lub środki finansowe w wymaganej wysokości. Odwołujący argumentował, że: „Pozytywna ocena sytuacji ekonomicznej wykonawcy nie jest wystarczająca dla celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdzie Zamawiający (stosując się do przepisów rozporządzenia o dokumentach) jasno określił kryteria oceny spełnienia tych warunków. Wymagane było potwierdzenie, iż wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową nie mniejszą niż wskazana kwota. Przedstawiona opinia potwierdza jedynie pozytywną ocenę sytuacji ekonomicznej, a następnie odnosi się do płynności finansowej (nie jest to samo, co „środki finansowe” i wskaźnik ten nie podlegał ocenie z punktu widzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu) i zdolności kredytowej w kwocie przekraczającej minimalną kwotę wymaganą przez Zamawiającego. Takie sformułowanie, zdaniem Odwołującego, nie pozwala na jednoznaczną ocenę prawidłowości spełnienia warunków, jak również co najmniej budzi wątpliwości, co do faktycznego dysponowania przez Eko Serwis wskazanymi środkami finansowymi lub zdolnością kredytową. W szczególności, załączone do oferty sprawozdanie finansowe za ostatni rok obrotowy 2012, na którym Bank oparł swoją ocenę, nie potwierdza posiadania przez Eko Serwis środków finansowych na wymaganym poziomie. Struktura bilansu (str. 64 oferty) wskazuje, iż w bilansie na dzień 31.12.2012 r., pozycja „inwestycje krótkoterminowe”, która obejmuje między innymi środki finansowe, nie przekroczyła wartości 800 000 zł. Wobec niejednoznacznej treści załączonej do oferty informacji banku, Zamawiający był zatem zobowiązany do wezwania Eko Serwis do uzupełnienia ww. dokumentu.”

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Odnosząc się do zarzutu braku wniesienia wadium Zamawiający zwrócił uwagę, iż wadium może być uznane za skutecznie wniesione jedynie wówczas, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom prawa zamówień publicznych. Jeżeli w treści gwarancji dokonano wyszczególnienia okoliczności uprawniających do wystąpienia z żądaniem zapłaty wadium, które wypełnia w pełni katalog przesłanek

zatrzymania wadium, to nie ma podstaw do przyjęcia, iż nie zabezpiecza ona roszczenia Zamawiającego. Dodatkowo w przypadku, gdy ofertę składa kilku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a zabezpieczająca taką ofertę gwarancja wadialna wystawiona została tylko na jednego z nich lub na mniej podmiotów, niż złożyło ofertę, to oferta jest skutecznie zabezpieczona wadium. Wynika to z solidarnej odpowiedzialności podmiotów składających wspólnie ofertę.

W ocenie Zamawiającego, Konsorcjum SITA - MPO Sp. z o.o. złożyło prawidłowe oświadczenie w zakresie przynależności do grupy kapitałowej. W ocenie Zamawiającego niezasadny jest również zarzut złożenia nieprawdziwego oświadczenia z uwagi na fakt, iż gmina nie tworzy ze spółką komunalną MPO Sp. z o.o. grupy kapitałowej.

Jak podkreślił Zamawiający, definicja grupy kapitałowej przesądza, że tworzą ją wszyscy przedsiębiorcy, którzy są pośrednio lub bezpośrednio kontrolowani przez jednego przedsiębiorcę wraz z tym przedsiębiorcą - określanym w Ustawie przedsiębiorcą dominującym. Zgodnie z art. 4 pkt. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pod pojęciem pozycji dominującej należy rozumieć taką pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Przepis ten zawiera domniemanie prawne, zgodnie z którym przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40 proc. Zamawiający ocenił, że w przedmiotowej sprawie Gmina, organizując przetarg na odbiór odpadów, nie uzyskuje statusu przedsiębiorcy dominującego. Sam bowiem fakt, że gmina jest udziałowcem spółki komunalnej, nie powoduje powstania grupy kapitałowej w rozumieniu w/w przepisu. W tym przypadku gmina wykonuje ustawowy obowiązek zlecenia wykonywania zadania własnego w zakresie gospodarki odpadami komunalnemu podmiotowi wybranemu w drodze procedury udzielenia zamówień publicznych. W tym zakresie nie można więc mówić, iż działa ona jako przedsiębiorca dominujący. Zamawiający argumentował, że gmina nie może prowadzić działalności wykraczającej poza zakres jej zadań własnych i co najwyżej może powierzyć realizację swoich zadań własnej spółce komunalnej lub może utworzyć taką spółkę. Z tego też powodu w takim ujęciu to nie gmina będzie miała status przedsiębiorcy, o którym mowa w definicji grupy kapitałowej, lecz dopiero utworzona przez gminę spółka komunalna lub jej podmiot. Zamawiający dodał także, że z faktu, iż gmina jest 100% udziałowcem spółki kapitałowej oraz że w pewnych przypadkach gmina może zostać uznana za przedsiębiorcę w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie można wywodzić skutku w postaci istnienia grupy kapitałowej. Fakt bycia właścicielem spółki nie może decydować o istnieniu takiej grupy, a już na pewno nie przesądza o spełnieniu przez gminę definicji przedsiębiorcy dominującego.

Zamawiający nie zgodził się także z przyjętą przez Odwołującego interpretacją warunku udziału postawionego w zakresie wiedzy i doświadczenia. W treści wyjaśnień udzielonych na zapytanie jednego z wykonawców, Zamawiający wskazał, iż wykonawcy przedstawiając w wykazie wykonane usługi w zakresie odbioru odpadów komunalnych muszą wykazać, iż łączna masa odebranych odpadów w ramach tych 3 usług była równa lub większa niż 8.000Mg. Nieuprawnione zdaniem Zamawiającego jest twierdzenie Odwołującego, iż obowiązek wykazania się odbiorem odpadów na poziomie 8.000 Mg dotyczył każdej z 3 usług oddzielnie. W ocenie Zamawiającego, użycie zwrotu „o łącznej masie” wskazuje, iż dotyczyło to sumy wszystkich mas odebranych odpadów w ramach zrealizowanych 3 usług. Podkreślił, że wskazany przez niego próg przewidywanych ilości odbieranych w skali roku odpadów nie może być interpretowany jako dowód potwierdzający prawidłowość sposobu interpretacji warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia przez odwołującego. Podane wartości służyły jedynie jako informacja określająca potencjalne ilości, które pozwalały wykonawcom na dokonanie kalkulacji ceny oferty. Ponadto wskazuje to, iż postawienie wymogu aby łączna masa odebranych odpadów w ramach 3 usług była nie mniejsza niż 8.000 Mg stanowiło postawienie warunku proporcjonalnego do zakresu przedmiotu zamówienia.

Sygn. KIO 1233/13

Zamawiający Miasto Łódź prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Łodzi-Sektor Bałuty”. Odwołujący Remondis sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej; zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy; zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień; zaniechania wybrania oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 22 ust. 4 poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta Eko Serwis sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie (dalej: „Eko Serwis”), mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia ewentualnie, art. 26 ust. 3 i 4 poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień/uzupełnienia dokumentów w ww. zakresie; art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 22 ust. 5 Pzp oraz w związku z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia o dokumentach poprzez zaniechanie wykluczenia Eko Serwis, mimo iż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, ewentualnie, art. 26 ust. 3 i 4 poprzez zaniechanie wezwania Eko Serwis do wyjaśnień/uzupełnienia

dokumentów w ww. zakresie; art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł, o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; 2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia wykonawcy Eko Serwis ewentualnie wezwanie Eko Serwis do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów przedłożonych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

W dniu 13 maja 2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. W ocenie Odwołującego z analizy oferty złożonej przez Eko Serwis wynika, iż wybór został dokonany z naruszeniem przepisów Pzp, gdyż oferta ww. wykonawcy powinna zostać uznana za odrzuconą jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

Zarzut dotyczący nie wykazania spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia przez Eko Serwis.

W pkt 5.1.2. SIWZ Zamawiający określił, iż aby spełnić warunek posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje główne usługi polegające na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w tym: 3 usługi, z których każda była wykonana lub jest wykonywana w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy i które to usługi obejmowały odbiór odpadów komunalnych o łącznej masie co najmniej 10 000 Mg.

Zdaniem Odwołującego, każda z trzech wskazanych usług powinna charakteryzować się okresem trwania co najmniej 12 miesięcy oraz odebraną masą odpadów w ilości 10 000 Mg w tym okresie. Zdaniem Odwołującego, przyjęcie możliwości wykazania się 3 usługami, które dopiero po zsumowaniu ilości odpadów komunalnych odebranych w ciągu 12 miesięcy w ramach każdej z nich, osiągną wartość zaledwie 10 000 Mg oznaczałoby że warunek został skonstruowany w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia (na poziomie ok 10% przedmiotu zamówienia), a więc naruszający art. 22 ust. 4 Pzp. Z tego też względu Odwołujący stwierdził, że usługi wskazane w ofercie Eko Serwis nie są wystarczające dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż wykonawca ten nie wskazał 3 usług, w ramach których ilość odpadów komunalnych odebranych w okresie 12 kolejnych miesięcy wyniosłaby co najmniej 10 000 Mg.

W pkt 6.1.3 SIWZ, Zamawiający określił, iż w celu oceny spełniania warunku dotyczącego

posiadania wiedzy i doświadczenia, Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć wykaz wykonanych usług (zgodnie ze wzorem Zamawiającego) oraz dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający żądał przy tym załączenia wykazu głównych usług oraz wskazania 3 usług wykazywanych przez Wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że z załączonego na stronie 68 oferty Eko Serwis poświadczenia wystawionego przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie nie wynika, iż usługa była wykonywana należycie. Treść dokumentu odnosi się jedynie do właściwości wykonawcy, natomiast nie potwierdza iż świadczone usługi były wykonywane należycie.

Zarzut dotyczący nie wykazania spełniania warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej przez Eko Serwis.

W celu wykazania spełniania warunku posiadania zdolności finansowej i ekonomicznej, Zamawiający wymagał m.in. wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 5 mln zł. Na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający żądał przedstawienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem składania ofert.

Odwołujący wskazał, że do oferty Eko Serwis została dołączona opinia o kliencie wystawiona przez Bank Pekao S.A. (str. 136 oferty), jednakże jej treść nie potwierdza jednoznacznie posiadania przez Eko Serwis środków finansowych lub zdolności kredytowej. Zdaniem Odwołującego, stwierdzenie, iż *„Na podstawie złożonych sprawozdań, Bank pozytywnie ocenia sytuację ekonomiczną Klienta oraz jego płynność finansową i zdolność kredytową w kwocie przekraczającej 5.000.000 zł”* jest niewystarczające dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie. Odwołujący argumentował, że *„Pozytywna ocena płynności finansowej i zdolności kredytowej”* nie oznacza, iż Eko Serwis posiada zdolność kredytową lub środki finansowe w wymaganej wysokości. Pozytywna ocena sytuacji ekonomicznej wykonawcy nie jest wystarczająca dla celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdzie Zamawiający (stosując się do przepisów rozporządzenia o dokumentach) jasno określił kryteria oceny spełniania tych warunków. Wymagane było potwierdzenie, iż wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową nie mniejszą niż wskazana kwota. Przedstawiona opinia potwierdza jedynie pozytywną ocenę sytuacji ekonomicznej, a następnie odnosi się do płynności finansowej (nie jest to to samo, co „środki finansowe” i wskaźnik ten nie podlegał ocenie z punktu widzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu) i zdolności kredytowej w kwocie

przekraczającej minimalną kwotę wymaganą przez Zamawiającego. Takie sformułowanie nie pozwala na jednoznaczną ocenę prawidłowości spełniania warunków, jak również co najmniej budzi wątpliwości, co do faktycznego dysponowania przez Eko Serwis wskazanymi środkami finansowymi lub zdolnością kredytową. W szczególności, załączone do oferty sprawozdanie finansowe za ostatni rok obrotowy 2012, na którym Bank oparł swoją ocenę, nie potwierdza posiadania przez Eko Serwis środków finansowych na wymaganym poziomie. Struktura bilansu (str. 64 oferty) wskazuje, iż w bilansie na dzień 31.12.2012 r., pozycja „inwestycje krótkoterminowe”, która obejmuje między innymi środki finansowe, nie przekroczyła wartości 800 000 zł. Wobec niejednoznacznej treści załączonej do oferty informacji banku, Zamawiający był zatem zobowiązany do wezwania Eko Serwis do uzupełnienia ww. dokumentu, a w przypadku niedopełnienia tego obowiązku - do wykluczenia Eko Serwis z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.”

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. W jego ocenie wbrew twierdzeniom Odwołującego, wykonawca Spółka z o.o. Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta Eko Serwis z siedzibą w Kutnie, wykazał, że spełnia warunek określony w pkt. 5.1.2. SIWZ, to jest wykazał, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje główne usługi polegające na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w tym: 3 usługi, z których każda była wykonana lub jest wykonywana w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy i które to usługi obejmowały odbiór odpadów komunalnych o łącznej masie co najmniej 10 000 Mg. Wskazał, że nie wymagał, aby wykonawca wykazał, że wykonał 3 usługi, a każda z nich powinna dotyczyć 10 000 Mg, bowiem wówczas Zamawiający opisałby warunek określony w pkt. 5.1.2. SIWZ na łączną masę 30 000 Mg, a nie łącznie 10 000 Mg.

Zamawiający uznał, że warunek udziału w postępowaniu odnośnie wiedzy i doświadczenia, tj. ilości odebranych odpadów stanowi ponad 10% zakresu przedmiotu zamówienia, jest wystarczający - adekwatny do zamówienia, a jednocześnie umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji i złożenie większej ilości równoważnych ofert. Zbyt wygórowany warunek udziału w postępowaniu zawęziłby konkurencję i uniemożliwiłby złożenie większej ilości ofert przez Wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego naruszenia § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane Zamawiający stwierdził, że ani ustawa, ani przepisy wykonawcze nie określają treści poświadczeń. Poświadczenie ma jedynie pozwolić Zamawiającemu na jednoznaczną interpretację, że usługi były lub są

wykonywane należycie. Jeśli Zamawiający na podstawie złożonych poświadczeń powziąłby wątpliwość, że zamówienie zostało wykonane należycie, może, zgodnie z treścią §1 ust. 5 rozporządzenia, zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który owo poświadczenie wystawił.

Zamawiający w treści odpowiedzi na odwołanie, odnosząc się do zarzutu niewykazania spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej przez Wykonawcę Eko Serwis Sp. z o.o. wskazał, że „Odwołujący w sposób nieuprawniony łączy warunek wskazany w §1 ust. 1 pkt 10 z bilansem, a którym mowa w pkt. 9 przywołanego Rozporządzenia. Sprawozdanie finansowe nie odnosi się do zdolności kredytowej wykonawcy, lecz określa obroty, zobowiązania i należności wykonawcy. Zamawiający nie bada zdolności kredytowej Wykonawcy na podstawie badania sprawozdania finansowego, lecz jedynie na podstawie informacji -dokumentu pochodzącego z banku, co wynika wprost z § 1 ust. 1 pkt 10 Rozporządzenia.” Zdaniem Zamawiającego, stanowisko Odwołującego jest również sprzeczne z literalną treścią dokumentu, zgodnie z którym „Bank pozytywnie ocenia sytuację ekonomiczną klienta oraz jego płynność finansową i zdolność kredytową w kwocie przekraczającej 5.000.000 zł. Zamawiający stwierdził, że analiza tego dokumentu pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że wykonawca posiada zdolność kredytową w kwocie co najmniej 5.000.000 zł.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu. W przypadku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Sygn. KIO 1232/13

Za bezzasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczący braku skutecznego wniesienia wadium przez Wykonawcę Konsorcjum SITA. Wadium wniesione przez Konsorcjum SITA odpowiada wszystkim

wymaganiom Prawa zamówień publicznych oraz SIWZ. Izba zauważa, że załączona do oferty wykonawcy Konsorcjum SITA gwarancja ubezpieczeniowa jest wystawiona na Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Łódź sp. z o.o., a więc jednego z Konsorcjantów, jednakże w jej treści wskazane jest niniejsze postępowanie, wymieniona nazwa „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Łodzi – Sektor Górna”. Z tego też względu nie ma żadnej wątpliwości co do okoliczności, jakiego postępowania (w tym także której z części zamówienia) dotyczy wniesione wadium. Tym samym zabezpieczony został interes Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Bez znaczenia w ocenie Izby pozostaje okoliczność, że Wykonawca MPO Łódź sp. z o.o. samodzielnie składał ofertę w innych częściach postępowania na odbiór odpadów. W treści gwarancji wadium wyraźnie został określony przedmiot, nazwa postępowania, która umożliwi identyfikację postępowania (części).

W treści gwarancji dokonano wyszczególnienia okoliczności uprawniających do wystąpienia z żądaniem zapłaty wadium, które wypełnia w pełni katalog przesłanek zatrzymania wadium, określony w ustawie Prawo zamówień publicznych. Skoro zaś gwarancja zgodnie z wymogami ustawowymi określa okoliczności, w których możliwe jest zażądanie zapłaty wadium przez Zamawiającego, to nie ma podstaw do przyjęcia, iż nie zabezpiecza ona roszczenia Zamawiającego.

W ocenie Izby, w przypadku, gdy ofertę składa kilku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a zabezpieczająca taką ofertę gwarancja wadium wystawiona została tylko na jednego z nich lub nie została wystawiona na wszystkie podmioty, które wspólnie złożyły ofertę, to oferta jest skutecznie zabezpieczona wadium. Wynika to z solidarnej odpowiedzialności podmiotów składających wspólnie ofertę.

W niniejszym postępowaniu, podmiot wymieniony w treści gwarancji, tj. MPO sp. z o.o., przyjmuje solidarną odpowiedzialność za działania drugiego wykonawcy, który wspólnie z wykonawcą MPO sp. z o.o. złożył ofertę w tym postępowaniu. Wobec wprowadzenia solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów nie można uznać więc, iż złożony dokument wadium jest wadliwy. Wobec przyjęcia właśnie takiej konstrukcji odpowiedzialności konsorcjantów, interesy i roszczenia zamawiającego zostały zabezpieczone, a tym samym cel, jakemu ma służyć wadium, został w całości osiągnięty.

Odwołujący podnosił, że na stronie 70 oferty Konsorcjum SITA znajduje się informacja Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania - Łódź sp. z o.o., iż spółka nie należy do grupy kapitałowej. Informacja ta, zdaniem Odwołującego, nie jest prawdziwa. Odwołujący sformułował zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Izby zarzut ten jest nieuzasadniony. W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje, a nawet gdyby je podał, to

Odwołujący nie wykazał, że informacje te miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z treścią 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Z przepisu tego wynika wyraźnie, że tylko informacja nieprawdziwa, która ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania stać się może podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Odwołujący nie wykazał wpływu na wynik postępowania. Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Łódź sp. z o.o. jako członek konsorcjum (SITA – MPO) złożył ofertę w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał, aby ofertę w niniejszym postępowaniu złożył także inny podmiot należący do grupy kapitałowej, do której należeć ma także Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Łódź sp. z o.o. Z tego też względu nie zachodzi podstawa do wykluczenia wykonawcy także na podstawie art. 22 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym skoro w postępowaniu nie bierze udział żaden inny podmiot należący do tej samej grupy kapitałowej co Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Łódź sp. z o.o., to informacja dotycząca ewentualnej przynależności tego wykonawcy do grupy kapitałowej wraz z Zamawiającym w niniejszym postępowaniu jest indyferentna. Nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Sam Odwołujący nie podał okoliczności, która mogła mieć lub miała wpływ na postępowanie. Na marginesie Izba wskazuje, że wykonawca MPO Łódź sp. z o.o. złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Prawo zamówień publicznych, zatem w tym zakresie nie podlegał wykluczeniu z postępowania. Dodatkowo należy podnieść, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający występuje w roli regulatora rynku, gdyż zobowiązany jest zorganizować system odbioru odpadów komunalnych. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 stycznia 2012 roku (III SK 17/08) stwierdził, że „Gmina nie występuje na ustalonym rynku właściwym w pozycji przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w sytuacji gdy wykonuje zadania własne w zakresie między innymi wysypisk oraz unieszkodliwiania odpadów komunalnych (por. art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym – t.j. Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1591 ze zm.) w ten sposób, że powierza realizację tych zadań innemu podmiotowi prawnemu będącemu spółką handlową z ograniczoną odpowiedzialnością. Taki sposób realizacji zadań gminy jest przewidziany w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2005 r. nr 236, poz. 2008 ze zm.).” W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał także, aby MPO Łódź sp. z o.o. należał do grupy kapitałowej Zamawiającego. W związku z powyższymi okolicznościami, Izba uznała zarzut Odwołującego za bezzasadny.

Odwołujący podniósł także zarzut, że dokumenty załączone do oferty Wykonawcy

Konsorcjum SITA w celu potwierdzenia należytego wykonania usług wskazanych w poz. 1 i 2 Wykazu 3 usług (str. 25 i 26 oferty) nie są opatrzone datą. Brak wskazania daty wystawienia ww. dokumentów, zdaniem Odwołującego, nie pozwala na weryfikację, jakiego okresu dotyczy potwierdzenie należytego wykonania usług oraz czy dokument został prawidłowo wystawiony i czy jest on wiarygodny. Izba ustaliła, że przedmiotowe dokumenty zostały wystawione przez Spółdzielnię Mieszkaniową „Osiedle Młodych” oraz Spółdzielnię Mieszkaniową Dąbrowa.

W ocenie Izby nie można się zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, iż załączone przez Wykonawcę poświadczenia nie potwierdzają należytego wykonania usługi. Referencje zawierają informacje niezbędne dla Zamawiającego do zweryfikowania spełnienia przez Konsorcjum Przystępującego warunku wiedzy i doświadczenia. W treści referencji wskazano co było przedmiotem usługi i wyszczególniono dokładnie okresy w jakich miała miejsce realizacja, a także dodatkowo wskazano ilość odebranych odpadów, zatem istnieje możliwość zweryfikowania usługi pod kątem niezbędnych informacji koniecznych do oceny warunku udziału w postępowaniu. Określenie daty wystawienia referencji nie ma więc żadnego znaczenia dla zakresu informacji w nich zawartych i nie uniemożliwia tym samym w żaden sposób oceny przez Zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Treść dokumentów wskazuje, iż zrealizowane przez tego wykonawcę umowy były realizowane prawidłowo (starannie, profesjonalnie, z należytą starannością). Dodatkowo Izba zauważa, że dokument referencji nie jest sformalizowany - wydawany jest grzecznościowo, nie musi zawierać szczegółowego wyspecyfikowania zleconych prac, ich wartości oraz dat wykonania. Istotne jest, że wystawca referencji wskazał wykonawcę oraz usługę, która została zrealizowana, jak również zaświadczył o jej prawidłowym wykonaniu.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak wezwania Konsorcjum SITA do uzupełnienia referencji dotyczących wykonania usługi odbioru odpadów zrealizowanej dla AN „Kamińskiego”. Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 6.1.3.1 SIWZ każdy wykonawca był zobowiązany do dołączyć do oferty wykaz zrealizowanych dostaw według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ. Załącznik składał się z dwóch wykazów: wykaz usług głównych oraz wykaz 3 usług, co do których Zamawiający określił w SIWZ szczegółowe wymagania. Stosownie do punktu 6.1.3.2 SIWZ każdy wykonawca był zobowiązany załączyć do oferty dowody potwierdzające, że usługi opisane w punkcie 5.1.2 SIWZ, a więc wymienione w wykazie nr 2 zostały wykonane należycie. Wykonawca Konsorcjum SITA przedstawił usługi wykonywane na rzecz AN Kamińskiego w wykazie nr 1. Zamawiający w SIWZ nie zawarł wymagania, aby dla usług wskazanych w tym wykazie (nr 1) konieczne było składanie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie. Dlatego też Zamawiający nie był zobowiązany do wzywania do

uzupełnienia dokumentów dotyczących wykonania usługi odbioru odpadów zrealizowanej dla AN Kamińskiego. W związku z powyższym Izba uznała zarzut za bezpodstawny.

Za bezzasadny Izba uznała także zarzut dotyczący braku wykazania przez Wykonawców Konsorcjum SITA i Eko Serwis sp. z o.o. spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Izba ustaliła, że Zamawiający w punkcie 5.1.2 SIWZ postawił warunek, aby wykonawcy, którzy ubiegają się o udzielenie zamówienia wykazali, że wykonali w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, „3 usług, z których każda była wykonana lub jest wykonywana w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy i które to usługi obejmowały odbiór odpadów komunalnych o łącznej masie co najmniej 8 000 Mg.” W ocenie Izby z literalnego brzmienia postawionego warunku wynika, że każdy wykonawca był zobowiązany do wykazania trzech usług, które będą łącznie obejmowały minimum 8 000 Mg. Nie jest dozwolone rozszerzanie literalnego brzmienia warunku SIWZ. Nawet gdyby uznać, że treść warunku jest niejasna, wątpliwości dotyczące treści SIWZ nie mogą być na obecnym etapie postępowania interpretowane na niekorzyść wykonawcy. Podkreślić należy, że także Odwołujący, choć jego oferta nie jest przedmiotem postępowania odwoławczego, złożył ofertę, z której wynika, że w podobny sposób jak pozostali wykonawcy rozumie treść warunku, a więc, że wykonawcy byli zobowiązani wykazać realizację trzech usług, które będą łącznie obejmowały minimum 8 000 Mg. Tym samym Wykonawca Konsorcjum SITA, który wykazał w ofercie wykonanie trzech usług, o łącznej ilości odpadów 27 865,77 Mg spełnił warunek udziału w postępowaniu. Wykonawca EKO Serwis wykazał w ofercie wykonanie trzech usług, o łącznej ilości odpadów które łącznie obejmowały minimum 8 000 Mg spełnił warunek udziału w postępowaniu. Użycie przez Zamawiającego zwrotu „o łącznej masie” wskazuje, iż dotyczyło to sumy wszystkich mas odebranych odpadów w ramach zrealizowanych 3 usług. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, takie rozumienie warunku przez Zamawiającego gwarantowało zrealizowanie obowiązku zapewnienia proporcjonalności stawianych wymogów i nie ograniczało w żadnym zakresie konkurencji. Wręcz przeciwnie, stanowiło otwarcie przetargu na szerszą grupę wykonawców, niż gdyby postawiony został wymóg w sposób, w jaki warunek udziału w postępowaniu interpretował Odwołujący. Postawienie wymogu dotyczącego masy odbieranych odpadów w odniesieniu do trzech zrealizowanych usług, a nie do każdej z tych usług oddzielenie spowodowało, że większa grupa wykonawców była w stanie spełnić wymogi Zamawiającego. Zamawiający zatem otworzył możliwość złożenia większej ilości ofert, rozszerzając konkurencję. W ocenie Izby nie można także doszukiwać się rozumienia treści warunku w jego proporcjonalności do opisu przedmiotu zamówienia. Należy bowiem przede wszystkim mieć na uwadze literalne brzmienie treści SIWZ.

Izba również oddaliła zarzut w zakresie niewykazania spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej przez Wykonawcę Eko Serwis Sp. z o.o.

Zgodnie z pkt. 5.1.5.2 Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych). Odwołujący podniósł, że z przedstawionej w ofercie opinii banku PeKaO S.A. nie wynika, aby Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta Eko Serwis Spółka z o.o. w Kutnie posiadała zdolność kredytową w kwocie co najmniej 5.000.000 zł. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego jest nieuprawnione. Zgodnie z literalną treścią dokumentu załączonego do oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta Eko Serwis Spółka z o.o.: „Bank pozytywnie ocenia sytuację ekonomiczną klienta oraz jego płynność finansową i zdolność kredytową w kwocie przekraczającej 5.000.000 zł.” Dokument wystawił bank, a więc instytucja, która udziela kredytów i jest właściwa do oceny zdolności kredytowej. Zdolność kredytowa przyznawana jest po dokonaniu odpowiedniego badania sytuacji podmiotu ubiegającego się o kredyt. Pozytywna ocena zdolności kredytowej na kwotę wskazaną w dokumencie wystawionym przez bank potwierdza, w ocenie Izby, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta Eko Serwis Spółka z o.o. może posiadać taką zdolność kredytową. W ocenie Izby analiza tego dokumentu pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta Eko Serwis Spółka z o.o. spełnił warunek wykazania, że posiada zdolność kredytową w kwocie co najmniej 5.000.000 zł, tym bardziej, że Odwołujący nie wykazał, aby Wykonawca ten takiej zdolności nie posiadał.

Sygn. KIO 1233/13

Izba za bezzasadny uznała zarzut nie wykazania spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej przez Wykonawcę Eko Serwis sp. z o.o. W pkt 5.1.2. SIWZ Zamawiający określił, iż aby spełnić warunek posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawca winien wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje główne usługi polegające na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w tym: 3 usługi, z których każda była wykonana lub jest wykonywana w sposób ciągły przez okres co najmniej 12 miesięcy i które to usługi obejmowały odbiór odpadów komunalnych o łącznej masie co najmniej 10 000 Mg. Zdaniem Odwołującego, każda z trzech wskazanych usług powinna charakteryzować się okresem trwania co najmniej 12 miesięcy oraz odebraną masą odpadów w ilości 10 000 Mg w tym okresie. W ocenie Izby z literalnego brzmienia postawionego warunku wynika, że każdy wykonawca był zobowiązany do wykazania trzech usług, które będą łącznie obejmowały minimum 10 000 Mg. Nie jest dozwolone rozszerzanie literalnego brzmienia warunku SIWZ. Nawet gdyby uznać, że treść warunku jest niejasna,

wątpliwości dotyczące treści SIWZ nie mogą być na obecnym etapie postępowania interpretowane na niekorzyść wykonawcy. Podkreślić należy, że także Odwołujący, choć jego oferta nie jest przedmiotem postępowania odwoławczego, złożył ofertę, z której wynika, że w podobny sposób jak pozostali wykonawcy rozumie treść warunku, a więc, że wykonawcy byli zobowiązani wykazać realizację trzech usług, które będą łącznie obejmowały minimum wymaganą przez Zamawiającego ilość. Tym samym Wykonawca EKO Serwis wykazał w ofercie wykonanie trzech usług, o łącznej ilości odpadów które łącznie obejmowały minimum 10 000 Mg spełnił warunek udziału w postępowaniu. Użycie przez Zamawiającego zwrotu „o łącznej masie” wskazuje, iż dotyczyło to sumy wszystkich mas odebranych odpadów w ramach zrealizowanych 3 usług. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, takie rozumienie warunku przez Zamawiającego gwarantowało zrealizowanie obowiązku zapewnienia proporcjonalności stawianych wymogów i nie ograniczało w żadnym zakresie konkurencji. Wręcz przeciwnie, stanowiło otwarcie przetargu na szerszą grupę wykonawców, niż gdyby postawiony został wymóg w sposób, w jaki warunek udziału w postępowaniu interpretował Odwołujący. Postawienie wymogu dotyczącego masy odbieranych odpadów w odniesieniu do trzech zrealizowanych usług, a nie do każdej z tych usług oddzielenie spowodowało, że większa grupa wykonawców była w stanie spełnić wymogi Zamawiającego. Zamawiający zatem otworzył możliwość złożenia większej ilości ofert, rozszerzając konkurencję. W ocenie Izby nie można także doszukiwać się rozumienia treści warunku w jego proporcjonalności do opisu przedmiotu zamówienia. Należy bowiem przede wszystkim mieć na uwadze literalne brzmienie treści SIWZ.

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane Izba zauważa, że ani ustawa, ani przepisy wykonawcze nie określają treści referencji. Odwołujący wskazywał, że z załączonych na stronie 68 oferty Eko Serwis referencji wystawionych przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie nie wynika, iż usługa była wykonywana należycie. Treść dokumentu odnosi się jedynie do właściwości wykonawcy, natomiast nie potwierdza iż świadczone usługi były wykonywane należycie. Izba zauważa, że referencje są dokumentem, który powinien pozwolić Zamawiającemu na ustalenie, że usługi zostały wykonane w sposób prawidłowy i należyty. W ocenie Izby o należyтым wykonaniu usługi może świadczyć użyte w treści referencji sformułowanie dotyczące np. braku zastrzeżeń co do wykonanej pracy, jak również dotyczące współpracy z wykonawcą. W niniejszym postępowaniu wystawca referencji użył sformułowania „W czasie dotychczasowej współpracy, która obejmuje okres od 1996 r EKO SERWIS wykazał się profesjonalizmem i znajomością zagadnień związanych

z odpadami. Bardzo dobra organizacja pracy daje nam gwarancję dobrej i skutecznej realizacji zleconych zadań.” a także: „Polecamy Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO SERWIS sp. z o.o. jako solidnego partnera w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi.” Wyżej wymienione sformułowania odnoszą się do rzetelności, solidności wykonawcy, co oznacza rzetelne wykonywanie usługi. Skoro wystawca referencji potwierdził, że wykonawca jest firmą profesjonalną, gwarantującą wysoki poziom usług i skutecznej realizacji zleconych zadań i jest partnerem solidnym, to w ocenie Izby wprost stwierdził, że usługi zostały wykonane należycie. Skoro bowiem wykonawca gwarantuje wysoki poziom usług i skutecznej realizacji zleconych zadań, to jest to stwierdzenie potwierdzające jakość świadczonych przez tego wykonawcę usług, gdyż tylko wykonawca rzetelny może należycie świadczyć usługi. Z treści referencji wynika, że jej wystawca jest zadowolony z partnera i współpracy z nim, a to oznacza, że usługi wykonywane na rzecz wystawcy referencji zostały zrealizowane w sposób zadowalający wystawcę referencji, a więc należycie. Należy także zauważyć, że forma i treść referencji nie jest zależna od wykonawcy i pochodzi od podmiotu trzeciego. Wykonawcy nie mają wpływu na jej treść.

Z powyższych względów Izba uznała powyższy zarzut za bezzasadny.

Izba również oddaliła zarzut w zakresie niewykazania spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej przez Wykonawcę Eko Serwis Sp. z o.o.

Zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował środkami finansowymi lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł (słownie: pięć milionów złotych). Odwołujący podniósł, że z przedstawionej w ofercie opinii banku PeKaO S.A. nie wynika, aby Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta Eko Serwis Spółka z o.o. w Kutnie posiadała zdolność kredytową w kwocie co najmniej 5.000.000 zł. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego jest nieuprawnione. Zgodnie z literalną treścią dokumentu załączonego do oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta Eko Serwis Spółka z o.o.: „Bank pozytywnie ocenia sytuację ekonomiczną klienta oraz jego płynność finansową i zdolność kredytową w kwocie przekraczającej 5.000.000 zł.” Dokument wystawił bank, a więc instytucja, która udziela kredytów i jest właściwa do oceny zdolności kredytowej. Zdolność kredytowa przyznawana jest po dokonaniu odpowiedniego badania sytuacji podmiotu ubiegającego się o kredyt. Pozytywna ocena zdolności kredytowej na kwotę wskazaną w dokumencie wystawionym przez bank potwierdza, w ocenie Izby, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta Eko Serwis Spółka z o.o. może posiadać taką zdolność kredytową. W ocenie Izby analiza tego dokumentu pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że Wykonawca Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta Eko Serwis Spółka z o.o. posiada zdolność kredytową w kwocie co najmniej 5.000.000 zł, tym bardziej, że Odwołujący nie wykazał, aby Wykonawca ten takiej zdolności nie posiadał.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....