

Sygn. akt: KIO 853/13

WYROK

z dnia 30 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Protokolant: **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **12 kwietnia 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **SITA Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, ul. Dębowa 26/28, 42-207 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Nieruchomości Komunalnych, ul. Północna 9b, 43-600 Jaworzno**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie zmiany postanowienia rozdz. IV ust. 1 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wykaz wykonywanych lub wykonanych głównych usług) oraz zmiany treści sekcji III.2.1 ust. 1 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wymogu wykazania przez wykonawcę należytego wykonania lub wykonywania jednego zadania – usługi, zgodnie z regułą jedno zadanie to jedna usługa i jedno zamówienie.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miejski Zarząd Nieruchomości Komunalnych, ul. Północna 9b, 43-600 Jaworzno**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **SITA Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, ul. Dębowa 26/28, 42-207 Częstochowa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Miejski Zarząd Nieruchomości Komunalnych, ul. Północna 9b, 43-600 Jaworzno** na rzecz wykonawcy **SITA Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, ul. Dębowa 26/28, 42-207 Częstochowa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Miejski Zarząd Nieruchomości Komunalnych w Jaworznie ul. Północna 9b, IV piętro, 43-600 Jaworzno wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Świadczenie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych stałych z Gminy Jaworzno«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 03.04.2013 r. pod nrem 2013/S 065-109197.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i 1529) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Wykonawca SITA Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, ul. Dębowa 26/28, 42-200 Częstochowa, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wniósł 12.04.2013 r. do Prezesa KIO odwołanie na sformułowanie treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej „specyfikacją”) w postaci:

- 1) wprowadzenia w sekcji III.2.1 ust. 1 pkt 1 oraz sekcji III.2.1 cz. II ust. 1 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, a także w rozdz. IV ust. 1 pkt 1 lit. a specyfikacji, rozdz. V ust. 1 pkt 2 specyfikacji oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a załącznika nr 9 do specyfikacji (projekt umowy) wymogu posiadania przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U z 2010 r. Nr 185 poz. 1243 ze zm.) w zw. z art. 232 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) na terenie miasta Jaworzna wydaną przez organ właściwy ze względu na miejsce zbierania odpadów tj. wydaną przez Prezydenta Miasta Jaworzna, na określone rodzaje odpadów;
- 2) wprowadzenia w sekcji III.2.2 ust. 1 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, a także w rozdz. IV ust. 1 pkt 2 specyfikacji oraz w treści załącznika nr 6 do specyfikacji (wykaz wykonywanych lub wykonanych głównych usług) wymogu wykazania się przez wykonawcę należytych wykonaniem lub wykonywaniem 1 zadania – usługi (zgodnie z regułą jedno zadanie to jedna usługa jedno zamówienie) na wartość przerobu brutto nie mniejszą niż 7.000.000,00 zł.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 22 ust. 4 i 5, art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391) przez wprowadzenie we wskazanych sekcjach ogłoszenia o zamówieniu oraz w specyfikacji wymogu posiadania decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U z 2010 r. Nr 185 poz. 1243) w związku z art. 232 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21) na terenie miasta Jaworzna wydaną przez organ właściwy ze względu na miejsce zbierania odpadów tj. wydaną przez Prezydenta Miasta Jaworzna, na określone rodzaje odpadów; odwołujący zarzuca, że wymóg ten jest niezasadny, nieproporcjonalny, a ponadto niezwiązany z przedmiotem zamówienia i uniemożliwia złożenie w postępowaniu ofert przez wszystkich wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 22 ust. 4 i 5, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez wprowadzenie we wskazanych postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji wymogu wykazania się przez wykonawcę należywym wykonaniem lub wykonywaniem jednego zadania – usługi (zgodnie z regułą, jedno zadanie to jedna usługa jedno zamówienie) na wartość przerobu brutto nie mniejszą niż 7.000.000,00 zł; odwołujący zarzuca, że wymóg ten jest niezasadny, nieproporcjonalny, a ponadto niezwiązany z przedmiotem zamówienia i uniemożliwia złożenie w postępowaniu ofert przez wszystkich wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania:

- 1) nakazanie zamawiającemu modyfikacji treści ogłoszenia i treści specyfikacji przez:
 - a) usunięcie sekcji III.2.1 ust. 1 pkt 1 oraz sekcji III.2.1 cz. II ust. 1 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu,
 - b) usunięcie rozdz. IV ust. 1 pkt 1 lit. a oraz rozdz. V ust. 1 pkt 2 specyfikacji,
 - c) usunięcie § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a załącznika nr 9 do specyfikacji;
- 2) nakazanie zamawiającemu zmiany sekcji III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu, a także w rozdz. IV pkt 2 specyfikacji, rozdz. V ust. 1 pkt 2 specyfikacji oraz w treści załącznika nr 6 do specyfikacji w taki sposób, aby wymóg wykazania wykonywanych lub wykonanych usług o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia na wartość przerobu brutto nie mniejszą niż 7.000.000,00 zł nie był ograniczony regułą jednego

zadania – usługi (zgodnie z regułą jedno zadanie to jedna usługa i jedno zamówienie);

- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującej zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

Argumentacja odwołującego

1. Wymóg posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów

1.1. Odwołujący stwierdził, że zamawiający formułując warunki udziału wykonawców w postępowaniu powinien kierować się celem, jakemu służyć mają usługi objęte tym zamówieniem. Opis spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może być dokonany ponad uzasadnione potrzeby zamawiającego. Każde wymaganie zamawiającego, stawiane wykonawcy, musi znajdować uzasadnienie w jego potrzebach obiektywnych, dla których zasadniczym kryterium jest przedmiot zamówienia.

1.2. Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako odbieranie i zagospodarowanie rodzajów odpadów określonych w specyfikacji. Zamawiający wymaga w sekcji III.2.1 oraz III.II.2.2 ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdz. IV ust. 1.1 lit. a specyfikacji, rozdz. V ust. 1.2 specyfikacji, aby wykonawca dysponował na dzień składania ofert decyzją – zezwoleniem na świadczenie usług w zakresie zbierania odpadów na podstawie ustawy o odpadach na terenie miasta Jaworzna wydane przez organ właściwy ze względu na miejsce zbierania odpadów tj. wydane przez Prezydenta Miasta Jaworzna. Tak określony warunek udziału w postępowaniu nie może być taktowany ani jako uzasadniony ani jako proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

1.3. Przedmiot zamówienia w ramach udzielanego zamówienia został określony jako odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych stałych z Gminy Jaworzno. Analiza specyfikacji, a tym zwłaszcza szczegółowego zakresu usług – załącznik nr 10 do specyfikacji, nie wskazuje, aby wykonawca zobowiązany był do prowadzenia czynności polegających na zbieraniu odpadów komunalnych. Istotą sprawy jest to, że zamawiający najprawdopodobniej wprowadzając kwestionowany przez odwołującego wymóg w sposób nieuprawniony pomylił pojęcia „odbierania” odpadów i ich „zbierania”, traktując oba te pojęcia za takie same. Jest to działania błędne, bo oba wyrażenia, pomimo prawie ich podobnego brzmienia są różnymi pojęciami prawnymi, używanymi na określenie różnych czynności.

1.4. Kwestia pojęcia „zbierania” odpadów jest o tyle prosta i oczywista, że art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach zawiera legalną definicję tego pojęcia, zgodnie z tym przepisem pojęcie „zbierania” oznacza „[...] gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc

przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów; o którym mowa w pkt 5 lit b”.

Z kolei art. 3 ust. 1 pkt 5 tej ustawy definiuje pojęcie „magazynowania odpadów” w następujący sposób „[...] rozumie się przez to czasowe przechowywanie odpadów obejmujące: a) wstępne magazynowanie odpadów przez ich wytwórcę, b) tymczasowe magazynowanie odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów, c) magazynowanie odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów”. W tym znaczeniu „zbieranie” odpadów oznacza w praktyce ich przetrzymywanie, gromadzenie czy też magazynowanie.

1.5. Pojęcie „odbierania” odpadów nie występuje natomiast w ustawie o odpadach, a używa go ustawa o utrzymaniu czystości. Ustawa nie zawiera definicji legalnej tego pojęcia. Dokonując jednak wykładni tego pojęcia na tle całej tej ustawy (por. art. 9d ustawy o utrzymaniu czystości) należy dojść do wniosku, że przez „odbieranie” odpadów należy rozumieć takie czynności jak zbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i ich przewożenie do miejsca docelowego (np. regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych – RIPOK) lub instalacji zastępczej.

1.6. Zatem w tym znaczeniu słowo „odbieranie” oznacza zabieranie czegoś od kogoś. Używając pewnego uproszczonego przykładu „odbieranie” pustych puszek oznacza czynność ich zabrania od kogoś, a „zbieranie” pustych puszek oznacza ich przetrzymywanie, magazynowanie.

Oba te pojęcia występują na gruncie dwóch różnych ustaw, chociaż obie ustawy były ostatnio w tym samym czasie nowelizowane, a co więcej obie te nowelizacje miały ten sam cel, tzn. gruntowną zmianę całego systemu zagospodarowania odpadów. Zatem nieprzypadkowo te dwa pojęcia mają różne brzmienie i odmienne znaczenie. Gdyby bowiem racjonalny ustawodawca chciał nadać im takie samo znaczenie to z pewnością nadałby im identyczne brzmienie, a nawet odwołał się do definicji legalnej zawartej w ustawie o odpadach.

1.7. Biorąc pod uwagę zakres obowiązków wykonawcy określony w specyfikacji, zupełnie nieuzasadnione, jest nałożenie na wykonawców obowiązku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wykonawca nie jest zobowiązany do prowadzenia czynności, które należy zakwalifikować jako „zbieranie” odpadów.

Wykonawca, po odebraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, ma obowiązek przetransportować odpady do wskazanych przez zamawiającego w specyfikacji

instalacji i ani nie jest obowiązany, ani nie ma takiej obiektywnej potrzeby do prowadzenia jakichkolwiek czynności stanowiących „zbieranie” odpadów w rozumieniu ustawy odpadach.

1.8. Czynności odbierania odpadów komunalnych wykonawca może realizować na podstawie wpisu do rejestru działalności regulowanej i taki wpis jest jedynym prawnym wymogiem wykonywania czynności odbierania. Wynika to wprost z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości, a w szczególności rozdz. 4a tej ustawy. Wprowadzenie wymogu posiadania przez wykonawców zezwolenia na zbieranie odpadów objętych zamówieniem nie wynika z przepisów prawa, podważa sens istnienia instytucji rejestrów podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości (rejestr działalności regulowanej prowadzony przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta). Ponadto wymóg postawiony w ogłoszeniu

Specyfikacja nie służy weryfikacji możliwości wykonania przedmiotu zamówienia gdyż może on być wykonywany bez posiadania pozwolenia na zbieranie odpadów. Zatem wymóg ten służy jedynie ograniczeniu dostępu do zamówienia znacznej rzeszy wykonawców zdolnych do jego realizacji, naruszając tym samym w sposób oczywisty zasady uczciwej konkurencji.

1.9. Gdyby jednak nawet uznać, że specyfikacja zawiera opis czynności, jakie realizować ma wykonawca w zakresie zbierania odpadów komunalnych, to może się to odnosić ewentualnie jedynie do zakresu, jaki został wskazany w pkt II. 8 Szczegółowego zakresu usług – załącznik nr 10 do specyfikacji tj. do zorganizowania i poprowadzenia stacjonarnego gminnego punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych. W tym zakresie należy jednak wskazać, że utworzenie tego punktu w granicach miasta zgodnie z pkt II 8 pkt 1 Szczegółowego zakresu usług, utworzenie punktu powinno nastąpić do 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy na wykonanie zamówienia. Zgodnie zaś z pkt II.8 3 wykonawca zobowiązany jest do uzyskania wszystkich niezbędnych pozwoleń i zezwoleń na funkcjonowanie punktu, a w tym pozwolenia na zbieranie poszczególnych frakcji odpadów. W tej sytuacji zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wyznacza dla wykonawcy 6-miesięczny termin na realizację punktu selektywnej zbiórki i związane z tym uzyskanie pozwolenia na zbieranie poszczególnych frakcji odpadów. Wymaganie więc na etapie składania ofert przedmiotowej decyzji jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, w którego ramach dopiero po 6 miesiącach obowiązywania umowy wykonawca ma dysponować przedmiotową decyzją.

W podobnej sytuacji prawno-faktycznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zorganizowanego przez Miasto Chorzów po złożeniu odwołania przez jednego z wykonawców zamawiający zrezygnował z wymogu złożenia zezwolenia na zbieranie w ogóle

uznając, że „PSZOK jest elementem odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w zakresie punktów segregacyjnych w związku z powyższym podlega rygorom odbierania odpadów komunalnych, a nie zbierania odpadów”.

1.10. Zgodnie z art. 232 ust. 2 nowej ustawy o odpadach zezwolenia na zbieranie odpadów wydane na podstawie przepisów dotychczasowych, zachowują ważność na czas, na jaki zostały wydane, nie dłużej jednak niż przez dwa lata od dnia wejścia w życie tej ustawy. Powyższe pozostaje w zgodzie z ochroną praw nabytych, a także daje możliwość dostosowania dotychczasowych decyzji do nowych realiów związanych z całkowitą zmianą dotychczasowego systemu gospodarowania odpadami.

Dotychczasowa decyzja – zezwolenia na zbieranie odpadów zgodnie z art. 28 ust. 4 pkt 2 i 3 starej ustawy o odpadach zawierała miejsca prowadzenia działalności (np. siedziba firmy), a także wskazanie miejsca i sposobu oraz rodzaju magazynowanych odpadów, z opisem sposobu dalszego zagospodarowania odpadów. Na tej podstawie firmy zajmujące się odbieraniem, czy też zbieraniem odpadów uprawnione były do wykonywania swojej działalności na podstawie zezwolenia wydanego przez właściwy dla niej organ samorządowy. Brak zatem było podstaw do występowania do każdej z gmin, w której prowadzone było zbieranie odpadów do wydawania zezwolenia na zbieranie, gdyż wystarczającym było dysponowanie taką decyzją wyłącznie od jednej z gmin. Wymaganie zatem od wykonawcy legitymowaniem się zezwoleniem wydanym przez Prezydenta Miasta Jaworzna ogranicza możliwość złożenia oferty jedynie przez lokalnych wykonawców co jest bezzasadne w szczególności ze względu na wskazany przepis przejściowy art. 232 ust. 2 nowej ustawy o odpadach oraz możliwość otwarcia PSZOK w terminie 6 miesięcy od dnia podpisania umowy.

2. Wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia

2.1. Zamawiający w sekcji III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu, a także w rozdz. IV ust. 2 specyfikacji, rozdz. V ust. 1, 2 specyfikacji oraz w treści załącznika nr 6 do specyfikacji (wykaz wykonywanych lub wykonanych głównych usług) wprowadził warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, przez wykazania się przez wykonawcę należytych wykonaniem lub wykonywaniem jednego zadania – usługi (zgodnie z regułą jedno zadanie to jedna usługa, jedno zamówienie) o charakterze podobnym do przedmiotu zamówieni tj. obejmującego usługę odbioru lub odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na wartość przerobu brutto nie mniejszą niż 7.000.000,00 zł przy zachowaniu maksymalnie 12 miesięcznego okresu realizacji usługi.

Tak postawiony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia jest nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

Ponadto tak określony warunek stanowi istotne ograniczenie konkurencyjności postępowania.

2.2. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej każde wymaganie spełnienia określonego warunku powinno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Postawione warunki powinny być związane z przedmiotem zamówienia, a więc opis warunków powinien być dokonywany przez pryzmat celu, jakiemu ma on służyć, a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Z drugiej strony opis oceny spełniania warunków powinien być podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem i stopniem złożoności.

2.3. W postępowaniu wymagane aby wykonawca musiał wykazać się doświadczeniem uzyskanym w ramach realizacji tylko jednej usługi rozumianej jako jedno zadanie – jedno zamówienie w sposób zasadniczy zawęży krąg wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie. Eliminuje bowiem wykonawców, którzy dysponują odpowiednim potencjałem wiedzy i doświadczenia nabytym przez realizowanie usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia i spełniających wymogi w zakresie wartości, zakresu i czasu realizacji. Wprowadzenie przedmiotowego ograniczenia uniemożliwia, udział w postępowaniu takim wykonawcom, którzy dysponują wiedzą i doświadczeniem nabytym przy realizacji równolegle kilku zadań, dla tego samego zamawiającego lub różnych zamawiających, spełniających wymagania postawione przez zamawiającego co do zakresu czasowego i rodzaju usług oraz łącznie – w zakresie minimalnej wartości wykonanych usług. Dla wykazania posiadania przez wykonawców potencjału odpowiedniego do realizacji przedmiotu zamówienia o danej skali i trudności wystarczające jest wykazanie się realizacją nie tylko jednej usługi, ale również kilku usług, które będąc realizowane równolegle (w jednym sezonie) i obejmując podobny do przedmiotu zamówienia zakres zadań, łącznie posiadają co najmniej wartość wskazaną przez zamawiającego jako minimalną.

2.4. Zawężenie możliwości wykazywania się wiedzą i doświadczeniem do realizacji tylko jednej usługi o tych parametrach nie znajduje uzasadnienia w specyfice przedmiotu zamówienia. Ograniczenie takie nie służy wyłonieniu wykonawców dających w większym stopniu rękojmię należytego wykonania zamówienia oraz nie wynika z uzasadnionych i obiektywnych potrzeb zamawiającego, natomiast istotnie ogranicza konkurencyjność postępowania i narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Opis warunków udziału w postępowaniu i sposób ich oceny, nie może eliminować, czy ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Postawione

wymogi nie mogą być formułowane przez zamawiającego w sposób dowolny i uznaniowy. Sam fakt, że istnieją wykonawcy, którzy są w stanie spełnić warunki ustalone przez zamawiającego odnośnie przedstawienia odpowiedniej usługi wykonanej na podstawie jednego kontraktu, nie przesadza o prawidłowości tych kryteriów oceny spełnienia warunków udziału w sytuacji, gdy zamawiający nie wykazał, że są one niezbędne dla przedmiotowego postępowania.

2.5. Nieistotny, z punktu widzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, charakter faktu objęcia zakresu czynności jedną lub wieloma umowami znajduje potwierdzenie w licznych orzeczeniach Krajowej izby Odwoławczej. Ponadto istotą wykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia jest zapewnienie, że wykonawca ubiegający się o zamówienie dysponuje wystarczającymi umiejętnościami, zarówno na poziomie technicznym – daje rękojmię realizacji zamówienia obejmującego dany poziom trudności i skomplikowania, jak i o charakterze organizacyjnym – dysponuje potencjałem umożliwiającym mu realizację przedsięwzięcia o danej skali.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 12.04.2013 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej 12.04.2013 r. (art. 185 ust. 1 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 i 5, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez wprowadzenie we wskazanych postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji wymogu wykazania przez wykonawcę należytego wykonania lub wykonywania jednego zadania – usługi (zgodnie z regułą: jedno zadanie to jedna usługa i jedno zamówienie) na wartość przerobu brutto nie mniejszą niż 7.000.000,00 zł, który to warunek jest niezasadny, nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia oraz uniemożliwia złożenie w postępowaniu ofert przez wszystkich wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w postanowieniach rozdz. IV ust. 1 pkt 2 specyfikacji, załącznika nr 6 do specyfikacji (wykaz wykonywanych lub wykonanych głównych usług) oraz sekcji III.2.1 ust. 1 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu ustanowił, że na spełnienie warunku udziału w postępowaniu posiadania wiedzy i doświadczenia wykazania wykonawcy muszą wykazać należyte wykonanie lub wykonywanie jednego zadania – usługi (zgodnie z regułą: jedno zadanie to jedna usługa i jedno zamówienie) na wartość przerobu brutto nie mniejszą niż 7.000.000,00 zł. Zamawiający postawił ten warunek zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, który brzmi: »O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące [...] posiadania wiedzy i doświadczenia«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że przepis ten jest normą blankietową. Dlatego sam zamawiający ma obowiązek określić szczegółowo w specyfikacji warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania. Stanowi o tym w szczególności art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp, który brzmi: »Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej [...] warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków«. Jednak zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do niego. Przepis art. 22 ust. 1 pkt 4 Pzp brzmi: »Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w [art. 22] ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia«.

Odwołujący postawił zarzut, że postawiony warunek posiadania wiedzy i doświadczenia jest nieproporcjonalny i nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdza, że istotą rozpoznawanego zamówienia jest wykonanie odpowiedniej liczby pojedynczych usług. Podkreślenia wymaga fakt, że usługi te będą zagregowane w jednym zamówieniu i obejmą terytorialnym zakresem Jaworzno. Jednak zamawiający nie

wykazał, że dla spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia konieczne jest wykazanie, że wykonawca wykonał lub wykonuje jedną usługę na kwotę nie mniejszą niż 7.000.000,00 zł.

Skład orzekający Izby stwierdza, że podobne doświadczenie w wykonywaniu usług może uzyskać wykonawca wykonując wiele umów o sumarycznej cenie nie mniejszej niż 7.000.000,00 zł. Nie jest w tym zakresie konieczne wykazywanie się wykonaniem lub wykonywaniem zamówienia opiewającego na wskazaną cenę.

Ponadto takie postawienie warunku byłoby sprzeczne z ideą wspólnego składania oferty przez różnych wykonawców, którzy na przykład ze względu na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu mogą składać oferty wspólne, gdzie każdy z tych wykonawców może wykazać spełnienie części warunku w sumie pokazujących na spełnienie warunku przez wszystkich wykonawców. Wynika to z art. 23 ust. 1 Pzp, który brzmi: »Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia«.

Stanowisko to jest zbieżne z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 5 stycznia 2012 r. (sygn. KIO 2765/11): »art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 Pzp, w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 Pzp, dopuszczalnym jest co do reguły wykazywanie ich spełnienia łącznie przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum tworzonego w celu wspólnej realizacji zamówienia, za którą wszyscy członkowie konsorcjum odpowiadają solidarnie (art. 141 Pzp). Dlatego też i potencjały wykonawców występujących w postępowaniu wspólnie podlegają sumowaniu«.

Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający używał w określeniu rozpoznawanego warunku wyrazu »zamówienie« w sformułowaniu cyt. »jedno zadanie to jedna usługa jedno zamówienie«. Ze względu na dotychczasowy system odbierania odpadów w Polsce wystąpiła możliwość uzyskania doświadczenia na podstawie różnych umów cywilnoprawnych, a nie tylko na podstawie zamówień publicznych w rozumieniu art. 2 pkt 13 Pzp. Przepis art. 2 pkt 13 Pzp brzmi: »Ileż w ustawie jest mowa o [...] zamówieniach publicznych – należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane«. W związku z powyższym zamawiający nie powinien zawęzać możliwości nabycia doświadczenia do wykonywania zamówień publicznych, ale zamawiający powinien umożliwić wykazanie posiadania wiedzy i doświadczenia także wykonawcom, którzy posiadli wiedzę i doświadczenie również w wyniku realizacji innych umów na podobny przedmiot.

Z tych względów zamawiający jest obowiązany zmienić postanowienia specyfikacji oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wynikającym z wyroku, ale także z uwzględnieniem konsekwencji dokonanych poprawek zwłaszcza w zakresie art. 38 ust. 4a pkt 2 Pzp, który brzmi: »Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o

zamówieniu, zamawiający [...] przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8«.

Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 i 5, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez ustanowienie wymogu wykazania przez wykonawcę należytego wykonania lub wykonywania jednej usługi na wartość przerobu brutto nie mniejszą niż 7.000.000,00 zł – zasługuje na uwzględnienie

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 i 5, art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391) przez wprowadzenie we wskazanych sekcjach ogłoszenia o zamówieniu oraz w specyfikacji wymogu posiadania decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U z 2010 r. Nr 185 poz. 1243) w związku z art. 232 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21) na terenie miasta Jaworzna wydaną przez organ właściwy ze względu na miejsce zbierania odpadów tj. wydaną przez Prezydenta Miasta Jaworzna, na określone rodzaje odpadów – nie może zostać uwzględniony.

Zamawiający w postanowieniach sekcji III.2.1 ust. 1 pkt 1 oraz sekcji III.2.1 cz. II ust. 1 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, a także w rozdz. IV ust. 1 pkt 1 lit. a specyfikacji, rozdz. V ust. 1 pkt 2 specyfikacji oraz § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a załącznika nr 9 do specyfikacji (projekt umowy) ustanowił wymóg posiadania przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów na terenie miasta Jaworzna wydaną przez Prezydenta Miasta Jaworzna na określone rodzaje odpadów, na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U z 2010 r. Nr 185 poz. 1243 ze zm.) w zw. z art. 232 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21).

Skład orzekający Izby stwierdza, że przepis art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp ma charakter normy blankietowej. Przepis ten brzmi: »O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące [...] posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania«. Dlatego sam zamawiający ma obowiązek określić szczegółowo w specyfikacji warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania. Stanowi o tym w szczególności przytaczany wyżej art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp. Ponadto, ze względu na progową wartość zamówienia, zamawiający ma obowiązek żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co wynika z

art. 26 ust. 1 Pzp. Przepis art. 26 ust. 1 Pzp brzmi: »Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8«.

Odwołujący postawił zarzut, że wymóg posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie miasta Jaworzna wydanego przez Prezydenta Miasta Jaworzna na określone rodzaje odpadów, na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U z 2010 r. Nr 185 poz. 1243 ze zm.) w zw. z art. 232 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) jest niezasadny, nieproporcjonalny, a ponadto niezwiązany z przedmiotem zamówienia i uniemożliwia złożenie w postępowaniu ofert przez wszystkich wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba stwierdza, że przedmiotem rozpoznawanego zamówienia jest także zbieranie odpadów na terenie miasta Jaworzna, co wynika z części II ust. 1 załącznika nr 10 do specyfikacji (Szczegółowy zakres usług). Dlatego wymaganie od wykonawców posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie miasta Jaworzna wydanego przez Prezydenta Miasta Jaworzna nie jest niezasadne, gdyż warunkuje możliwość wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto nie jest nieproporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia, bo do wykonania przedmiotu zamówienia nie można znaleźć jakiegokolwiek innego zezwolenia czy na inną lokalizację. Również wymaganie przedmiotowego zezwolenia jest najściślej związane z przedmiotem zamówienia, jako że właśnie bez tego zezwolenia wykonawca nie będzie mógł wykonywać przedmiotu zamówienia. Także odwołujący nie wykazał, że postawienie warunku posiadania kwestionowanego zezwolenia narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, albowiem bez posiadania tego zezwolenia nie jest możliwe wykonywanie przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 i 5, art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez ustanowienie wymogu posiadania przez wykonawcę decyzji wydanej przez Prezydenta Miasta Jaworzna zezwalającej na zbieranie odpadów na terenie miasta Jaworzna – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22 ust. 4 i 5 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2

lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....