

Sygn. akt: KIO 2679/19

WYROK
z dnia 15 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PreZero Service Wschód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Radomiu i EKO-KRAS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kraśniku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Karczmiska

orzeka:

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Karczmiskach i Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Józefowie nad Wisłą, podczas gdy nie wykazali oni spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji i uprawnień do wykonywania określonej działalności zawodowej. W pozostałym zakresie umarza postępowanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PreZero Service Wschód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Radomiu i EKO-KRAS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kraśniku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PreZero Service Wschód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Radomiu i EKO-KRAS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kraśniku tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

I. Gmina Karczmiska (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na „odbieranie i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Karczmiska” nr referencyjny GOŚ.271.4.2019.ZB.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 grudnia 2019 r. pod nr 633789-N-2019. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 30 grudnia 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PreZero Service Wschód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Radomiu i EKO-KRAS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Kraśniku (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Karczmiskach i Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Józefowie nad Wisłą (dalej: Konsorcjum ZGK), podczas gdy nie wykazali oni spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, a tym zarzucali samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wybór oferty Konsorcjum ZGK jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,

względnie naruszenie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ZGK do uzupełnienia dokumentów wymaganych do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

2) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum ZGK, podczas gdy nie wykazało ono spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji i uprawnień do wykonywania określonej działalności zawodowej, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego

traktowania wykonawców poprzez wybór oferty Konsorcjum ZGK jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum ZGK jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
2. wykluczenia Konsorcjum ZGK z Postępowania,
3. względnie wezwanie Konsorcjum ZGK do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej,
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego nikt nie zgłosił przystąpienia.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ZGK do uzupełnienia dokumentów wymaganych do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej i zapowiedział unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwanie Konsorcjum ZGK do uzupełnienia dokumentów w zakresie polisy ubezpieczenia OC. W tym zakresie Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 oraz art. 7 ust.1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum ZGK, podczas gdy nie wykazało ono spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji i uprawnień do wykonywania określonej działalności zawodowej. Ponieważ Odwołujący podtrzymał odwołanie w tym zakresie, odwołanie zostało rozpoznane na rozprawie (art. 186 ust. 4a Prawa zamówień publicznych).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie należy oddalić.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W rozdziale XI punkcie 11.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ; odpis SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach postępowania) Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu, dotyczący kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w sposób następujący:
 - a) wykonawca posiada wpis do prowadzonego przez Wójta Gminy Karczmiska rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia,
 - b) wykonawca jest wpisany do prowadzonego przez właściwego marszałka województwa Rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowania i gospodarujących odpadami, który stanowi integralną część Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami, zgodnie z ustawą o odpadach.
2. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 2 ustawy Prawa zamówień publicznych, wykonawca był zobowiązany złożyć następujące dokumenty:
 - a) zgodnie z rozdziałem XII punktem 12.8.1. SIWZ dokument potwierdzający wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Karczmiska;
 - b) zgodnie z rozdziałem XII punktem 12.8.2. SIWZ zawiadomienie o nadaniu nr rejestrowego w rejestrze podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami prowadzonego przez właściwego marszałka województwa na podstawie ustawy o odpadach.
3. Konsorcjum ZGK w zakresie objętym rozpatrywanym zarzutem złożyło następujące dokumenty:
 - zaświadczenie z dnia 17 grudnia 2019 r. o zmianie wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wydane dla Zakładu Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Karczmiskach (dokument nie był kwestionowany odwołaniem),
 - pismo Marszałka Województwa Lubelskiego z dnia 23 kwietnia 2018 r. o nadaniu Zakładowi Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Karczmiskach numeru rejestrowego w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami, wraz z podaniem numeru rejestrowego,
 - pismo Marszałka Województwa Lubelskiego z dnia 29 marca 2018 r. o aktualizacji konta Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w

Józefowie nad Wisłą w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami, wraz z podaniem numeru rejestrowego (dokument nie był kwestionowany odwołaniem).

Odwołujący twierdził w odwołaniu, że Konsorcjum ZGK powinno zostać wykluczone z postępowania z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu odpowiednich uprawnień – zdaniem Odwołującego, „tylko jeden konsorcjant legitymuje się wpisem do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Karczmiska tj. Lider Konsorcjum Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Karczmiskach, ul. Centralna 10A, 24-310 Karczmiska. Jak wynika z dokumentów złożonych na wezwanie przez Konsorcjum ZGK, drugi konsorcjant Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych sp. z o.o. w Józefowie nad Wisłą, ul. Cicha 6, 24-340 Józefów nad Wisłą nie posiada takiego wpisu do rejestru działalności regulowanej, a zatem nie ma uprawnień do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Karczmiska. Ponadto jeden z konsorcjantów Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Karczmiskach, ul. Centralna 10A, 24-310 Karczmiska nie posiada także wpisu w BDO w zakresie transportu odpadami (brak wpisu w dziale VII rejestru BDO), a tym samym nie ma uprawnień do wykonywania usług transportu odpadów, a co również jest przedmiotem niniejszego zamówienia.” (strona 4 odwołania).

Zdaniem Zamawiającego składanie oferty wspólnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ma umożliwiać wykonawcom łączenie potencjałów – Zamawiający nie miał wątpliwości, że Konsorcjum ZGK wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron, Izba stwierdziła, że odwołania nie można uwzględnić.

Izba bada odwołanie w zakresie podniesionych w nim zarzutów (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych), przy czym zarzuty te muszą być podniesione w przepisany terminie (art. 182 Prawa zamówień publicznych).

W ocenie Izby jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tworzących Konsorcjum ZGK - tj. Zakład Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Karczmiskach przedstawił oba dokumenty wymagane przez Zamawiającego na potwierdzenie posiadanych uprawnień – dokument potwierdzający wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Karczmiska (złożono zaświadczenie z dnia 17 grudnia 2019 r. o zmianie wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości) oraz zawiadomienie o

nadaniu nr rejestrowego w rejestrze podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami prowadzonego przez właściwego marszałka województwa na podstawie ustawy o odpadach (złożono pismo Marszałka Województwa Lubelskiego z dnia 23 kwietnia 2018 r. o nadaniu Zakładowi Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Karczmiskach numeru rejestrowego w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami, wraz z podaniem numeru rejestrowego).

Odwołujący w odwołaniu kwestionował posiadanie przez Zakład Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Karczmiskach uprawnień w zakresie odbioru odpadów wskazując, że dla Zakładu Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Karczmiskach w Bazie danych „brak wpisu w dziale VII BDO”, jednak Zamawiający nie wymagał w SIWZ takiego wpisu – a jedynie zaświadczenia o nadaniu numeru w Bazie. W ocenie Izby kwestionowanie braku takiego wpisu (w dziale VII Bazy danych) jest na obecnym etapie spóźnione – dokumenty przedstawione przez Zakład Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Karczmiskach odpowiadają wymogom Zamawiającego określonym w SIWZ, a wymogi te nie były skarżone w odpowiednim czasie (w terminie biegnącym od publikacji ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ). Zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu żąda dokumentu potwierdzającego spełnienie tego warunku – w konsekwencji ocena spełnienia warunku w postępowaniu odbywa się na podstawie dokumentu, wskazanego przez Zamawiającego w SIWZ. Nie można oceniać spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oderwaniu od tego dokumentu.

W piśmie procesowym z dnia 14 stycznia 2020 r. Odwołujący zwracał uwagę na wyroki sądów administracyjnych, wskazujące, że podmiot, który nie posiada uprawnień do wykonywania działalności regulowanej, nie może zawrzeć umowy na realizację takiej działalności (realizacją działalności regulowanej jest nie tylko faktyczne wykonywanie danych czynności, ale i zawarcie umowy na ich wykonywanie). Z poglądem takim nie można się zgodzić, jednak po pierwsze, taki zarzut nie był postawiony w odwołaniu, po drugie – jeżeli wspólnie umowę zawierają podmioty, z których jeden ma uprawnienie do odbioru odpadów, a drugi – do odbioru i transportu odpadów, to w ocenie Izby oba te podmioty mają prawo realizować (a więc i zawrzeć) wspólnie umowę na odbiór i transport odpadów, o ile wspólne realizowanie umowy jest możliwe w ramach posiadanych uprawnień przez każdy z podmiotów (Odwołujący nie wywodził, że nie jest to możliwe).

W odwołaniu Odwołujący nie podnosił zarzutów w odniesieniu do treści zobowiązań przedłożonych przez Konsorcjum ZGK Zamawiającemu – obaj wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli w toku postępowania o udzielenie zamówienia zobowiązania do udostępnienia sobie nawzajem zasobów, w tym zasobów,

które są nieprzenaszalne (np. udostępniono wpis do działalności regulowanej). Zobowiązania o takiej treści budzą wątpliwości, natomiast Izba nie mogła w tym zakresie nakazać Zamawiającemu dokonania żadnych czynności, ponieważ zarzuty w tym zakresie nie zostały sformułowane w odwołaniu.

Wobec powyższych okoliczności, biorąc pod uwagę zakres zarzutów odwołania (a więc ich podstawę prawną i faktyczną) Izba nie mogła stwierdzić, że doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 oraz art. 7 ust.1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie wykluczenia z Postępowania Konsorcjum ZGK, podczas gdy nie wykazało ono spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji i uprawnień do wykonywania określonej działalności zawodowej, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 [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 \(t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972\).](#)

Przewodniczący:

.....