

WYROK

z dnia 22 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **Zakład Usług Komunalnych w Strzegomiu Sp. z o.o., Al. Wojska Polskiego 75, 58-150 Strzegom** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Jaworzyna Śląska, ul. Wolności 9, 58-140 Jaworzyna Śląska**

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wykonawcy **Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o., ul. Metalowców 4, 58-100 Świdnica** do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej,
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Jaworzyna Śląska, ul. Wolności 9, 58-140 Jaworzyna Śląska** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zakład Usług Komunalnych w Strzegomiu Sp. z o.o., Al. Wojska Polskiego 75, 58-150 Strzegom** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Jaworzyna Śląska, ul. Wolności 9, 58-140 Jaworzyna Śląska** na rzecz wykonawcy **Zakład Usług Komunalnych w Strzegomiu Sp. z o.o., Al. Wojska Polskiego 75, 58-150 Strzegom** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Świdnicy.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na „*Odbieranie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z Gminy Jaworzyna Śląska oraz ich zagospodarowanie*” przez Gminę Jaworzyna Śląska, ul. Wolności 9, 58-140 Jaworzyna Śląska (dalej „zamawiający”) wykonawca Zakład Usług Komunalnych w Strzegomiu Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie, zarzucając naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty wykluczonego wykonawcy,
2. art. 24b ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie złożył w postępowaniu listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej,
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
5. nakazanie zamawiającemu dokonanie czynności wykluczenia wykonawcy: Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. oraz odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp

Złożenie przez Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. nieprawdziwego oświadczenia dotyczącego grupy kapitałowej:

Odwołujący podał, że w Dziale VI SIWZ pkt 6 ppkt f zamawiający zobowiązał wykonawcę do złożenia listy podmiotów należących do tej samej co wykonawca grupy kapitałowej – w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji

i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) w przypadku oświadczenia o tym, że dany wykonawca należy do grupy kapitałowej (wzór listy stanowi załącznik nr 11 do SIWZ).

Wskazał, że w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 4 pkt 14) grupa kapitałowa to grupa wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

Uzupełnił, że definicja ww. przedsiębiorcy obejmuje szeroki krąg podmiotów, w tym także osoby fizyczne, prawne oraz inne jednostki nieposiadające osobowości prawnej)

Odwołujący podał także, że w odpisie KRS Zakładu Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. ujawnione zostało, iż udziały w tej spółce należą:

- 515 udziałów do Przedsiębiorstwa Utylizacji Odpadów Sp. z o.o.,
- 618 udziałów do M. M.

Wskazał nadto, że z odpisu KRS Przedsiębiorstwa Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. wynika, iż udziały w w/w spółce:

- 232 udziały do Gminy Świdnica,
- 3060 udziałów do M. M.

Zdaniem odwołującego powyższe oznacza, że jednocześnie zachodzą dwie okoliczności:

- Przedsiębiorstwo Utylizacji Odpadów posiada bezpośrednio i pośrednio (poprzez tego samego udziałowca/wspólnika) kontrolę nad Zakładem Oczyszczania Miasta Sp. z o.o.,
- M. M. (jako udziałowiec) posiada całkowitą kontrolę (udziały ponad 50 %) nad podmiotami: Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Utylizacji Odpadów Sp. z o.o.

Odwołujący stwierdził, iż oznacza to także, że w/w spółki tworzą de facto grupę kapitałową w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odwołujący stanął na stanowisku, że Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. w złożonej ofercie złożył błędne oświadczenie, wskazując, iż nie należy do grupy kapitałowej, jak również nie załączył do oferty wymaganej listy wskazującej na podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej

Podsumował, że powinno to skutkować wykluczeniem Zakładu Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. z postępowania, a w konsekwencji odrzuceniem złożonej przez tego wykonawcę

niego oferty, ponieważ doszło do naruszenia art. 24b ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2d ustawy Pzp.

Nie spełnianie przez wybranego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.

Odwołujący podał, że w Dziale V SIWZ pkt. 1 SIWZ zamawiający określił jako warunek udziału w postępowaniu:

„(...) O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

1. Posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, tzn.:

- posiadają wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Burmistrza Jaworzyny Śląskiej, o którym mowa w art. 9b ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013 r. poz. 1399 z późn. zm.) co najmniej w zakresie odpadów o kodach: 15 01 01, 15 01 02, 15 01 03, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 15 01 07, 16 01 03, 17 06 04, 20 01 01, 20 01 02, 20 0110, 20 0111, 20 01 23*, 20 01 35*, 20 01 36, 20 01 39, 20 01 40, 20 01 99, 20 02 01, 20 03 01, 20 03 07, 20 03 99,*
- posiadają ważne zezwolenie na transport odpadów komunalnych oraz odpadów komunalnych niebezpiecznych wydane przez właściwego starostę, o którym mowa w art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.) co najmniej w zakresie odpadów o kodach: 15 01 01, 15 01 02, 15 01 03, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 15 01 07, 17 06 04, 16 01 03, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 10, 20 01 11, 20 01 23*, 20 01 35*, 20 01 36, 20 01 39, 20 01 40, 20 01 99, 20 02 01, 20 03 01, 20 03 07, 20 03 99 lub posiadają wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.),(...)"*

Odwołujący podał także, że zamawiający zapisał w Dziale VI SIWZ w pkt 1 ppkt b) SIWZ katalog dokumentów wymaganych dla oceny spełniania warunków:

„(...) W celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca składa następujące dokumenty:

(...) b) zezwolenie na transport odpadów komunalnych wydane przez właściwego starostę, o którym mowa w art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 21 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2013

poz. 21 późn. zm.) lub zaświadczenie o wpisie do rejestru o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn.zm.),(...)"

Odwołujący wskazał, że Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. przedłożył ostatnio wydaną decyzję i aktualnie obowiązującą (Decyzja Nr 40/0/15 z dnia 11 czerwca 2015 roku) dotyczącą transportu odpadów, z której – zdaniem odwołującego – wynika, że nie posiada uprawnień do wykonywania transportu odpadów zgodnie z kodami odpadów, co w konsekwencji oznacza, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień wskazanych w Dziale V SIWZ pkt. 1 SIWZ.

Odwołujący podniósł, że w przedłożonej decyzji brakuje n/w kodów odpadów: 15 01 01, 15 01 02, 15 01 03, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 15 01 07, 16 01 03, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 10, 20 01 U, 20 01 23*, 20 01 35*, 20 01 36, 20 01 39, 20 01 40, 20 01 99, 20 02 01, 20 03 01.

Dodatkowo stwierdził, że Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. nie posiada w treści wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości wymaganego w SIWZ kodu: 17 06 04, a co w konsekwencji oznacza, że nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień wskazanych w Dziale V SIWZ pkt 1 SIWZ.

Spełnianie przez wybranego wykonawcę warunku dotyczącego posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia:

Odwołujący podał, że w Dziale V SIWZ pkt 2 zamawiający określił jako warunek udziału w postępowaniu:

(...) 2. Posiadania wiedzy i doświadczenia, tzn. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie Wykonawca wykonał lub wykonuje usługi odbierania i transportu odpadów komunalnych zmieszanych, segregowanych i wielkogabarytowych do miejsca ich zagospodarowania w łącznej ilości co najmniej 3000 Mg/rok. (...)

Dodał, że zamawiający zapisał jednocześnie w Dziale VI SIWZ w pkt 1 ppkt. d), tj. gdzie znajduje się katalog dokumentów wymaganych dla oceny spełniania warunków:

„(...) W celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca składa następujące dokumenty:

(...) d) wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na

odbieraniu i transporcie odpadów komunalnych zmieszanych, segregowanych i wielkogabarytowych do miejsc ich zagospodarowania w łącznej ilości co najmniej 3000 Mg/rok, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie; wzór wykazu stanowi załącznik nr 3 do SIWZ (...)"

Odwołujący wskazał, że Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. przedłożył oczekiwany Wykaz, jednak dla żadnej ze wskazanych usług nie wykazał oczekiwanego wykonania 3000Mg/rocznie w okresie ostatnich 3 latach przed terminem złożenia ofert .

Odwołujący podał, że dla usługi świadczonej dla Urzędu Gminy Świdnica w roku 2012 była to wielkość: 2614,93 Mg, w roku 2013: 3425,40 Mg, w roku 2015: 3247,80 Mg; dla usługi świadczonej dla Spółdzielni Mieszkaniowa Zawiszów była to wielkość: w roku 2012:1058,00 Mg; dla usługi świadczonej dla DOM Zarząd i Obrót Nieruchomościami w roku 2012 była to wielkość: 2290,00 Mg.

Wyjaśnił, że ww. wielkości były liczone proporcjonalnie 3 lata od terminu składania ofert).

Odwołujący podsumował, że Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. dla żadnej ze wskazanych usług dla poszczególnych podmiotów nie dokonał odbioru powyżej wymaganych 3000 Mg/rok, co oznacza, że nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Spełnianie przez wybranego wykonawcę warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Odwołujący podał, że w Dziale V SIWZ pkt 4 zamawiający określił jako warunek udziału w postępowaniu:

„(...)Wykonawca wykaże, że:

a) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę minimum w wysokości 500 000 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych (...)"

Uzupełnił, że zamawiający zapisał w Dziale VI SIWZ w pkt 1 ppkt g) oczekiwanie przedłożenia przez dokumentu:

„(...) informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości minimum 500 000 zł, wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (...)"

Odwołujący wskazał, że Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. przedłożył informację z Banku Zachodniego WBK S.A. potwierdzającą, iż posiada wolny limit środków kredytowych na kwotę 450.551, 48 złotych, tj. poniżej wymaganej przez zamawiającego kwoty minimalnej 500.000.00 zł.

Podkreślił, że zgodnie z wymaganiami zamawiającego wykonawca winien wykazać możliwość dysponowania rzeczoną kwotą, czego Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. w ofercie nie potwierdził, gdyż jego rzeczywisty limit kredytowy jest niższy od wymaganego.

Odwołujący stwierdził, że w orzecznictwie KIO wskazana jest teza, iż istotą warunków finansowych polegających na konieczności wykazania zdolności kredytowej lub środków finansowych, opisywanych przez zamawiających na podstawie art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest udowodnienie, że wykonawca ma faktyczny dostęp do finansowania w określonej kwocie, bądź to w postaci środków własnych bądź w postaci środków, które może uzyskać w drodze kredytu (KIO 1862/14, KIO 2797/14). W przeciwnym przypadku – wywodził odwołujący – należałoby przyjąć nielogiczną tezę, iż nawet całkowicie skonsumowana linia kredytowa (a więc faktyczny brak zdolności kredytowej) może zostać uznany za spełnienie warunku zdolności ekonomicznej i finansowej.

Podsumował, że Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołującego podniósł, że zamawiający nie miał żadnych podstaw faktycznych i prawnych do zaniechania zastosowania wobec odwołującego przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Stał na stanowisku, że zamawiający powinien wybrać jego ofertę jako najkorzystniejszą, ponieważ zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ to właśnie oferta odwołującego jest ważna, nie podlega odrzuceniu, powinna (jako jedyna) podlegać ocenie, a w konsekwencji zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Wskazał, że zaniechanie dokonania wyboru jego oferty i naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp jest implikacją wcześniejszego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem na posiedzeniu w dniu 22 grudnia 2015 r., *Odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie* – pismo z dnia 21 grudnia 2015 r., *Stanowiska przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego* – pismo z dnia 21 grudnia 2015 r., które zamawiający złożył dodatkowo na rozprawie jako stanowisko własne, a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut złożenia przez Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. nieprawdziwego oświadczenia dotyczącego grupy kapitałowej nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający zobowiązał każdego wykonawcę do dołączenia do oferty listy podmiotów należących do tej samej co wykonawca grupy kapitałowej – w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.) w przypadku oświadczenia o tym, że dany wykonawca należy do grupy kapitałowej – wg wzoru listy stanowiącej załącznik nr 11 do SIWZ (Rozdział VI pkt 6 lit. f SIWZ).

Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. na str. 192 oferty złożył – według wzoru stanowiącego załącznik nr 11 do SIWZ – *Informację o przynależności do grupy kapitałowej*, w której nie wskazał żadnego podmiotu należącego do tej samej, co tenże wykonawca grupy kapitałowej.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący utrzymywał, że Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. niezgodnie z prawdą oświadczył, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej co Przedsiębiorstwo Utylizacji Odpadów Sp. z o.o., pomimo iż obie spółki są kontrolowane przez Panią M. M., która posiada większość udziałów w obu tych spółkach, tj. posiada 618 udziałów w spółce Zakład Oczyszczania Miasta (518 udziałów posiada Przedsiębiorstwo Utylizacji Odpadów Sp. z o.o.) oraz posiada 3060 udziałów w spółce Przedsiębiorstwo Utylizacji Odpadów (232 udziały posiada Gmina Świdnica).

Odwołujący stwierdził, że definicja przedsiębiorcy, o którym mowa w art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (definiującym pojęcie „grupy kapitałowej”) obejmuje szeroki krąg podmiotów, w tym także osoby fizyczne.

Odwołujący twierdził zatem, że Pani M. M. (osoba fizyczna) jest przedsiębiorcą (w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów).

Twierdzenie odwołującego było jednak gołosłowne.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp), że ciężar dowodu w tym zakresie, tj. że Pani M. M. jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów spoczywał na odwołującym, któremu odwołujący nie sprostął.

Jednocześnie skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że brak jest podstaw do twierdzenia, że Przedsiębiorstwo Utylizacji Odpadów posiada bezpośrednio kontrolę nad Zakładem Oczyszczania Miasta Sp. z o.o., z tego tylko względu, że Przedsiębiorstwo to posiada „jedynie” 518 udziałów, podczas gdy 618 udziałów należy do Pani M. M. (pakiet mniejszościowy).

Skład orzekający Izby stanął nadto stanowisku, że brak jest także podstaw do twierdzenia, że Przedsiębiorstwo Utylizacji Odpadów posiada pośrednio, poprzez tego samego udziałowca kontrolę nad Zakładem Oczyszczania Miasta Sp. z o.o., ponieważ to Przedsiębiorstwo Utylizacji Odpadów jest kontrolowane przez Panią M. M., a nie odwrotnie.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut niespełniania przez wybranego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W Rozdziale V pkt 1 SIWZ zamawiający określił: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

1. *Posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, tzn.: posiadają wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Burmistrza Jaworzyny Śląskiej, o którym mowa w art. 9b ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013 r. poz. 1399 z późn. zm.) co najmniej w zakresie odpadów o kodach: 15 01 01, 15 01 02, 15 01 03, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 15 01 07, 16 01 03, 17 06 04, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 10, 20 01 11, 20 01 23*, 20 01 35*, 20 01 36, 20 01 39, 20 01 40, 20 01 99, 20 02 01, 20 03 01, 20 03 07, 20 03 99,*

- a) posiadają ważne zezwolenie na transport odpadów komunalnych oraz odpadów komunalnych niebezpiecznych wydane przez właściwego starostę, o którym mowa w art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.) co najmniej w zakresie odpadów o kodach: 15 01 01, 15 01 02, 15 01 03, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 15 01 07, 17 06 04, 16 01 03, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 10, 20 01 11, 20 01 23*, 20 01 35*, 20 01 36, 20 01 39, 20 01 40, 20 01 99, 20 02 01, 20 03 01, 20 03 07, 20 03 99 lub posiadają wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.),
- b) posiadają wpis do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.) prowadzonego przez Marszałka Województwa lub Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, do czasu utworzenia ww. rejestru przez Marszałka Województwa, zgodnie z art. 235 ust. 2 ww. ustawy."

Nadto w Rozdziale VI pkt 1 lit. 6 SIWZ zamawiający określił:

„W celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca składa następujące dokumenty:

- a) (...),
- b) zezwolenie na transport odpadów komunalnych wydane przez właściwego starostę, o którym mowa w art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.) lub zaświadczenie o wpisie do rejestru o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.),
- c) zaświadczenie o wpisie do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.) prowadzonego przez Marszałka Województwa lub Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, do czasu utworzenia ww. rejestru przez Marszałka Województwa, zgodnie z art. 235 ust. 2 ww. ustawy."

Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą dwie decyzje wydane przez Starostę Świdnickiego: Decyzję Nr 27/O/13 z dnia 18 kwietnia 2013 r. (str. 138-141) oraz Decyzję Nr 40/O/15 z dnia 11 czerwca 2015 r. (str. 142-145), przy czym druga z Decyzji jak wynika z pkt II tejże decyzji zmieniła decyzję Nr 27/O/13 w ten sposób, że dopisano dodatkowe rodzaje odpadów przewidywanych do transportu, wskazując kody tych odpadów.

Na podstawie kodów wskazanych w obu ww. Decyzjach skład orzekający Izby ustalił, że obejmują one wszystkie kody wymienione w Rozdziale V pkt 1 lit. a SIWZ.

Skład orzekający Izby ustalił również, że Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą zaświadczenie z dnia 21 sierpnia 2006 r. wydane przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, w którym wskazano, iż spółce – w związku z przekazanym wnioskiem o wpis do rejestru – Główny Inspektor Ochrony Środowiska nadał numer rejestrowy E 0000865Z (str. 147).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. adekwatnie do wymogu zamawiającego z Rozdziału VI pkt 1 lit. b SIWZ złożył zezwolenie na transport odpadów komunalnych wydane przez właściwego starostę (starostę świdnickiego) – Decyzję Nr 27/O/13 z dnia 18 kwietnia 2013 r. oraz Decyzję Nr 40/O/15 z dnia 11 czerwca 2015 r.

Obie te decyzje łącznie wskazywały wszystkie kody wymienione w Rozdziale V pkt 1 lit. a SIWZ, stąd twierdzenie odwołującego o braku niektórych kodów jest niezasadne.

Jak się wydaje odwołujący błędnie przyjął, że „aktualną” decyzją jest jedynie Decyzja Nr 40/O/15 z dnia 11 czerwca 2015 roku.

Podkreślenia jednak wymaga, że Decyzją Nr 40/O/15 z dnia 11 czerwca 2015 roku Decyzja Nr 27/O/13 z dnia 18 kwietnia 2013 r. nie została uchylona, ale zmieniona w sposób wskazany powyżej (Decyzją, która została uchylona była inna Decyzja, tj. Nr 35/O/13, co wskazano w pkt I Decyzji Nr 40/O/15).

Uwzględniając powyższe brak jest podstaw do uznania, że Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. nie posiada uprawnień do wykonywania transportu odpadów zgodnie z kodami odpadów żądanymi przez zamawiającego, a w konsekwencji, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień wskazanych w Dziale V SIWZ pkt 1 SIWZ.

Dodatkowo odwołujący twierdził, że Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. nie posiada w treści wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości wymaganego w SIWZ kodu: 17 06 04.

Dostrzeżenia jednak wymaga, że choć zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie wskazanych kodów, to mimo to nie wymagał dokumentu na potwierdzenie posiadania takiego wpisu, tj. nie żądał

Zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Wskazać przy tym należy, że twierdzenie w tym zakresie odwołujący ponownie pozostawił gołosłownym.

O nieprawdziwości twierdzenia odwołującego świadczy *Zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości* z dnia 24 kwietnia 2013 r. wydane przez starostę świdnickiego Zakładowi Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. w Świdnicy złożone przez zamawiającego na rozprawie, w którym wskazano także kod 17 06 04 – materiały izolacyjne inne niż wymienione w 17 06 01 i 17 06 03.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia uznać należy, że Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. w Świdnicy posiada wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości, w którym ujęto także kod 17 06 04.

Zarzut nie spełniania przez wybranego wykonawcę warunku dotyczącego posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W Rozdziale V SIWZ pkt 2 zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu „*Posiadania wiedzy i doświadczenia, tzn. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie Wykonawca wykonał lub wykonuje usługi odbierania i transportu odpadów komunalnych zmieszanych, segregowanych i wielkogabarytowych do miejsca ich zagospodarowania w łącznej ilości co najmniej 3000 Mg/rok*”.

W Rozdziale VI pkt 1 lit d SIWZ zamawiający zażądał złożenia, w celu wykazania spełnienia ww. warunku: „*wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, usług polegających na odbieraniu i transporcie odpadów komunalnych zmieszanych, segregowanych i wielkogabarytowych do miejsc ich zagospodarowania w łącznej ilości co najmniej 3000 Mg/rok, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie; wzór wykazu stanowi załącznik nr 3 do SIWZ*”.

Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. przedłożył wraz z ofertą, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, Wykaz (str. 10-11), w którym ujął usługi realizowane na rzecz trzech różnych podmiotów w latach 2010-2014, w tym na rzecz Urzędu Gminy Świdnica w roku 2012: ponad 2600 Mg, w roku 2013 ponad 3400 Mg, w roku 2014 ponad 3 200 Mg, na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej Zawiszów w roku 2012 ponad 1000 Mg, na rzecz Dom Obrót i Zarząd Nieruchomościami w roku 2012 ponad 2200 Mg.

Odwołujący postawił zarzut, że Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. nie spełnia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, opierając go na błędnym rozumieniu tego warunku, tj. rozumiejąc go w ten sposób, że wykonawca winien wykazać, że dla każdej ze wskazanych usług dla poszczególnych podmiotów dokonał odbioru odpadów powyżej wymaganych 3000 Mg/rok.

Taki sposób rozumienia nie znajduje uzasadnienia w świetle brzmienia warunku postawionego w Rozdziale V pkt 2 SIWZ – brak w nim odniesienia 3000 Mg/rok do każdej usługi realizowanej przez wykonawcę na rzecz danego podmiotu.

Postawiony przez zamawiającego warunek to wykazanie w trzyletnim okresie poprzedzającym termin składania ofert usług odbierania odpadów „w łącznej ilości co najmniej 3000 Mg/rok”, co wykonawca Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. wykazał, ponieważ w roku 2012 odebrał łącznie 5800 Mg odpadów, w roku 2013 3400 Mg odpadów oraz w roku 2014 łącznie ponad 3200 Mg odpadów.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie spełniania przez Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia nie potwierdził się.

Zarzut nie spełniania przez wybranego wykonawcę warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W Rozdziale V SIWZ pkt 4 lit. a SIWZ zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu: „Wykonawca wykaże, że: a) posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę minimum w wysokości 500 000 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych”.

W Rozdziale VI pkt 1 lit g SIWZ zamawiający zażądał złożenia, w celu wykazania spełnienia ww. warunku: „informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność

kredytową w wysokości minimum 500 000 zł, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert".

Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą zaświadczenie Banku Zachodniego WBK S.A. z dnia 19 listopada 2015 r., iż Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. „*posiada produkt Rachunek bieżący o numerze (...) z limitem w wysokości 650 000,00 PLN. Pozostało do wykorzystania 450 661, 48 PLN*".

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby podziela pogląd, iż istotą stawianych w postępowaniu o udzielenie zamówienia warunków finansowych polegających na konieczności wykazania posiadania zdolności kredytowej lub posiadania środków finansowych jest udowodnienie, że wykonawca ma faktyczny dostęp do finansowania w określonej kwocie, bądź to w postaci środków własnych bądź w postaci środków, które może uzyskać w drodze kredytu.

W przedmiotowej sprawie Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. złożył zaświadczenia, z którego bezspornie wynika, że nie ma już dostępu do finansowania w żądanej przez zamawiającego wysokości 500 tys. złotych.

Sytuacja taka oznacza, że kwota zdolności kredytowej (650 tys. złotych) obniżyła się do 450 661, 48 złotych, a tym samym nie osiąga już żądanego przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu poziomu 500 tys. złotych. Innymi słowy, zdolność kredytowa Zakładu Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. została przez niego „skonsumowana”, poprzez wykorzystanie kredytu w ramach rachunku bieżącego.

Wskazać należy, że uprzednio wykorzystany limit stanowi swoisty reduktor kwoty pełnego przyznanego limitu (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia sygn. akt KIO 2797/14).

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Ze względu jednak na fakt, że Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. nie był dotychczas wzywany przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, zamawiający winien zastosować przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Stąd skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu w ramach ponownego badania i oceny ofert wezwanie wykonawcy Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o. do uzupełnienia

dokumentu potwierdzającego, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej nie potwierdził się.

Ze względu na fakt, że Zakład Oczyszczania Miasta Sp. z o.o., nie był dotychczas wzywany przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, zamawiający, nie miał podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty – obowiązkiem zamawiającego jest bowiem w takiej sytuacji zastosowanie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji uznać należy, że uznanie oferty odwołującego jako jedynej, która nie podlega odrzuceniu i jej wybór jest przedwczesny.

Ponieważ potwierdził się jeden z zarzutów odwołania odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1 lit. a oraz 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. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: