

Sygn. akt: KIO 2812/14

## WYROK

z dnia 19 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Rams**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 stycznia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 grudnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: **Dębickie Zakłady Komunalne „DEZAKO” Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy oraz Zakład Usług Miejskich Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy,**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Świadczenie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Pilzno”*

prowadzonym przez **Gminę Pilzno**

przy udziale wykonawcy **Miejskiego Zakładu Komunalnego Pilzno Sp. z o.o. z siedzibą w Strzegomicach**

orzeka:

1. **Oddala odwołania.**
2. Kosztami postępowania w sprawie obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: Dębickie Zakłady Komunalne**

**„DEZAKO” Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy oraz Zakład Usług Miejskich Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy i:**

- 1.1. 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 konsorcjum firm: Dębickie Zakłady Komunalne „DEZAKO” Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy oraz Zakład Usług Miejskich Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy** tytułem wpisu od odwołania,
- 1.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: Dębickie Zakłady Komunalne „DEZAKO” Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy oraz Zakład Usług Miejskich Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy na rzecz zamawiającego Gminy Pilzno** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych trzy grosze), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

W dniu 29 grudnia 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy konsorcjum firm: Dębickich Zakładów Komunalne „DEZAKO” Sp. z o.o. i Zakładu Usług Miejskich Sp. z o.o. (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Gminie Pilzno (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie z postępowania i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rzekomego niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez uczestnika konsorcjum Zakładu Usług Miejskich (brak wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Miasta Pilzna) w sytuacji, gdy Odwołujący wykazał, iż lider konsorcjum posiada wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Miasta Pilzna;
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawny wybór oferty Przedsiębiorstwa Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. w sytuacji, gdy za najkorzystniejszą powinna być uznana oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) uwzględnienie odwołania; (ii) unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na: wykluczeniu Odwołującego z postępowania, odrzuceniu oferty Odwołującego; wyborze oferty Przedsiębiorstwa Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej; (iii) powtórzenie czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego; (iv) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że w dniu 23 grudnia 2014 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo, z którego treści wynikało, że za najkorzystniejszą została uznana oferta Przedsiębiorstwa Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. z ceną 689.255 zł brutto oraz z terminem płatności faktury wynoszącym 30 dni. Wraz z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący został poinformowany o wykluczeniu go z postępowania a w konsekwencji o odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty. Oferta Odwołującego przewidywała cenę w wysokości 580 000,00 zł brutto oraz termin płatności faktury wynoszący 30 dni. Była więc ofertą korzystniejszą od oferty wybranej przez

Zamawiającego. Zgodnie z uzasadnieniem faktycznym i prawnym decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający podniósł, iż uczestnik konsorcjum Zakład Usług Miejskich Sp. z o.o. nie posiadał na dzień składania oferty wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Pilzno. Z tego względu nie posiadał uprawnień do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Pilzno. W związku z powyższym, wykonawcy nie wykazali spełniania stawianego warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp.

Odniesienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że uczestniczy w postępowaniu w ramach konsorcjum złożonego z dwóch firm: Dębickich Zakładów Komunalnych „DEZAKO” Sp. z o.o. (lidera) oraz Zakładu Usług Miejskich Sp. z o.o. (uczestnika konsorcjum).

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonując wykluczenia z postępowania Odwołującego, nieprawidłowo wskazał, iż na podstawie art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych należy wymagać od każdego z uczestników konsorcjum (wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego) wpisu do rejestru działalności regulowanej.

W ocenie Odwołującego, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wystarczy aby warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w postaci wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Miasta Pilzno były spełnione przez minimum jednego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Nie budzi przy tym wątpliwości, iż wpis do rejestru działalności regulowanej posiadają Dębickie Zakłady Komunalne „DEZAKO” Sp. z o.o.

Odwołujący wskazał również, że powyższe uprawnienie z tytułu wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Miasta Pilzno, przysługujące Dębickim Zakładom Komunalnym „DEZAKO” Sp. z o.o. nie było kwestionowane przez Zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 23 grudnia 2014 r.

Zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych

warunków zamówienia. Skoro jak zostało to wykazane powyżej, Odwołujący nie powinien zostać wykluczony z postępowania a w konsekwencji jego oferta nie powinna ulec odrzuceniu, to należy uznać, iż Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. W szczególności wybrana oferta Przedsiębiorstwa Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. była ofertą mniej korzystną od oferty Odwołującego, gdyż przy takim samym spełnianiu przez obie oferty kryterium „terminu płatności faktury”, wybrana oferta była droższa niż oferta Odwołującego. Ponieważ Zamawiający bezzasadnie wybrał ofertę mniej korzystną od oferty Odwołującego, doszło do naruszenia zarówno zasad określonych w art. 91 ustawy Prawo Zamówień Publicznych jak również w ustawie o finansach publicznych. Prawidłowa ocena złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego winna doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Należy mieć na względzie, iż prawidłowy wybór najkorzystniejszej oferty jest podstawowym obowiązkiem Zamawiającego, albowiem art. 7 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych stanowi, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „**SIWZ**”) oraz ogłoszenie o zamówieniu z dnia 5 grudnia 2014 r. na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania przetargowego; (iii) pismo Zamawiającego z dnia 23 grudnia 2014 r. na okoliczność ustalenia przyczyn wykluczenia Odwołującego z postępowania przetargowego; (iv) zaświadczenie o wykreśleniu z rejestru działalności regulowanej z dnia 5 lipca 2013 r. oraz zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej z dnia 22 grudnia 2014 r. na okoliczność ustalenia czy Odwołujący posiadał wpis do rejestru działalności regulacji przed dniem złożenia ofert.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Świadczenie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Pilzno”.

W rozdziale 8, pkt 8.1 (a) SIWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy Pzp, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 23 grudnia 2014 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej. Odwołujący został wykluczony z postępowania, gdyż uczestnik konsorcjum Zakład Usług Miejskich Sp. z o.o. nie posiadał na dzień składania oferty wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Pilzno. Zamawiający wskazał, że z tego względu nie posiadał uprawnień do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Pilzno. W związku z powyższym, wykonawcy nie wykazali spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W dniu 13 stycznia 2015 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie go w całości.

***Izba zważyła co następuje:***

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, co oznacza, że w przypadku uznania, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może również ponieść szkodę w postaci utraty korzyści finansowych wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Istota sporu pomiędzy stronami sprowadza się do rozstrzygnięcia czy każdy członek konsorcjum ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego winien legitymować się wpisem do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 1 i 2 i art. 9c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. 1996 nr 132 poz. 622 ze zm.)

W pierwszej kolejności należy wskazać, że możliwość wspólnego ubiegania się o realizację zamówienia publicznego wynika wprost z art. 23 ustawy Pzp. Przepis ten zezwala wykonawcom, którzy samodzielnie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu lub nie dysponują potencjałem gwarantującym rzetelną realizację umowy na udział w postępowaniach poprzez łączenie odpowiednich zasobów członków konsorcjum. Na tle udziału konsorcjum w procedurze udzielenia zamówienia publicznego wątpliwości wzbudza kwestia oceny spełniania warunku o jakim stanowi art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Wątpliwości te widoczne

są w literaturze przedmiotu, gdzie dominuje stanowisko opowiadające się za odnoszeniem zasady sumowania potencjału również w zakresie uprawnień, lecz wskazywane jest również, że w wyjątkowych sytuacjach zasadne jest żądanie wykazanie posiadania uprawnień przez każdego członka konsorcjum.

W ocenie Izby art. 23 ust. 3 ustawy Pzp wprowadza nakaz odpowiedniego stosowania wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie przepisów o wykonawcy. Oznacza, że przepisy art. 22 ust. 1 pkt 1 – 4 winny być stosowane odpowiednio, nie zaś wprost. Jak podkreśla Sąd Najwyższy, „w piśmiennictwie trafnie zauważa się, że pojęcie „odpowiedniości” stosowania określonego przepisu oznacza, że niektóre jego postanowienia będzie można stosować bez żadnej modyfikacji, inne trzeba będzie odpowiednio zmodyfikować, a jeszcze innych w ogóle nie będzie można stosować” (tak Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 17 stycznia 2013 r. sygn. akt III CZP 51/13). Możliwość odpowiedniego stosowania przepisów otwiera drogę do wykładni celowościowej i funkcjonalnej. Celem oraz funkcją art. 23 ustawy Pzp jest niewątpliwie umożliwienie udziału w rynku zamówień publicznych szerszej grupy wykonawców, czyli takich którzy w pojedynkę nie byłiby w stanie spełnić wymagań zamawiającego. Jednakże wykładania celowościowa oraz funkcjonalne przepisu art. 23 ustawy Pzp nie może doprowadzić do obejścia przepisów szczególnych, określających wymagania jakie należy spełniać wykonując określoną działalność gospodarczą oraz do naruszenia zasady stanowiącej, że celem postępowania przetargowego jest wyłonienie wykonawcy, który poprzez zdobyte doświadczenia i posiadane uprawnienia daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. W konsekwencji, Izba stoi na stanowisku, że odpowiednie stosowanie przepisu art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp winno być interpretowane na tle konkretnego stanu faktycznego, w tym zwłaszcza przedmiotu zamówienia. W sytuacjach, w których realizacja całości zamówienia będzie wymagała posiadania uprawnień i wszyscy uczestnicy konsorcjum będą zaangażowani w wykonywanie takiego zamówienia, warunek udziału w tym zakresie będzie musiał być spełniony przez wszystkich uczestników konsorcjum. Dotyczy to przypadków, gdy przedmiot zamówienia ma charakter jednorodny i obejmuje swoim zakresem wyłącznie działalność wymagającą uzyskanie odpowiedniego zezwolenie, licencji czy koncesji.

Wskazać dalej należy, że zgodnie z art. 9b ust. 1 i 2 oraz art. 9c ust. 1 ustawy utrzymania czystości i porządku w gminach działalność z zakresu odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Przedsiębiorstwa odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest zobowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

Ponadto, zgodnie z art. 5 pkt 5 i art. 64 ust. 1 ustawy o działalności gospodarczej działalność regulowana to działalność gospodarcza, której wykonywanie wymaga spełnienia szczególnych warunków, określonych przepisami prawa. Jeśli przepis ustawy stanowi, że dany rodzaj działalności jest działalnością regulowaną w rozumieniu powyższej ustawy, przedsiębiorca może wykonywać tę działalność, jeżeli spełnia wszystkie szczególne warunki określone przepisami tej odrębnej ustawy i po uzyskaniu wpisu w rejestrze działalności regulowanej.

W analizowanym stanie faktycznym przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie gminy Pilzno. Przedmiot zamówienia ma więc charakter jednorodny i obejmuje swoim zakresem działalność, której wykonywanie wymaga wpisu do rejestru działalności regulowanej. Izba stosując odpowiednio przepisy art. 22 ust. 1 ustawy Pzp stanęła na stanowisku, że w przedmiotowej sprawie posiadanie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych wyłącznie przez jednego członka konsorcjum nie może być uznane za spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Takie odpowiednie stosowanie przepisów prowadziłyby bowiem do obejścia przepisów *lex specialis* ustawy o utrzymaniu w czystości i porządku w gminach. Skoro przedmiot zamówienia obejmuje swym zakresem wyłącznie odbieranie odpadów komunalnych, to zasadne było wymaganie od każdego członka konsorcjum, który planuje realizować zamówienia, posiadanie wpisu do rejestru działalności regulowanej.

Odwołujący podnosił, że w umowie konsorcjalnej strony ustaliły, że do czasu wpisu do rejestru działalności regulowanej Zakładu Usług Miejskich Sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy czynności odbioru i zagospodarowania śmieci będzie wykonywał wyłącznie drugi członek konsorcjum posiadający uprawnienie. Jednakże Odwołujący podczas rozprawy nie był w stanie zacytować przywołanego postanowienia umowy, ani złożyć kopii umowy do akt sprawy. W konsekwencji Izba uznała powyższą okoliczność na nieudowodnioną.

Dalej należy wskazać, że wpis Zakładu Usług Miejskich Sp. z o.o. w siedzibą w Dębicy do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez burmistrza Pilzno po upływie terminu składania ofert jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania. Podobnie jak argumentacja Odwołującego, w której podkreślił on, że obaj członkowie konsorcjum posiadają odpowiedni wpis przed datą rozpoczęcia realizacji zamówienia więc spełniają wymogi określone ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Odwołujący pominął zupełnie okoliczność, że to Zmawiający w treści SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty jakie wykonawcy byli zobowiązani złożyć w celu wykazania ich spełnienia. W SIWZ Zamawiający wymagał w rozdziale 8, pkt 8.1 (a), iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać



się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy Pzp, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Oznacza to, że wykonawca ten winien osiadać wpis do rejestru działalności regulowanej nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert. Termin składania oferty w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 15 grudnia 2014 r. Odwołujący złożył podczas rozprawy zaświadczenie o wpisie Zakładu Usług Miejskich do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez burmistrza Pilzna z dnia 22 grudnia 2014 r. Potwierdził również podczas rozprawy, że na dzień składania oferty wykonawca ten nie figurował we właściwym rejestrze. Oznacza, to, że przed upływem terminu na składania ofert członek konsorcjum nie posiadał odpowiedniego wpisu, a w konsekwencji całe konsorcjum nie spełniało warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego.

Wskazać również należy, że w treści Załącznika nr 2 do SIWZ obaj wykonawcy złożyli oświadczenie, że posiadają odpowiednie uprawnienie do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia. W złożonym oświadczeniu brak jest jakiegokolwiek adnotacji, że jeden członek konsorcjum nie spełnia wymagań określonych przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku.

Podsumowując Izba stanęła na stanowisku, że przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i został zasadnie wykluczony z postępowania na podstawie art. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W konsekwencji, Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczona stosowanie do wyniku postępowania – na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

**Przewodniczący:** .....