

WYROK
z dnia 6 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Justyna Tomkowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe EKO F. Sp. K., LOTOF SYSTEM Sp. z o.o., Chojnica 2, 78-650 Miroslawiec** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Świdwin, Pl. Konstytucji 3 Maja 1, 78-300 Świdwin**

przy udziale wykonawcy **Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 21, 78-300 Świdwin**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty odwołującego w wyniku wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu oraz nakazuje zamawiającemu ponowienie czynności badania i oceny ofert, w tym oferty odwołującego z uwzględnieniem możliwości udowodnienia przez odwołującego, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenie obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Świdwin, Pl. Konstytucji 3 Maja 1, 78-300 Świdwin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe EKO F. Sp. K., LOTOF SYSTEM Sp. z o.o., Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec** tytułem wpisu od odwołania,

 - 2.2. zasądza od **Gminy Miasta Świdwin, Pl. Konstytucji 3 Maja 1, 78-300 Świdwin** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe EKO F. Sp. K., LOTOF SYSTEM Sp. z o.o., Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Koszalinie**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „*świadczenie usług w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie miasta Świdwin*” wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe EKO F. S.k. oraz LOTO SYSTEM Sp. z o.o. (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności Gminy Miasta Świdwin (dalej „zamawiający”), polegającej na wykluczeniu odwołującego oraz odrzuceniu jego oferty, a także wobec czynności wyboru oferty Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o. o. w Świdwinie (dalej „ZUK” albo „przystępujący”), tj. zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 22 ust. 1 pkt 1, poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wykazał, że posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności w sytuacji, gdy przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, podczas gdy lider konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe EKO F. Sp. k. przedłożył wpis do rejestru działalności regulowanej,
2. art. 22 ust. 1 pkt 3, poprzez przyjęcie, że odwołujący nie wykazał, iż dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia, podczas gdy wraz z ofertą złożony został wykaz posiadanych urządzeń, który to w sposób wystarczający identyfikował – poprzez opis właściwości funkcjonalnych – pojazdy, które mają być wykorzystywane do wykonania zamówienia, a także brak wskazania przez zamawiającego, jakiego rodzaju informacje powinny zostać udzielone w opisie urządzeń do realizacji umowy,
3. art. 24 ust. 2a, poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że zachodzą w odniesieniu do odwołującego przesłanki do wykluczenia go z postępowania, podczas gdy odwołujący nie dopuścił się zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz poprzez zaniechanie przez zamawiającego podjęcia czynności polegającej na wezwaniu odwołującego od udowodnienia, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz, iż naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia,
4. art. 26 ust. 3, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ZUK do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń odnośnie do warunków udziału w postępowaniu spełniających wymogi określone w SIWZ, tj. opłaconej polisy, a w przypadku jej

braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a nadto odnośnie do braku wykazania, że wykonawca ten dysponuje odpowiednim doświadczeniem oraz potencjałem technicznym do wykonania zamówienia,

5. art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 89 ust. 1 pkt 5, poprzez zaniechanie wykluczenia Zakład Usług Komunalnych Sp. z o. o. z siedzibą w Świdwinie, pomimo iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
6. art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art 91 ust. 1, poprzez wybranie oferty wykonawcy ZUK, który winien być wykluczony z postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego, polecającej na wykluczeniu odwołującego oraz odrzuceniu jego oferty oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie uznania za taką oferty złożonej przez wykonawcę ZUK,
2. powtórzenie czynności zamawiającego, polecającej na dokonaniu ponownej oceny ofert i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy ZUK z postępowania.

W odniesienia do zarzutu braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu – niewykazania posiadania uprawnień do wykonywania działalności – wpisu do rejestru działalności regulowanej odwołujący wskazał, że określając warunki udziału w postępowaniu zamawiający, w Rozdziale IX SIWZ przewidział, że „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki zawarte w art. 22 ust 1 ustawy PZP, dotyczące:

- 1) *posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, tj.:*
 - *posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013 r. poz. 1399 ze zm.), prowadzonego przez Burmistrza Miasta Świdwin, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia;*
 - *posiada wpis do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, wymagany zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21);*
 - *posiada uprawnienie do transportu odpadów wynikające z zezwolenia na transport odpadów, lub zezwolenia na odzysk i unieszkodliwianie odpadów, o którym mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21) w zakresie objętym przedmiotem zamówienia”.*

Wskazał również, że w odniesieniu do ww. warunków zamawiający w dalszej części Rozdziału IX przyjął, że „w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków Określonych w pkt 1-4 winien spełniać co najmniej jeden z tych wykonawców albo wszyscy Ci wykonawcy wspólnie”.

Odwołujący stanął na stanowisku, że nie można uznać, że w przypadku gdy to tylko jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, wówczas warunek nie został spełniony, albowiem warunki te powinny być spełnione łącznie przez wszystkie podmioty, co oznacza, że wystarczającym jest, aby wpis do rejestru działalności regulowanej posiadał jeden z konsorcjantów – jak w niniejszej sprawie.

Uznał, że nadinterpretacją jest domaganie się przez zamawiającego, wbrew literalnemu brzmieniu zapisów SIWZ, spełnienia tego warunku (posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej) przez wszystkie podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że z przepisu art. 23 ust. 3 ustawy Pzp nie wynika sposób konstruowania warunków udziału w postępowaniu – zamawiający może więc postawić warunki udziału w postępowaniu w sposób odpowiedni do realizacji celu postępowania, zaś postulaty co do kształtowania konkretnych warunków udziału w postępowaniu (opisu sposobu dokonywania oceny ich spełnienia) wyraża art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego zamawiający, ustalając warunki udziału w postępowaniu, spełnienie tych warunków pozostawił w oderwaniu od art. 23 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołał się do wyroku z dnia 18 maja 2010 r. (KIO/UZP 786/10) zgodnie, z którym w zakresie uprawnień za wystarczające do uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącym przedmiotu o różnym rodzaju należy uznać, gdy uprawnienie posiadał będzie, co najmniej jeden z konsorcjantów, który będzie realizował tę część zamówienia, z którym wiąże się obowiązek posiadania uprawnień.

Oświadczył, że zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 2) umowy konsorcjum rola LOTOF SYSTEM Sp. z o.o. sprowadzać się ma do obsługi prawnej konsorcjum oraz sporządzania dokumentacji niezbędnej do realizacji zamówienia – spółka ta nie ma być zaangażowana bezpośrednio w świadczenie podstawowych usług w zakresie odbierania i transportowania odpadów komunalnych.

Nie zgodził się z zamawiającym, że spółka LOTOF SYSTEM z racji braku w opisie przedmiotu działalności gospodarczej (PKD) działalności prawniczej, nie może zajmować się obsługą prawną konsorcjum; również z tego względu, że działalność prawnicza nie może być prowadzona w formie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Wyjaśnił, że wykonywana przez spółkę LOTOF SYSTEM obsługa prawna konsorcjum nie jest prowadzeniem działalności prawniczej sensu stricto, a jedynie obsługą prawną

w ramach zawartej z zamawiającym umowy – w tym rozumieniu spółka LOTOF SYSTEM przykładowo może być odpowiedzialna za przygotowanie w imieniu konsorcjum dokumentacji dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia lub na etapie wykonywania umowy może zajmować się również prowadzeniem korespondencji, przygotowywaniem pism, raportów, rozliczeń itp., może reprezentować oba podmioty (członków, konsorcjum) w sporach przed sądami, korzystając w tych przypadkach z usług pełnomocników będących radcami prawnymi lub adwokatami. Tego typu czynności – ocenił odwołujący – nie stanowią wykonywania działalności prawniczej, a czynności o charakterze prawnym w swoim interesie, jak również na rzecz konsorcjanta.

W odniesieniu do braku wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia odwołujący podniósł, że zamawiający nie wskazał rodzaju informacji, które służyć mają wykazaniu dysponowania odpowiednimi środkami technicznymi do wykonania zamówienia, w związku z czym odwołujący posłużył się stanowiącym załącznik nr 7 wzorem, za pośrednictwem, którego zamawiający zażądał przedstawienia „wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami”.

Wskazał, że w tym przypadku zamawiający określił, iż należy wskazać rodzaj pojazdu, ilość oraz informację o podstawie do dysponowania danym pojazdem. Dodał, że zamawiający nie określił wzoru w postaci załącznika, jednakże z uwagi na zbieżność tego warunku z przewidzianym w załączniku nr 7 (wykaz urządzeń), uznać należało, że dla zamawiającego wystarczającym jest, aby wykazanie dysponowania danym potencjałem odbyło się poprzez określenie rodzaju pojazdów, wskazanie ilości oraz dokonanie opisu tych pojazdów.

W ocenie odwołującego wskazanie rodzaju pojazdów oraz dokonanie ich opisu w sposób dostateczny pozwala ocenić spełnienie warunku w postaci dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia.

Odwołał się do wyroku z dnia 8 sierpnia 2013 r. (KIO 1830/13), w którym Izba przyjęła, iż brak określenia opisu sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu odnośnie potencjału osobowego, a równocześnie żądanie złożenia tzw. wykazu osób, narusza szereg przepisów ustawy, w tym art. 7 ust. 1 (zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji), art. 25 ust. 1 i art. 36 ust. 1 pkt 5 p.z.p. (nie opisano sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu; skoro nie sprecyzowano wymogu minimalnego, to wykazu nie można uznać za dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania).

Odwołujący podniósł, że w niniejszej sprawie zamawiający nie określił, jakie dane konkretyzujące urządzenia powinny zostać określone w ofercie, co oznacza, że odwołujący

miał prawo wykazać, że dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym poprzez wskazanie rodzajów pojazdów oraz ich opis.

Zauważył, że taki sposób opisu pojazdów – potencjału technicznego – jest o wiele bardziej identyfikujący pojazd, aniżeli podanie marki lub numeru rejestracyjnego, pod którymi mogą się kryć pojazdy niespełniające funkcji niezbędnych do wykonania zamówienia.

Podkreślił, że zamawiający nie określił w przedmiocie wykazania, że wykonawca dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia żadnego warunku, wskazując chociażby na elementy pozwalające na zidentyfikowanie pojazdów, toteż stawianie odwołującemu zarzutów dotyczących braku wykazania dysponowania wymaganym zasobem potencjału w celu możliwości należytego wykonywania usługi objętej przedmiotem zamówienia nie może być oparte na ogólnej treści wymogu SIWZ – przyjęć należy, że zamawiający w tym zakresie nie określił konkretnego wymogu wykazania dysponowania przez wykonawcę potencjałem technicznym koniecznym do realizacji zamówienia.

Dodał, że zamawiający, na etapie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, w tym opisu urządzeń technicznych nie określił również, jakie cechy/elementy pojazdów wykonawca powinien posiadać/opisać.

W konsekwencji, wywodził odwołujący, skoro zamawiający nie określił minimalnych wymogów co do sposobu wykazania potencjału technicznego, to brak jest podstaw do uznania, że odwołujący nie spełnił stawianych warunków, a przez to nie zachodzi możliwość dokonywania rozszerzającej interpretacji art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jak i podstawy wykluczenia odwołującego z postępowania – skoro zamawiający nie żądał wprost przedłożenia odpowiednich dokumentów, to stosownie do art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wystarczające jest złożenie oświadczenia w przedmiocie posiadania odpowiedniego potencjału technicznego.

W niniejszym postępowaniu – wyjaśnił odwołujący, złożył on oświadczenie, że dysponuje pojazdami o określonych parametrach i właściwościach.

W odniesieniu do wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp odwołujący podniósł, że nowelizacja tego przepisu miała na celu wyłączenie możliwości wykluczania wykonawców, którzy bez względu na stopień zawinienia pozbawieni byli możliwości udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp stanowi o kwalifikowanej postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania i wymaga nie tylko spełnienia przez zamawiającego obowiązków z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania, ale również

wymaga przedstawienia wykonawcy dowodów, które tę czynność uzasadniały (za wyrokiem z dnia 9 lutego 2015 r., KIO 145/15).

Zdaniem odwołującego, za dowód na okoliczność poważnego naruszenia obowiązków zawodowych nie może być uznane wystąpienie Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego do Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Szczecinie o podjęcie działań zgodnie z właściwościami.

Oświadczył, że w stosunku do odwołującego nie została wydana żadna decyzja stwierdzająca poważne nieprawidłowości w działalności, natomiast działania podejmowane przez Urząd Marszałkowski w ramach kontroli nie mogą być uznane za miarodajne dla przyjęcia poważnego naruszenia obowiązków zawodowych. Dodał, że wystąpienie pokontrolne zawierające ustalenia dotyczące określonego stanu faktycznego oraz wnioski zmierzające do wyeliminowania stwierdzonych nieprawidłowości nie stanowi rozstrzygnięcia nadzorczego, ani też nie jest aktem władczej ingerencji w sferę działalności kontrolowanej jednostki (por. postanowienie WSA w Poznaniu z dnia 08 lipca 2009 r. sygn. akt I SA/Po 583/09, postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 października 2011 r. sygn. akt II GSK 2111/11 dostępne: www.orzeczeniaihsa.gov.pl).

Niezależnie od powyższego odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, poprzez pominięcie możliwości udowodnienia przez odwołującego, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Uznał, że zaniechanie wezwania wykonawcy do ustosunkowania się do stawianych zarzutów czyni co najmniej przedwczesnym podjęcie decyzji o wykluczeniu wykonawcy.

Podkreślił, że wezwanie kierowane do wykonawcy o wykazanie działań zapobiegających wykluczeniu z postępowania nie może się sprowadzać do zabiegów czysto formalnych.

W odniesieniu do zarzutu braku wykluczenia wykonawcy ZUK i wybór oferty tego podmiotu jako najkorzystniejszej w zakresie dotyczącym braku spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia wymaganego w Rozdziale IX punkt 2 SIWZ podał, że zamawiający w Rozdziale IX pkt 2 SIWZ przyjął założenie, iż w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca przedstawi w wykazie wykonanych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, świadczenie usługi polegającej na odbiorze odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych.

Odwołujący podniósł, że z zapisu tego wynika, że zamawiający żądał wykazania usług, których przedmiotem było świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych, jak i niezamieszkałych (w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu do oferty należało załączyć wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Ocenił, że w załączniku pn. „Wykaz głównych usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat” wykonawca ZUK nie wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat wykonał usługi polegające na odbiorze odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, a nadto że z załączonych do oferty dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług nie wynika, że świadczone usługi polegające na odbieraniu odpadów komunalnych wykonywane były na łącznie nieruchomościach zamieszkałych i niezamieszkałych.

Zwrócił uwagę, że jeden z dokumentów załączonych do oferty wystawiony przez Jednostkę Wojskową nr 3294 ze Świdwina nie został opatrzony datą, a dokument potwierdzający wykonanie usługi wystawiony przez Zespół Zarządców Nieruchomości nie odnosi się do żadnej z usług wskazanych w załączniku „Wykaz głównych usług (Usługa wykonana na rzecz WAM Koszalin wskazana w pozycji nr 1 załącznika „Wykaz głównych usług (...))” nie została potwierdzona przez Wykonawcę dowodem należytego wykonania.

W odniesieniu do braku spełnienia przez wykonawcę ZUK warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym wskazanym w Rozdziale IX punkt 3 lit. A) i B) SIWZ odwołujący podał, że w załączniku nr 7 do oferty – Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu (...) oraz w załączniku „Opis urządzeń technicznych” wykonawca ten nie wykazał posiadania lub dysponowania minimum dwoma pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, w tym jednego wyposażonego w HDS do opróżniania pojemników typu dzwon oraz jednego hakowca do wywozu kontenera o max pojemności 23 m³, nie wykazany został również minimum 1 pojazd do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej o masie do 3,5t.

Stwierdził, że w załączniku nr 7 w poz. nr 3 wykonawca ZUK wykazał tylko jeden pojazd specjalistyczny przystosowany do odbierania odpadów zebranych selektywnie wyposażony w HDS do opróżniania pojemników typu „dzwon” lub „igloo”, a w załączniku pn. „Opis urządzeń technicznych” wykazał, że posiada tylko jeden pojazd z urządzeniem hakowym do przewożenia kontenerów oraz urządzeniem dźwigowym – żuraw do

opróżniania pojemników typu „dzwon”, nie wykazał natomiast drugiego pojazdu, tj. hakuwca do wywozu kontenera o max. pojemności 23 m³.

Stwierdził także, że z kolei w poz. nr 3 załącznika nr 7 wykazany został pojazd specjalistyczny do zbierania odpadów bez funkcji kompaktującej bez wskazania, jaka jest jego masa całkowita. Dodał, że masa tego pojazdu nie została również wskazana w załączniku pn. „Opis urządzeń technicznych”.

Podsumował, że nie spełniony został tym samym zapis wymagań wskazanych w Rozdziale IX punkt 3 lit. A) C) o konieczności posiadania lub dysponowania pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej o masie do 3,5t.

Uznał nadto, że w załączniku do oferty „Opis urządzeń technicznych” wykonawca ZUK nie opisał, a więc nie wykazał posiadania lub dysponowania wymaganymi przez zamawiającego w Rozdziale X ust 1 pkt 4 i 5 SIWZ narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi dostępnymi wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia.

Wskazał, że zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia podał, jakie urządzenia techniczne w tym pojazdy, pojemniki, worki do zbierania odpadów komunalnych powinien posiadać wykonawca w celu realizacji zamówienia.

Stwierdził, że w Załączniku do oferty pn. „Opis urządzeń technicznych” wykonawca ZUK nie wykazał, że będzie dysponował odpowiednią ilością urządzeń technicznych w tym pojemnikami, kontenerami, workami do zbierania odpadów komunalnych, bazą magazynowo-transportową, stanowiskami logistycznymi i dyspozytorskimi oraz innymi narzędziami służącymi do zapewnienia jakości świadczonych usług – nie wykazał tym samym spełnienia warunku udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 ustawy Pzp).

Zdaniem odwołującego wykonawca ZUK nie spełnił warunku zawartego w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem ekonomicznym wskazanym w Rozdziale X ust. 1 pkt 8 SIWZ, ponieważ załączył do oferty kopię polisy ubezpieczeniowej, z której wynika, że przedsiębiorca nie jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie wymaganym przez zamawiającego, który wymagał cyt. „Opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia.” – Wniosek do polisy ubezpieczeniowej nr TPP/34252710 z dnia 30.09.2014 r. w punkcie 12 zawiera zapis „Dodatkowe oczekiwania dotyczące zakresu ochrony – Polisa OC dotyczy wyłącznie podpisanej umowy na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych na nieruchomościach na terenie miasta Świdwin”.

Odwołujący podniósł, że w związku z tym, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych powstających na

nieruchomościach zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Miasta Świdwin, polisa ubezpieczeniowa OC wykonawcy powinna zawierać co najmniej zakres wskazany w SIWZ i Opisie przedmiotu zamówienia, lub szerszy, jednak polisa wykonawcy ZUK nie spełnia tego wymogu.

Uznał, że zamawiający pomimo uchybień w ofercie wykonawcy ZUK, pomijając wynikający z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w konsekwencji pomijając brak wykazania spełnienia tych warunków, który winien skutkować wykluczeniem wykonawcy ZUK z postępowania, dokonał wyboru oferty tego podmiotu jako najkorzystniejszej, co jest w sposób oczywisty nieuprawnione.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego przy piśmie z dnia 30 września 2015 r. w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, *Odpowiedzi na odwołanie* – pisma zamawiającego z dnia 4 oraz 5 października 2015 r., *Uzasadnienia do zgłoszenia przystąpienia do odwołania po stronie zamawiającego* – pismo z dnia 5 października 2015 r., a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut niezasadnego wykluczenia odwołującego z tego powodu, że nie wykazał, że posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności w sytuacji, gdy przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, podczas gdy lider konsorcjum: Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe EKO F. Sp. k. przedłożył wpis do rejestru działalności regulowanej potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W Rozdziale IX SIWZ „*Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*” zamawiający, w pkt. 1 tegoż rozdziału, wskazał: „*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki zawarte w art. 22 ust. 1 ustawy PZP, dotyczące:*

- 1) *posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, tj.:*
 - *posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013r. poz. 1399 ze zm.), prowadzonego przez Burmistrza Miasta Świdwin, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia;*

- posiada wpis do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, wymagany zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21);
- posiada uprawnienie do transportu odpadów wynikające z zezwolenia na transport odpadów, lub zezwolenia na odzysk i unieszkodliwianie odpadów, o którym mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21) w zakresie objętym przedmiotem zamówienia”.

W dalszej kolejności w rozdziale IX SIWZ zamawiający podał: „W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, każdy z warunków określonych w pkt 1-4 winien spełniać co najmniej jeden z tych wykonawców albo wszyscy Ci wykonawcy wspólnie”.

W Rozdziale X „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu” zamawiający zażądał załączenia do oferty dokumentu „Potwierdzającego posiadanie uprawnień do wykonywania działalności, tj.: - posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013r. poz. 1399 ze zm.), prowadzonego przez Burmistrza Miasta Świdwin, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia” (Rozdział X pkt 1 ppkt 2).

W Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ w § 2 Realizacja przedmiotu zamówienia zamawiający przykładowo wskazał (użyto sformułowania: „Przedmiot zamówienia będzie realizowany w szczególności przez”) czynności wchodzące w zakres zamówienia, w tym w pkt 9-11:

„9) każdorazowe informowanie Zamawiającego o stwierdzonych przypadkach niezgodnego z postanowieniami Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta Świdwin, w szczególności w zakresie:

- a) wyposażenia nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych w pojemniki do gromadzenia odpadów,
 - b) oznakowania pojemników i worków przeznaczonych do gromadzenia odpadów w sposób potwierdzający ich przynależność do gminnego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi,
 - c) gromadzenia odpadów komunalnych poza pojemnikami i workami,
 - d) selektywnego sposobu gromadzenia odpadów przez właścicieli nieruchomości.
- 10) dokumentowanie nieprawidłowości, o których mowa w ppkt. 9), poprzez wykonywanie zdjęć lub zapisów wideo, w sposób umożliwiający jednoznaczne potwierdzenie nieprawidłowości i identyfikację miejsca, daty oraz nieruchomości,

11) *przekazywanie raportów przez Wykonawcę Zamawiającemu w formie elektronicznej o stwierdzonych nieprawidłowościach na danej nieruchomości. Przekazywanie raportów winno nastąpić najpóźniej następnego dnia roboczego*”.

W swojej ofercie odwołujący, co potwierdził zamawiający w *Zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania* z dnia 14 września 2015 r., wykazał, że *„do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Świdwina na dzień otwarcia ofert przynależy samodzielnie Lider Konsorcjum”* – zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Świdwina z dnia 3 kwietnia 2012 r., zaświadczenie z dnia 18 lutego 2013 r. (uzupełnienie wpisu) oraz zaświadczenia z dnia 12 listopada 2014 r. oraz z dnia 17 sierpnia 2015 r. (zmiany wpisu).

Pismem z dnia 26 sierpnia 2015 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia wpisu do rejestru działalności regulowanej w odniesieniu do partnera konsorcjum, uzasadniając to tym, iż jest to sytuacja, gdy *„przedmiot zamówienia ma charakter jednorodny i obejmuje swoim zakresem wyłącznie działalność wymagającą uzyskania odpowiedniego zezwolenia, licencji lub koncesji”* (stąd warunek musi być spełniony przez wszystkich uczestników konsorcjum).

Żądanego przez zamawiającego dokumentu – w odniesieniu do partnera konsorcjum – odwołujący nie złożył. Wyjaśnił natomiast, iż rola partnera konsorcjum sprowadza się wyłącznie do obsługi prawnej konsorcjum oraz sporządzania dokumentacji niezbędnej do realizacji zamówienia, co oznacza, że partner konsorcjum nie będzie zaangażowany bezpośrednio w świadczenie głównych usług w zakresie odbierania i transportowania odpadów komunalnych.

Pismem z dnia 14 września 2015 r. – *Zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania* – zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu z tego powodu, iż nie wykazał, że posiada uprawnienia do wykonywania działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, uzasadniając to w ten sposób, iż *„W sytuacjach, w których realizacja całości zamówienia będzie wymagała posiadania uprawnień i wszyscy uczestnicy konsorcjum będą zaangażowani w wykonywanie takiego zamówienia, warunek udziału w postępowaniu 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 zezwolenia, licencji czy koncesji”*, a nadto *„W analizowanym stanie*

faktycznym przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Miasta Świdwin. Przedmiot zamówienia ma więc charakter jednorodny i obejmuje swoim zakresem działalność, której wykonywanie wymaga wpisu do rejestru działalności regulowanej. (...) Skoro przedmiot zamówienia obejmuje swym zakresem wyłącznie odbieranie odpadów komunalnych, to zasadne jest wymaganie od każdego członka konsorcjum, który planuje realizować zamówienie, posiadanie wpisu do rejestru działalności regulowanej”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Wykluczenie odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający oparł na twierdzeniu, że przedmiot tego zamówienia obejmuje wyłącznie odbieranie odpadów komunalnych, a w konsekwencji, że partner konsorcjum będzie świadczył zamawiającemu usługę odbierania odpadów.

Twierdzenie to nie znajduje jednak oparcia w ujętym przez zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ *Opisie przedmiotu zamówienia*. Zgodnie bowiem z zacytowanymi powyżej punktami 9-11 paragrafu 2 tegoż *Opisu* realizacja zamówienia będzie także wymagała wykonywania innych usług/czynności, w tym informacyjnych, w zakresie dokumentowania, czy raportowania.

W konsekwencji zasadnym jest przywołanie stanowiska wyrażonego w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Lublinie z 19.03.2012 r., sygn. akt: I Ga 39/12 zgodnie , z którym: *„W świetle orzecznictwa nie ulega wątpliwości, że odrębnie każdy z członków konsorcjum musi spełnić warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania, o których mowa np. w art. 24. ustawy Pzp. Łącznie natomiast powinny być spełniane warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3, tj. dysponowanie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Kumulacji co do zasady będzie podlegać również potencjał finansowy i ekonomiczny (art. 22 ust. pkt 4). Należy się tu również opowiedzieć za brakiem obowiązku posiadania uprawnień ustawowych (art. 22 ust. 1 pkt 1) przez wszystkich członków konsorcjum. Wyjątek będzie jednak stanowić sytuacja, w której wszystkie aspekty objęte zamówieniem wymagają posiadania uprawnień, gdyż wówczas konsorcjant, który ich nie posiada, nie mógłby w ogóle uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.”*

Potwierdzeniem, że członkiem konsorcjum, który będzie wykonywał wszystkie czynności związane z odbieraniem i transportowaniem odpadów będących przedmiotem zamówienia będzie lider tego konsorcjum – PHU EKO F. jest § 6 ust. 1 lit. a *Umowy konsorcjum w zamówieniach publicznych* zawartej w dniu 20 sierpnia 2015 r. (przed terminem składania ofert wyznaczonym na dzień 24 sierpnia 2015 r.; w prowadzonym przez zamawiającego Protokole postępowania błędnie podano termin 24.05.2015 r.): *„Członkowie*

konsorcjum biorą udział w zyskach na zasadzie odniesienia tylko do swojego zakresu zamówienia zgodnie z poniższym wykazem: a) Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Eko F. spółka w zakresie wszystkich czynności związanych z odbieraniem i transportem odpadów komunalnych, w tym również wyposażenie nieruchomości w worki i pojemniki do zbierania odpadów”.

Postanowienie § 6 ust. 1 lit. a ww. umowy konsorcjum, a nadto postanowienie § 6 ust. 1 lit. b umowy konsorcjum, zgodnie z którym „Członkowie konsorcjum biorą udział w zyskach na zasadzie odniesienia tylko do swojego zakresu zamówienia zgodnie z poniższym wykazem: b) LOTO SYSTEM Sp. z o.o. w zakresie obsługi prawnej konsorcjum, sporządzania dokumentacji niezbędnej do realizacji zamówienia” potwierdzają, że partner konsorcjum nie będzie świadczył zamawiającemu usługi odbierania odpadów, co prowadzić musi do wniosku, że posiadanie przez ten podmiot wpisu do rejestru działalności regulowanej jest zbędne. Na marginesie skład orzekający Izby wskazuje, że zamawiający przypisywał „obsłudze prawnej”, o której mowa w umowie konsorcjum znaczenie, które nie odpowiadało rozumieniu tego sformułowania przez strony tej umowy (zbyt formalne).

Wobec powyższego skład orzekający Izby stanął na stanowisku, iż zamawiający nie wykazał, że partner konsorcjum – spółka LOTO SYSTEM będzie świadczyła usługi odbioru odpadów.

Wątpliwości zamawiającego co do wiarygodności przedłożonej przez odwołującego, przy piśmie z dnia 4 września 2015 r., umowy konsorcjum, skład orzekający Izby uznał za nieuzasadnione, zważywszy na fakt, że obowiązkiem wykonawców występujących wspólnie nie było złożenie wraz z ofertą takiej umowy, a sam fakt wskazanie jej złożenia w ofercie, co nie odpowiadało zawartości tejże oferty, nie może być automatycznie traktowane jako podważający istnienie konkretnych postanowień tej umowy, czy wręcz samej umowy przed terminem składania ofert.

Uwzględniając powyższe uznać należy, że odwołujący wykazał, że posiada uprawnienia, o których mowa w Rozdziale IX pkt 1 SIWZ.

Tym samym należy uznać, że zarzut niezgodnego z ustawą Pzp wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania potwierdził się i przypisać zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzut niezasadnego wykluczenia odwołującego z tego powodu, że odwołujący nie wykazał, iż dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia, podczas gdy wraz z ofertą złożony został wykaz posiadanych urządzeń, który to w sposób wystarczający identyfikował – poprzez opis właściwości funkcjonalnych – pojazdy, które mają być wykorzystywane do wykonania zamówienia, a także zarzut braku wskazania przez zamawiającego, jakiego rodzaju informacje powinny zostać udzielone w opisie urządzeń do realizacji umowy potwierdził się w zakresie niezasadnego wykluczenia odwołującego.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W Rozdziale IX SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” zamawiający, w pkt. 1 tegoż rozdziału, wskazał: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki zawarte w art. 22 ust. 1 ustawy PZP, dotyczące:

3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował następującymi środkami technicznymi:

A) pojazdami i urządzeniami spełniającymi wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013r. poz. 122):

- a) minimum 2 (słownie: dwoma) pojazdami przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych,
- b) minimum 2 (słownie: dwoma) pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, w tym jeden wyposażony w HDS do opróżniania pojemników typu dzwon oraz jeden hakowiec do wywozu kontenera o max pojemności 23m³,
- c) minimum 1 (słownie: jednym) pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej o masie do 3,5t.”

W Rozdziale X SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu” zamawiający zażądał załączenia do oferty „Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami” – dalej „Wykaz narzędzi” – (Rozdział X pkt 1 ppkt 4 SIWZ), a także „Opisu urządzeń technicznych zastosowanych przez Wykonawcę usług w celu zapewnienia jakości posiadanego przez Wykonawcę lub które będzie pozostawało w dyspozycji Wykonawcy” – dalej „Opis urządzeń” – (Rozdział X pkt 1 ppkt 5 SIWZ), przy czym w odniesieniu do żądanego Wykazu narzędzi zamawiający

opracował jego wzór. Wzór ten stanowił załącznik nr 7 do SIWZ. W zestawieniu tabelarycznym wzoru zamawiający przewidział podanie: rodzaju pojazdu, ilości oraz informacji o podstawie dysponowania pojazdem.

Odwołujący, wykorzystując wzór stanowiący załącznik nr 7 do SIWZ, załączył do oferty *Wykaz narzędzi*, w którym ujął następujące pozycje (łącznie 5 pojazdów):

1. *„Pojazdy specjalistyczne do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych wyposażonych w system zbierający odcieki oraz wyposażone w system monitoringu bazujący na GPS”* w ilości 2, podając jako podstawę dysponowania *„Własność wykonawcy”*,
2. *„Pojazd specjalistyczny do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych wyposażony w HDS do opróżniania pojemników typu dzwon wyposażony w system monitoringu bazujący na GPS”* w ilości 1, podając jako podstawę dysponowania *„Zobowiązanie do oddania do dyspozycji innego podmiotu na podstawie art. 26 ust. 2b upup”*,
3. *„Pojazd specjalistyczny do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych hakowiec do wywozu kontenera o max pojemności 23m³ w ilości 1, podając jako podstawę dysponowania *„Własność wykonawcy”*,*
4. *„Pojazd do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej o masie do 3,5t, wyposażony w system monitoringu bazujący na GPS”* w ilości 1, podając jako podstawę dysponowania *„Własność wykonawcy”*.

Odwołujący załączył nadto do oferty *Opis urządzeń*, w którym w pierwszych czterech pozycjach wskazał rodzaje pojazdu jak w *Wykazie urządzeń* w ilościach – odpowiednio w pozycjach: 2,szt., 2 szt., 2 szt., 1 szt. (łącznie 7 pojazdów) oraz podając w kolumnie *„Opis urządzeń”* następujące informacje:

- *„Pojazdy bezpylne o ładowności od 6 do 12 ton, wyposażone w system kompresacji odpadów. Pojazdy wyposażone są w system monitoringu bazujący na GPS z możliwością odczytu i zapisu przebiegu tras pojazdów, miejsca załadunku i wyładunku odpadów. Pojazdy spełniające normę spalin minimum euro 2” (poz. 1),*
- *„Pojazdy bezpylne jedno i dwukomorowe, o ładowności od 6 do 12 ton, wyposażone w system kompresacji odpadów. Pojazdy wyposażone są w system monitoringu bazujący na GPS z możliwością odczytu i zapisu przebiegu tras pojazdów, miejsca załadunku i wyładunku odpadów. Pojazdy spełniające normę spalin minimum euro 2” (poz. 2),*
- *„Pojazdy o ładowności od 6 do 12 ton wyposażone w system monitoringu bazujący na GPS z możliwością odczytu i zapisu przebiegu tras pojazdów, miejsca załadunku i wyładunku odpadów. Pojazdy spełniające normę spalin minimum euro 2” (poz. 3),*

- *„Pojazd z zabudową skrzyniową do transportu odpadów wyposażony w system monitoringu bazujący na GPS z możliwością odczytu i zapisu przebiegu tras pojazdów, miejsca załadunku i wyładunku odpadów. Pojazdy spełniające normę spalin minimum euro 2” (poz. 4).*

W toku postępowania zamawiający, pismem z dnia 3 września 2015 r., wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, kto faktycznie jest właścicielem zasobu (pojazdów) ujętych w pozycjach 1,3 i 4 *Wykazu narzędzi* i „*jaka istnieje podstawa dysponowania nim*”, uzasadniając iż „*Wykonawca określił, iż właścicielem zasobu jest wykonawca tj. Konsorcjum. Konsorcjum jest to forma organizacyjna zawiązana na podstawie umowy przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą, które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego. Samo konsorcjum nie posiada osobowości prawnej, struktury organizacyjnej czy majątku*”.

Zamawiający zażądał także złożenia *Opisu urządzeń*, precyzując iż oczekuje, „*aby opis urządzeń odnosił się do konkretnych urządzeń technicznych*” i wskazując w odniesieniu do złożonego przez odwołującego wraz z ofertą *Opisu urządzeń*, że ten „*nie przedstawia charakterystyki urządzeń będących w jakikolwiek sposób identyfikowalnych z Wykonawcą ani z niniejszym zamówieniem*”.

Odwołujący, w piśmie z dnia 4 września 2015 r., oświadczył: „*Rozumiejąc wątpliwości Zamawiającego wyjaśniamy, że właścicielem pojazdów wskazanych w pozycji 1,3,4 jest PHU FIUK Sp. K.*”

Złożył także nowy *Opis urządzeń*, poszerzając jego treść o dodatkowe informacje w tym m.in. podał markę i model każdego z pojazdów (w tym w pozycji 4, co zamawiający pominął w *Zawiadomieniu* z dnia 14 września 2015 r.), tym razem opisując je odrębnie dla każdego pojazdu (ujął łącznie 6 pojazdów w sześciu pozycjach).

Dodatkowo odwołujący wskazał, że w SIWZ zamawiający nie żądał „*przedstawienia charakterystyki urządzeń technicznych, które wskazywałyby na identyfikowalność z Wykonawcą i niniejszym Zamówieniem*” oraz – w odniesieniu do *Opisu urządzeń* – że zamawiający „*nie załączył do SIWZ wzoru oświadczenia, ani nie wskazał, jakie konkretnie cechy powinny spełniać urządzenia w tym pojazdy do odbierania i transportu odpadów*”.

Pismem z dnia 14 września 2015 r. – *Zawiadomienie o wykluczeniu z postępowania* – zamawiający poinformował odwołującego w wykluczeniu go z udziału w postępowaniu z tego powodu, że nie wykazał, iż dysponuje odpowiednim do wykonania zamówienia potencjałem technicznym, uzasadniając to w ten sposób, że z załączonych do oferty: „*Wykazu narzędzi, wyposażenia i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania*

zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami” oraz „Opisu urządzeń technicznych zastosowanych przez Wykonawcę w celu zapewnienia jakości posiadanego przez Wykonawcę lub które będzie pozostawało do dyspozycji Wykonawcy” „nie wynika, iż jakiegokolwiek pojazdy zostały przeznaczone do realizacji niniejszego zamówienia i kto jest ich właścicielem, w zasadzie to w tych dokumentach nie ma wskazanych żadnych pojazdów. W dokumentach o których mowa powyżej Wykonawca nie podał w sposób jednoznacznie identyfikowalny żadnego pojazdu, a jedynie, ze „Zobowiązania do udostępnienia zasobów” wynika, iż Konsorcjum dysponuje pojazdem marki Mercedes-Benz 814 o numerze rejestracyjnym ZDR 27467. (...)”

W odniesieniu do uzupełnionych przez odwołującego, na wezwanie zamawiającego, dokumentów zamawiający stwierdził: *„Wykonawca w pozycjach 1,2,3,5,6 Opisu urządzeń podał markę oraz model co w żaden sposób nie wyróżnia indywidualnie pojazdu, wskazując iż ten konkretnie pojazd jest przeznaczony do realizacji zamówienia i jest własnością tego bądź innego podmiotu, jaka jest podstawa dysponowania danym pojazdem” (...)* Wykonawca, z sobie wiadomych powodów nie podaje numerów rejestracyjnych pojazdów tym samym nie jest w stanie wykazać faktu dysponowania na czas realizacji zamówienia wymaganymi pojazdami”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący wykazał, w żądany przez zamawiającego w postanowieniach SIWZ sposób, iż dysponuje odpowiednim do wykonania zamówienia potencjałem technicznym.

Złożył bowiem oba wskazane przez zamawiającego dokumenty, tj. *Wykaz narzędzi* oraz *Opis narzędzi*.

W *Wykazie narzędzi*, zgodnie z opracowanym przez zamawiającego wzorem (Załącznik nr 7 do SIWZ) odwołujący ujął informacje co do rodzaju, ilości i podstawy do dysponowania pojazdem, tj. informacje, które wyczerpywały oczekiwania zamawiającego. Wskazując rodzaj pojazdu, odwołujący skorzystał z opisu zastosowanego przez samego zamawiającego.

Wątpliwości zamawiającego co do podstawy dysponowania pojazdami zostały przez odwołującego wyjaśnione (pismo z dnia 4 września 2015 r.) i zasadnie zamawiający je przyjął.

Podkreślić należy, że zamawiający nie sprecyzował żadnych wymagań co do tego, jakie dane/informacje/cechy/parametry pojazdów należy podać w przypadku opisu pojazdów ujętych w *Wykazie narzędzi*, stąd uznać należy, że zamawiający pozostawił wykonawcom w tym zakresie dowolność. Dostrzeżenia nadto wymaga, że zamawiający nie skonkretyzował żadnych parametrów, których wykazaniu *Opis urządzeń* miałyby służyć.

Wyływające z treści wezwania z dnia 3 września 2015 r. oraz z *Zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania* z dnia 14 września 2015 r. oczekiwanie zamawiającego, sprowadzające się do wskazania przez wykonawcę numerów rejestracyjnych pojazdów nie znajduje umocowania w postanowieniach SIWZ, stąd nie może ono stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Ocena oferty odwołującego według tego oczekiwania oznaczałaby akceptację niedopuszczalnej zmiany treści SIWZ po terminie składania ofert.

Uwzględniając powyższe uznać należy, że odwołujący wykazał, że dysponuje odpowiednim do wykonania zamówienia potencjałem technicznym, tj. co najmniej 5 pojazdami, o których mowa w Rozdziale IX pkt 3 SIWZ.

Tym samym należy uznać, że zarzut niezgodnego z ustawą Pzp wykluczenia odwołującego potwierdził się i przypisać zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zarzut braku wskazania przez zamawiającego, jakiego rodzaju informacje powinny zostać udzielone w opisie urządzeń do realizacji umowy odnosi się do postanowień SIWZ i na obecnym etapie postępowania, tj. po upływie terminu składania ofert, jako spóźniony, nie może zostać poddany ocenie Izby.

Z tego względu skład orzekający Izby zarzut ten pozostawił bez rozpoznania.

Zarzut niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania z tego powodu, że dopuścił się zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz zaniechania przez zamawiającego podjęcia czynności polegającej na wezwaniu odwołującego do udowodnienia, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz, iż naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W *Zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania* z dnia 14 września 2015 r. zamawiający poczynił szereg uwag ogólnej natury co do sposobu rozumienia w szczególności „poważnego naruszenia”, czy „winy”.

Stwierdził także, że przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp w postanowieniach Rozdziału IX ust. 1 oraz X ust. 1 pkt 3) SIWZ.

Podał, że na etapie oceny ofert uzyskał informację o przeprowadzonej w dniach 22 czerwca – 3 lipca 2015 r. przez Wydział Ochrony Środowiska Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego kontroli lidera konsorcjum w zakresie przyjmowania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych i pozostałości po sortowaniu odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania.

Wskazał, że *„W wyniku przeprowadzonych czynności Urząd Marszałkowski stwierdził liczne nieprawidłowości dotyczące m.in. (...)”* – zamawiający podał 4 przykłady, w tym w zakresie prowadzenia ewidencji, składowania i przekazywania odpadów.

Podał także, że Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego skieruje wystąpienia do właściwych gmin, celem podjęcia stosownych działań wynikających z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a nadto że zwrócił się do Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Szczecinie o podjęcie odpowiednich działań zgodnie z właściwościami.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp: *„Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.*

Z ww. przepisu wynika, że ustawodawca nie przewidział obowiązku wykluczania nierzetelnych wykonawców, ale że wykluczenie jest uzależnione od wcześniejszej decyzji zamawiającego, który musi przewidzieć taką możliwość.

W przedmiotowej sprawie odwołujący nie kwestionował tego, że zamawiający przewidział w postanowieniach taką możliwość.

Wskazać przede wszystkim należy, że przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp nie pozwala zamawiającemu na wykluczenie wykonawcy, o ile ten *„udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawnionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia”*.

Udowodnienie okoliczności, o których wyżej mowa będzie po stronie wykonawcy możliwe, o ile w ogóle zamawiający da szansę wypowiedzenia się co do dostrzeżonych naruszeń obowiązków zawodowych wykonawcy.

Tymczasem, co było bezsporne, zamawiający nie zwracał się do odwołującego w tym zakresie z żadnym wezwaniem, czy wnioskiem.

Przesądza to o niedopuszczalności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, tj. z pominięciem dania mu szansy udowodnienia, że *„podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawnionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia”*.

W tym stanie rzeczy jedynie dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że jedną z przesłanek z art. 24 ust. 2a ustawy Pzp jest konieczność ustalenia, czy analizowane zachowanie wykonawcy nosi znamiona „poważnego naruszenia obowiązków zawodowych”. Nie chodzi bowiem o zaistnienie jakiegokolwiek wykroczenia zawodowego, ale takiego w ramach którego należy brać pod uwagę specyfikę danej branży oraz mierniki staranności zawodowej wykonawcy. Tymczasem zamawiający żadnych rozważań w tym zakresie, poza uwagami czysto ogólnej natury, nie poczynił, ograniczając się do odwołania się do informacji uzyskanej na etapie oceny ofert o przeprowadzonej przez Wydział Ochrony Środowiska Urzędu Marszałkowskiego Województwa Zachodniopomorskiego kontroli lidera konsorcjum w zakresie przyjmowania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych i pozostałości po sortowaniu odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania oraz zacytowania kilku nieprawidłowości przypisanych liderowi konsorcjum przez organ kontroli.

Zamawiający w żaden sposób nie analizował także kwestii winy odwołującego (nie znalazło to w każdym razie odzwierciedlenia w uzasadnieniu wykluczenia). A to przecież na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, co wynika z użytego przez ustawodawcę sformułowania *„co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych”*.

Uwzględniając powyższym należy uznać, że odwołujący został niezasadnie wykluczony z postępowania z tego powodu, że w okresie 3 lat przed wszczęciem

postępowania w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe i przypisać zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponieważ potwierdziły się wszystkie zarzuty dotyczące wykluczenia odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, skład orzekający Izby, uwzględniając odwołanie, nakazał zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert, w tym oferty odwołującego z uwzględnieniem możliwości udowodnienia przez odwołującego, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia – o ile zamawiający uzna, że zaistniały przesłanki do uznania, że odwołujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe.

Dodatkowo skład orzekający Izby zwraca uwagę, że przewidzenie przez zamawiającego możliwości wykluczania wykonawców z powodu poważnego naruszenia obowiązków zawodowych nie może, w świetle postanowień SIWZ, budzić żadnych wątpliwości – możliwość ta powinna być w sposób jasny i jednoznaczny wyrażona w treści SIWZ.

Co do zarzutów dotyczących przystępującego, tj. naruszenia przez zamawiającego:

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń odnośnie do warunków udziału w postępowaniu spełniających wymogi określone w SIWZ, tj. opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a nadto odnośnie do braku wykazania, że wykonawca ten dysponuje odpowiednim doświadczeniem oraz potencjałem technicznym do wykonania zamówienia,
- art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego, pomimo iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu,
- art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1, poprzez wybór oferty przystępującego, który winien być wykluczony z postępowania

skład orzekający Izby uznał, że pozostają one bez wpływu na wynik postępowania.

Wskazać bowiem należy, że przywrócenie oferty odwołującego w wyniku potwierdzenia się zarzutów dotyczących niezasadnego jego wykluczenia (unieważnienie czynności odrzucenia oferty w następstwie niezasadnego wykluczenia odwołującego) oznacza, że to oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, niezależnie o tego, czy ocenie w świetle kryteriów oceny ofert, poddana zostanie także oferta przystępującego (oferta odwołującego jest ofertą korzystniejszą od oferty przystępującego – odwołujący zaoferował cenę niższą niż przystępujący i taki sam termin płatności).

Skład orzekający Izby, odnosząc się do podnoszonej przez zamawiającego kwestii pominięcia przez odwołującego w zarzutach odwołania wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, abstrahując od istnienia podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji wskazuje, że pomimo jednokrotnego wskazania na wstępie *Zawiadomienie o wykluczenie z postępowania* z dnia 14 września 2015 r. tego artykułu (zbiorczo) zamawiający nie zaprezentował żadnego uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Zacytowany przez zamawiającego w piśmie z dnia 5 października 2015 r. fragment („W świetle art. 24 ust. 2 pkt. 3) P.Z.P. miały miejsce dwa zdarzenia pozwalające na ocenę, że lider konsorcjum dwukrotnie złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Mianowicie lider konsorcjum złożył nieprawdziwa informacje, że przedsiębiorca wskazany przez niego jako partner konsorcjum posiada uprawnienia do wykonywania działalności i czynności stwierdzających przedmiot zamówienia. Drugim nieprawdziwym oświadczeniem było twierdzenie, że umowa konsorcjum miała być Zamawiającemu rzekomo przedłożona”) nie pochodzi z ww. *Zawiadomienia*.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 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:

Członkowie:

.....