

Sygn. akt: KIO 2618/15

WYROK
z dnia 16 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 grudnia 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe EKO FIUK Sp. komandytowa (Lider Konsorcjum) i LOTOF SYSTEM Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Białogard, ul. Wileńska 8, 78-200 Białogard**

przy udziale wykonawcy **Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o., ul. Górecka 104, 61-483 Poznań**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe EKO FIUK Sp. komandytowa (Lider Konsorcjum) i LOTOF SYSTEM Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec** i:
 - 2.1 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, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe EKO FIUK Sp. komandytowa (Lider Konsorcjum) i LOTOF SYSTEM Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec** tytułem wpisu od odwołania,

-
- 2.2 zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe EKO FIUK Sp. komandytowa (Lider Konsorcjum) i LOTOF SYSTEM Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec** na rzecz **Gminy Białogard, ul. Wileńska 8, 78-200 Białogard** kwotę **304 zł 80 gr** (słownie: trzysta cztery złote osiemdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 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:

2

Sygn. akt: KIO 2618/15

Uzasadnienie

Gmina Białogard (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Odbieranie i transport odpadów niesegregowanych, odpadów zielonych i pozostałości z sortowni odpadów komunalnych, oraz odbieranie i zagospodarowanie selektywnie zebranych

odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych na terenie Gminy Białogard". Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 października 2015 r. pod nr 288598.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe EKO FIUK Sp. komandytowa (Lider Konsorcjum) i LOTOF SYSTEM Sp. z o.o. (Członek Konsorcjum) z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: Chojnica, poczta Mirosławiec (dalej: „Odwołujący”) w dniu 1 grudnia 2015 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 30 listopada 2015 r. Zarzuty odwołania dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania i wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy. Informację o tych czynnościach Zamawiający przekazał Odwołującemu faksem w dniu 26 listopada 2015 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 2 grudnia 2015 r. Do Prezesa Izby w dniu 4 grudnia 2015 r. wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego złożone po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Przystępujący”).

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 16 grudnia 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z postępowania i odrzucenia jego oferty, a także czynności wyboru oferty Przystępującego, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenie prawa:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, 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 FIUK Sp. k. przedłożył wpis do Rejestru Działalności Regulowanej (dalej: „RDR”), zaś brak jest podstaw do stawiania spełnienia tego wymogu również w odniesieniu do członka konsorcjum, który według umowy konsorcjum odpowiedzialny jest jedynie za sporządzenia dokumentacji niezbędnej do realizacji zamówienia, a nie zaś do wykonywania głównego przedmiotu zamówienia, a także błędne przyjęcie, że lider konsorcjum nie przedstawił aktualnego wpisu do ww. rejestru, podczas gdy lider posiadał wpis do tego rejestru uzyskany jeszcze w czasie prowadzenia działalności w formie spółki cywilnej, która następnie uległa kodeksowemu przekształceniu w spółkę jawną, a następnie w spółkę komandytową,
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego, do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń odnośnie warunków udziału w postępowaniu spełniających w tj. wymogi określone SIWZ, dokumentu potwierdzającego wpis do RDR lidera konsorcjum Odwołującego,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 i 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego pomimo, iż wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, wskutek niewykazania, że podmiot ten posiada bazę magazynowo — transportową wyposażoną w samochodową legalizowaną wagę najazdową,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy oferta tego podmiotu, przewidując 60 — dniowy termin zapłaty, jest nieważna w tym zakresie,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybranie oferty

Przystępującego, który winien być wykluczony z postępowania.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzuceniu oferty Odwołującego oraz

4

unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie uznania za taką oferty złożonej przez Przystępującego,

- 2) nakazanie powtórzenie czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Odwołującego do złożenia dokumentów oraz dokonaniu ponownej oceny ofert. Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:
 - 1) umowy konsorcjum, na okoliczność zakresu czynności do jakich wykonywania na mocy tej umowy zobowiązany miał być członek konsorcjum nieposiadający wpisu do RDR,
 - 2) postanowienia Sądu Rejonowego w Koszalinie o wpisie do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego EKO FIUK Spółka jawna z siedzibą w Chojnicy powstałego w wyniku przekształcenia z Przedsiębiorstwa Handlowo — Usługowego EKO FIUK s.c.,
 - 3) odpisu KRS, na okoliczność tożsamości lidera konsorcjum z podmiotem wpisanym do RDR,
 - 4) zaświadczenia o wpisie do RDR, na okoliczność spełnienia przez lidera konsorcjum Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący co do zarzutu braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu - niewykazanie posiadania uprawnień do wykonywania działalności - wpisu do RDR, w pierwszej kolejności podkreślił, że wbrew stanowisku zawartemu w uzasadnieniu w decyzji Zamawiającego, brak jest podstaw do żądania dostarczenia przez wszystkie podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia wpisu do RDR.

Takiego wniosku jego zdaniem nie można wyciągnąć z treści SIWZ. Wskazał, że Zamawiający w pkt 7.7 SIWZ określił jedynie, że „w przypadku konsorcjum każdy z Wykonawców działających w konsorcjum musi złożyć pisemne oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu z postępowania w zakresie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp” Brak jest natomiast wyraźnego żądania złożenia zaświadczenia o wpisie do RDR przez każdego członka konsorcjum. Co więcej, jego zdaniem w pkt 7.9 (str. 34) SIWZ Zamawiający przyjął, że „dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą złożyć wspólnie.” Podkreślił, że trafnie przyjmuje się, iż odrębnie każdy z członków konsorcjum musi spełniać warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania, o których mowa np. w art. 24 ustawy Pzp. Łącznie natomiast powinny być spełnione warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, tj. dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. Kumulacji co do zasady w jego ocenie będzie podlegać również potencjał finansowy i ekonomiczny (art. 22 ust. 2 pkt 4). Odwołujący opowiedział się także za brakiem obowiązku posiadania uprawnień ustawowych

5

(art. 22 ust. 1 pkt 1) przez wszystkich członków konsorcjum, jednak jego zdaniem wyjątek będzie stanowił 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 (przywołał wyrok Sąd Okręgowy w Lublinie z dnia 19 marca 2012 r. sygn. akt: I Ga 39/12). Odwołujący podkreślił, że w niniejszej sprawie członkiem konsorcjum, który będzie wykonywał wszystkie czynności związane z odbiorem i transportem odpadów będących przedmiotem zamówienia będzie lider tego konsorcjum — Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe EKO FIUK sp.k., co wynika wprost § 6 ust. 1 lit. a) umowy konsorcjum w zamówieniach publicznych zawartej w dniu 2 listopada 2015 r. Postanowienia § 6 ust. 1 lit. a) ww. umowy konsorcjum, a nadto postanowienia § 6 ust. 1 lit. b) te same umowy jego zdaniem potwierdzają, że partner konsorcjum (LOTOF SYSTEM) nie będzie świadczył na rzecz Zamawiającego usługi odbierania odpadów, co prowadzić musi do wniosku, że posiadanie przez ten podmiot wskazanych w pkt 7.1.2) SIWZ uprawnień jest

zbędne. Wskazał, że rola spółki LOTOF SYSTEM sprowadzać się będzie do obsługi administracyjnej konsorcjum oraz sporządzania dokumentacji niezbędnej do realizacji zamówienia w tym: prowadzenia korespondencji, przygotowywania pism, raportów miesięcznych i rocznych, rozliczeń, a także przygotowania, w ramach sporządzania dokumentacji, harmonogramu odbioru odpadów, którego to obowiązek wprost został nałożony w pkt 55.1. lit. a) SIWZ; w SIWZ zostały również określone obowiązki w zakresie sprawozdawczości (pkt 5.5.3), które również spoczywać będą na członku konsorcjum. Podkreślił, że spółka ta nie będzie zaangażowana bezpośrednio w świadczenie podstawowych usług w zakresie odbierania i transportowania odpadów komunalnych. Odwołujący przywołał także art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, z którego nie wynika sposób konstruowania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zatem może 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 (przywołał wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r., KIO 1495/14). Podkreślił, że Zamawiający ustalając warunki udziału w postępowaniu spełnienie tych warunków pozostawił w oderwaniu od art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, regulując je w zapisach SIWZ. Z kolei opis tych warunków w niniejszej sprawie jego zdaniem nie pozostawia wątpliwości co do ustalenia sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powołał się na wyrok KIO 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. Wskazał, że w realiach niniejszej sprawy, zważywszy na treść umowy konsorcjum, z taką sytuacją według niego mamy właśnie do czynienia, albowiem zgodnie z § 6 ust. 1 lit. b) tej umowy rola LOTOF SYSTEM Sp. z o. o. sprowadzać się ma do sporządzania dokumentacji niezbędnej do realizacji zamówienia. Spółka ta nie ma być zaangażowana bezpośrednio w świadczenie podstawowych usług w zakresie odbierania i transportowania odpadów komunalnych. Odwołujący powołał się również na wyrok KIO z dnia 6 października 2015 r. (sygn. akt KIO 2064/15), w którym to Izba orzekła w sprawie z odwołania konsorcjum firm EKO FIUK i LOTOF SYSTEM w analogicznym stanie faktycznym i prawnym. Podkreślił, że w orzeczeniu tym KIO zwróciło uwagę na to, iż jeżeli „partner konsorcjum nie będzie świadczył zamawiającemu usługi odbierania odpadów, musi prowadzić do wniosku, że posiadanie przez ten podmiot wpisu do rejestru działalności regulowanej jest zbędne.”

Odnosząc się do postawionego przez Zamawiającego zarzutu: braku złożenia przez lidera konsorcjum Odwołującego aktualnego odpisu z RDR Odwołujący wyjaśnił, że lider konsorcjum Przedsiębiorstwo Handlowo — Usługowe EKO FIUK Spółka komandytowa posiada wpis do tego rejestru. Wpis ten został uzyskany jeszcze w czasie, gdy działalność przez lidera konsorcjum była prowadzona w formie spółki cywilnej, która to została w trybie kodeksowym przekształcona w spółkę jawną, a następnie w spółkę komandytową, która obecnie stanowi formę działalności lidera konsorcjum. Wpis ten jednak w jego ocenie jest aktualny, albowiem w przypadku przekształcenia spółki handlowej zostaje zachowana tożsamość podmiotowa, gdyż spółka przekształcona i spółka przekształcana to ten sam podmiot, który jedynie zmienił formę organizacyjną, w której działa. Przywołał dyspozycję art. 553 kodeks spółek handlowych, który to przepis jest normatywnym wyrazem zasady kontynuacji spółki przekształcanej w spółce przekształconej, co jest konsekwencją trwania spółki, czyli niezmienności (tożsamości) podmiotu, tyle że w zmienionej typologii. Wskazał, że spółka przekształcona pozostaje podmiotem w szczególności zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane spółce przed jej przekształceniem, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej (art. 553 § 2 k.s.h.). Wyłączenie kontynuacji administracyjnoprawnej może wynikać albo z ustawy, albo z decyzji. Podkreślił jednak, że art. 553 § 2 k.s.h. nie wolno odczytywać jako normy kompetencyjnej dla organu administracyjnego do wyłączenia zasady kontynuacji w treści decyzji administracyjnej, jeżeli brak szczegółowego upoważnienia ustawowego w tym zakresie. Inaczej mówiąc, decyzja administracyjna może wyłączać kontynuację administracyjnoprawną tylko wtedy, gdy istnieje szczegółowa podstawa ustawowa. Odwołujący przywołał też pogląd wyrażony przez

której działalność jest prowadzona, a wspólnicy uzyskali określone prawa i obowiązki administracyjne dotyczące wspólnej działalności (np. zezwolenie na prowadzenie określonej działalności), wspomniane prawa i obowiązki powinny przejść na przejmującą tę działalność spółkę przekształconą. W konsekwencji zatem pomimo zmiany formy prowadzonej działalności, jego zdaniem wpis nie utracił aktualności, albowiem z mocy art. 553 § 2 k.s.h. dopiero przepis ustawy lub treść decyzji w przedmiocie wpisu do rejestru, mogłaby skutkować utratą mocy — skuteczności wpisu do RDR. Wpis zatem, którym legitymuje się lider konsorcjum jest jego zdaniem aktualny, przez co spełniony został wymóg stawiany w SIWZ. Na marginesie Odwołujący zauważył, że Zamawiający w pkt 7 ppkt 1.2) SIWZ nie postawił jakiegokolwiek wymogu w zakresie daty wystawienia zaświadczenia o wpisie do RDR, jak to uczynił chociażby w odniesieniu do odpisu z właściwego rejestru, do którego podmiot jest wpisany. Oceniając wymóg przedstawienia aktualnego zaświadczenia o wpisie do RDR w jego ocenie nie należy zapominać o celu jakiego ma służyć legitymowanie się takim wpisem. Chodzi bowiem o weryfikację, czy oferent posiada uprawnienia do wykonywania danego rodzaju działalności w sensie przedmiotowym, a nie zaś, czy dokonał zmiany w zakresie poszczególnych danych, w tym chociażby adresu podmiotu; temu z kolei służy obowiązek przedstawienia odpowiedniego odpisu z rejestru, najczęściej KRS-u. Istotne znaczenie ma dla oceny tego zagadnienia jego zdaniem to, że w analizowanym przypadku organem prowadzącym RDR jest Wójt Gminy Białogard, zaś Zamawiającym w niniejszym postępowaniu jest Gmina Białogard. Podkreślił, że lider konsorcjum Odwołującego pismem z dnia 27 marca 2015 r. poinformował Gminę Białogard o dokonanych przekształceniach, zachowując tym samym 14 — dniowy zgłoszenia zamiany danych niemniej jednak, organ prowadzący rejestr powinien w zakresie niezgodności ze stanem faktycznym z urzędu sprostować wpis do rejestru (art. 66 ust. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej), czego nie uczynił. W ocenie Odwołującego poprzez użycie pojęcia „aktualny” Zamawiający miał na myśli taki, jaki w danej chwili znajduje swoje odzwierciedlenie w rejestrze. W tym rozumieniu, w analizowanym przypadku, zaświadczenie o wpisie do RDR jest jego zdaniem tożsame z treścią wpisu do tego rejestru, co prowadzi do wniosku, że przedłożone zaświadczenie jest aktualne.

Co do zarzutu braku wykluczenia Przystępującego z postępowania i wyboru oferty tego podmiotu jako najkorzystniejszej Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ jako jeden z warunków oceny oferty przyjął termin zapłaty. Przystępujący w złożonej ofercie termin zapłaty określił na 60 dni. Odwołujący podniósł, iż stosownie do art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać 30 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzający dostawę towaru lub wykonanie usługi, a w transakcjach

handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny będący podmiotem leczniczym (...), termin ten nie może przekroczyć 60 dni. Jakkolwiek strony transakcji handlowej mogą ustalić termin zapłaty dłuższy niż 30 dni, jeżeli jest to obiektywnie uzasadnione właściwością lub szczególnymi elementami umowy, to jednak w takim przypadku po upływie 30 dni wierzycielowi, który spełnił swoje świadczenie przysługują odsetki. Podniósł, że w przypadku przedmiotu umowy na odbiór odpadów objętej zamówieniem publicznym, nie istnieją jakiegokolwiek okoliczności obiektywnie uzasadnione właściwością lub szczególnymi elementami umowy, dlatego też przyjął, że oferta Przystępującego jest niezgodna z przepisami prawa, a zatem taka oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł też, że w części I pkt 5.4.4 SIWZ Zamawiający zastrzegł wymóg posiadania wyposażenia bazy magazynowo — transportowej w legalizowaną najazdową wagę samochodową. Pkt 3.5. wyżej przytoczonego postanowienia SIWZ jego zdaniem wskazuje, że baza magazynowo — transportowa winna być wyposażona w legalizowaną samochodową wagę najazdową. W związku z ww. wymogiem Zamawiający zwrócił się

do Przystępującego o złożenie wyjaśnień w zakresie wyposażenia bazy w przedmiotową wagę. W ocenie Odwołującego oświadczenia z dnia 4, jak i 18 listopada 2015 r., z pewnością nie stanowią wystarczającej podstawy do przyjęcia, że Przystępujący dysponuje przedmiotową wagą samochodową. Wskazał, że umowa z dnia 2 stycznia 2015 r. zawarta przez Przystępującego z AGROPROGRES Sp. z o. o. wprawdzie dotyczy udostępnienia legalizowanej wagi samochodowej najazdowej, to jednak waga ta znajduje się w Barwicach przy ul. Zwycięzców 28a, podczas gdy według oświadczenia Przystępującego baza magazynowo - transportowa położona jest w Barwicach przy ul. Czaplinceckiej 12. Nie budzi zatem wątpliwości Odwołującego, że ww. wykonawca nie wykazał, że stosownie do wymogów stawianych w SIWZ, posiadana przez Przystępującego baza magazynowo — transportowa posiada legalizowaną najazdową wagę samochodową. Z tego też powodu, jego zdaniem Przystępujący w następstwie niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta winna zostać odrzucona, czego Zamawiający nie uczynił, naruszając przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał w całości odwołanie, wnosząc o jego uwzględnienie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego w postaci uiszczzonego przez Odwołującego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, kosztów noclegu i parkingu w łącznej kwocie 565 zł, kosztów paliwa w kwocie 304,92 zł i kosztów opłaty za przejazd autostradą w kwocie 2x12,30 zł, na potwierdzenie czego przedłożył do akt sprawy rachunki oraz spis kosztów.

Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 4 grudnia 2015 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podkreślił, że zarówno lider, jak i partner konsorcjum Odwołującego złożyli w postępowaniu odrębne oświadczenia o posiadaniu uprawnień do realizacji zamówienia, a składając takie odrębne oświadczenia o spełnianiu warunków w postępowaniu na odbieranie odpadów niesegregowanych, odpadów zielonych i pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz odbieranie i zagospodarowanie selektywnie zbieranych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych na terenie gminy Białogard obydwaj partnerzy konsorcjum Odwołującego mieli dostarczyć odpowiednie wpisy do RDR. Podkreślił, że nie przeprowadził postępowania na obsługę prawną i sporządzanie dokumentacji, a na konkretne zadanie, na które konsorcjum Odwołującego nie posiada uprawnień. W oświadczeniu złożonym przez konsorcjanta Odwołującego (LOTOF SYSTEM Sp. z o.o.) oświadczył on, że posiada wszystkie niezbędne uprawnienia do wykonania określonych w SIWZ prac lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Zgodnie zaś z art. 9c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu w czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013 r. poz. 1399 ze zm.) przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od wierzycieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne. Partner konsorcjum Odwołującego nie posiada takiego wpisu. Zamawiający przywołał też zapisy pkt 7.1.2 SIWZ, zgodnie z którym w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oferent powinien dostarczyć kopię aktualnego wpisu do RDR w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie gminy Białogard. Do oferty Odwołującego załączono jedynie dwie kopie zaświadczeń:

1. zaświadczenie z dnia 20 kwietnia 2012 r. o wpisie do RDR Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego EKO-FIUK S.C. z adresem: ul. Świerczewskiego 2b, 78-320 Połczyn Zdrój oraz
2. zaświadczenie z dnia 20 lutego 2013 r. o zmianie wpisu w zakresie rodzaju odbieranych odpadów.

Zaświadczenia te zdaniem Zamawiającego nie wykazują spełnienia warunków udziału przez członków konsorcjum. Zgodnie z art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wpis do rejestru prowadzonego przez gminę zawiera firmę, siedzibę i adres przedsiębiorcy. Według Zamawiającego skoro wymagał on złożenia kopii aktualnego wpisu do rejestru, to zaświadczenie powinno zawierać aktualne dane zarówno co do firmy, jak i adresu oferenta, a także posiadać aktualną datę wystawienia. Jego zdaniem

zaświadczenia dostarczone przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe EKO-FIUK Sp. k. zawierają inną, nieaktualną firmę wykonawcy oraz inny, nieaktualny adres, a nadto posiadają nieaktualne daty. Podkreślił, że do oferty Odwołującego nie dołączono w ogóle zaświadczenia o wpisie do RDR dla drugiego członka konsorcjum Odwołującego, tymczasem kopie takich wpisów powinni jego zdaniem załączyć wszyscy członkowie konsorcjum Odwołującego, co potwierdza też jego zdaniem orzecznictwo (wskazał na wyrok KIO w sprawie KIO 2812/14). Jego zdaniem przedłożony wpis lidera konsorcjum do RDR jest niekatulany – Przedsiębiorstwo EKO-FIUK, które zgodnie z przedłożonym wpisem było spółką cywilną do chwili złożenia oferty uległo dwukrotnemu przekształceniu w spółkę jawną, a następnie w spółkę komandytową.

Według Zamawiającego, nawet gdyby przyjąć, że partner konsorcjum nie musiał mieć aktualnego wpisu do RDR, to także lider konsorcjum Odwołującego nie posiadał takiego aktualnego wpisu. Jego zdaniem zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez niewezwanie lidera konsorcjum Odwołującego do uzupełnienia wpisu do RDR jest niezasadny, ponieważ wykonawca ten nie mógł okazać się aktualnym wpisem do rejestru, gdyż nie dokonał aktualizacji wpisu. Wskazał, że gdyby Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełniania wpisu zaprzeczyłoby to zapisom SIWZ o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, poprzez aktualny wpis do RDR na dzień złożenia oferty, tj. na dzień 5 listopada 2015 r. Wskazał na art. 66 ust. 5 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2015 r. poz. 584), zgodnie z którym przedsiębiorca obowiązany jest z każdą zmianą uzupełnić wpisy do RDR i to jest jego obowiązek, a nie przywilej, niedopełnienie zaś aktualizacji wpisu przekształconej spółki do rejestru powoduje istotną przyczynę do odrzucenia oferty. Zamawiający podkreślił, że nie ma obowiązku domyślać się czy przedsiębiorca ubiegający się o realizację zamówienia dotyczącego odbierania i wywozu odpadów posiada stosowne uprawnienia; to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia Zamawiającemu, że przystępując do postępowania spełnia wszystkie warunki podane w SIWZ. Powoływanie się w tym zakresie przez Odwołującego na przepisy Kodeksu Spółek Handlowych jest jego zdaniem błędne bowiem w SIWZ jednoznacznie wezwano, aby wpis był aktualny, co w oczywisty sposób należy rozumieć jako zawierający aktualne na dzień składania oferty dane, zarówno co do osoby, jak i adresu wykonawcy. Powoływane przez Odwołującego przepisy Kodeksu spółek handlowych mają jedynie takie znaczenie, że po kolejnych przekształceniach lider konsorcjum Odwołującego nie miał obowiązku uzyskiwania każdorazowo nowego wpisu do rejestru, nie zwalniało go to jednak z obowiązku zgłoszenia do rejestru aktualnych danych.

Co do zarzutów odwołania dotyczących oferty najkorzystniejszej Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp Odwołującemu w tym zakresie przysługuje

prawo wnoszenia odwołania. Podkreślił przy tym, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał drugiego z wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących posiadania bazy magazynowo transportowej, zaś ten wykonawca w dostateczny – w opinii Zamawiającego – sposób udokumentował posiadanie niezbędnego wyposażenia bazy magazynowo transportowej poprzez złożenie stosownego oświadczenia, które potwierdza, że wykonawca nie będzie magazynował na terenie bazy magazynowo transportowej odpadów komunalnych zebranych selektywnie oraz poprzez przedstawienie umowy na korzystanie z legalizowanej samochodowej wagi najazdowej. Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 5 lit d) rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości baza magazynowo transportowa musi być wyposażona w legalizowaną samochodową wagę najazdową, w przypadku gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów. Ponadto Odwołujący domaga się odrzucenia oferty Przystępującego z powodu zaoferowania 60-dniowego terminu zapłaty, uznając ten termin za nieważny. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z prawem preferowanym terminem zapłaty w transakcjach handlowych jest termin 30 dni, jednakże ustanowienie dłuższych terminów płatności nie zostało w ustawie bezwzględnie zakazane. Zamawiający podkreślił, że maksymalnym terminem płatności jest termin 60 dniowy. Ustawa zatem dopuszcza przedłużenie terminu nawet ponad 60 dni pod warunkiem, że strony umowy zgodnie postanowią. Zamawiający wskazał, że przepisy wskazanej ustawy przewidują trzy terminy: 30-dniowy – termin optymalny, 60-dniowy co do zasady maksymalny

i przekraczający 60-dni – termin, dopuszczający jedynie w ściśle określonych przypadkach. Na tej podstawie Zamawiający uważa, że podany przez Przystępującego termin 60 dniowy termin płatności jest okresem uzasadnionym.

Wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania w postaci kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę w kwocie 304,80 zł na podstawie rachunku przedkładanego do akt sprawy.

Przystępujący poparł w całości stanowisko Zamawiającego i wniósł o odrzucenie odwołania i alternatywnie o jego oddalenie. W uzasadnieniu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego podkreślił, że Odwołujący w żaden sposób w odwołaniu nie wykazał wypełnienia istnienia interesu we wniesieniu odwołania istniejącego po jego stronie, zatem jest to podstawa do odrzucenia odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Jednocześnie też podniósł, że Odwołujący zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie mógł w niniejszym postępowaniu, z racji jego wartości (poniżej wartości progów UE) wnosić odwołania wobec czynności Zamawiającego podlegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej. Przystępujący wskazał też, że brak interesu Odwołującego w uzyskaniu

12

zamówienia wynika także z okoliczności, że nawet jeżeli uznać czynność wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty za niezgodną z ustawą, to i tak pozycja Odwołującego w rankingu ofert będzie na drugim miejscu. W jego ocenie brak możliwości odwoływania się od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w świetle art. 180 ust. 2 ustawy Pzp sprawia, że czynności tej nie można podważać. Bez względu jednak na merytoryczne rozpoznanie niniejszej sprawy jego zdaniem oferta Odwołującego nie będzie mogła być uznana za najkorzystniejszą, gdyż za taką została uznana oferta Przystępującego.

W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko. Dodatkowo jako dowód w sprawie na okoliczność wykazania, iż przyjęcie do oceny ofert oferty Odwołującego nie ma wpływu na wynik postępowania, bowiem Odwołujący uzyskałby mniejszą ilość punktów w ramach przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert niż oferta Przystępującego, przedłożył do akt sprawy sporządzoną przez siebie symulację oceny ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w toku rozprawy, jak również dowody złożone w sprawie przez Odwołującego i Przystępującego, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

Izba, stosując odpowiednio art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, uznała, iż zarzuty zawarte w pkt 3, 4 i 5 odwołania (zaniechania wykluczenia z postępowania Przystępującego i zaniechanie odrzucenia jego oferty oraz wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Przystępującego) nie mogą podlegać merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę, z uwagi na to, iż postępowanie o zamówienie publiczne, w którym odwołanie zostało wniesione, zostało przeprowadzone w procedurze poniżej wartości progów europejskich (123 878,89 euro – wartość przedmiotu zamówienia ustalona na podstawie pkt 2.2 protokołu z postępowania), zaś w tym zakresie, zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, możliwość wniesienia odwołania została ograniczona enumeratywnie do sytuacji tam określonych. Wskazany przepis nie przewiduje w zamówieniach poniżej wartości progów UE możliwości zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania wykluczenia czy odrzucenia oferty złożonej w postępowaniu.

13

Izba, odnosząc się w tym zakresie także do wniosku złożonego przez Przystępującego uznała, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania w całości z uwagi na wniesienie odwołania przez podmiot nieuprawniony, ze względu na brak wykazania po stronie Odwołującego istnienia interesu we wniesieniu odwołania. Izba uznała, iż

przesłanka interesu we wniesieniu odwołania określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest przesłanką materialno-prawną podlegającą rozpoznaniu przez Izbę na rozprawie i nie może stanowić podstawy do odrzucenia odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wypełnił przesłanki formalne związane ze skutecznym zgłoszeniem przystąpienia, wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Tym samym wskazany wykonawca uzyskał statusu uczestnika przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Jednocześnie też Izba ustaliła, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i jest formalnie wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Zaskarżona w odwołaniu czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu go z postępowania wprost pozbawiała go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, z uwagi na brak merytorycznej oceny oferty Odwołującego. W odwołaniu dodatkowo została także formalnie zaskarżona czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i choć z formalnego punktu widzenia – jak wskazano powyżej – zarzuty w tym zakresie nie podlegają merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę, to formalnie, na moment złożenia odwołania - a to na ten właśnie moment Izba dokonuje oceny istnienia interesu we wniesieniu odwołania - poprzez podniesione zarzuty Odwołujący w wystarczający sposób wykazał się możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z nie udzieleniem mu tego zamówienia.

Izba w kontekście oceny istnienia interesu we wniesieniu odwołania nie posiada uprawnień oceny nieistnienia interesu we wniesieniu odwołania z uwagi na uznanie, że część zarzutów nie jest zasadne (niezależnie od tego czy z przyczyn merytorycznych, czy też z przyczyn formalnych). Powyższe co najwyżej może mieć znaczenia dla oceny podstawy do oddalenia odwołania, pomimo potwierdzenia się zarzutów odwołania, ale z uwagi na ich formalny brak wpływu na wynik postępowania, tj. w świetle dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Podkreślenia ponadto wymaga okoliczność, że kwestia istnienia interesu we wniesieniu odwołania podlega rozpoznaniu przez Izbę z urzędu, biorąc pod uwagę

zakres zaskarżenia zawarty w odwołaniu na moment złożenia odwołania i okoliczności z tym związane wskazujące na pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego się wykonawcę poprzez zaskarżone w odwołaniu czynności Zamawiającego, które naruszają przepisy ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 28 października 2015 r., poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w siedzibie Zamawiającego, na jego stronie internetowej oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Zamawiający w pkt 6 część 1 SIWZ dokonał opisu warunków udziału w postępowaniu. W ppkt 1 lit. a) wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczące m.in. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. W pkt 7 SIWZ ppkt 1.1) w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zażądał oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (stanowiące załącznik nr 3 do SIWZ) zaś w ppkt 1.2) SIWZ zażądał kopii aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Białogard. W pkt 7 ppkt 7 SIWZ Zamawiający wskazał, że w przypadku konsorcjum każdy z wykonawców działających w konsorcjum musi złożyć pisemne oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu z postępowania w zakresie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, zaś w ppkt 8 wskazał, że oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp

wykonawcy mogą złożyć w formie: oświadczenia podpisanego przez lidera, oświadczeń podpisanych przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, bądź wspólnego oświadczenia podpisanego przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W ppkt 9 Zamawiający wskazał, że dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków, wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia mogą złożyć wspólnie (spełnienie warunków, które stawia Zamawiający wykonawcom w postępowaniu ocenia w stosunku do konsorcjum jako całości).

15

W części 1 SIWZ pkt 14 Zamawiający określił trzy kryteria oceny ofert, na podstawie których miał dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj.:

- 1) cena – 85%
- 2) określony w godzinach termin odbioru odpadów komunalnych, po otrzymaniu zgłoszenia potrzeby dodatkowego odbioru z obszarów zabudowy: zagrodowej i jednorodzinnej, wielorodzinnej, z terenów przeznaczonych do użytku publicznego oraz z terenów nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne – 10%
- 3) termin płatności faktury – 5%

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 5 listopada 2015 r., do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty:

- 1) oferta Przystępującego z ceną - 382 800 zł, terminem odbioru odpadów – 30 min. i terminem płatności – 60 dni;
- 2) oferta Odwołującego z ceną - 387 504,00 zł, terminem odbioru odpadów – 1,0 godz. i terminem płatności – 30 dni.

Do oferty Odwołującego załączone były dwa zaświadczenia: zaświadczenie z dnia 20 kwietnia 2012 r. o wpisie do rejestru Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego EKO-FIUK S.C. z adresem: ul. Świerczewskiego 2b, 78-20 Polczyn Zdrój oraz zaświadczenie z dnia 20 lutego 2013 r. o zmianie wpisu w zakresie rodzaju odbieranych odpadów. Jednocześnie też do oferty tej załączono dwa oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, złożone na załączniku nr 3 do SIWZ, które zostały podpisane przez każdego z konsorcjantów oddzielnie. Do oferty tej załączono również oświadczenie Odwołującego z dnia 4 listopada 2015 r., w którym Odwołujący wskazuje na postanowienie Sądu Rejonowego w Koszalinie z dnia 27 października 2014 r., którym Sąd ten dokonał wpisu w KRS spółki Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe EKO FIUK Spółka jawna z siedzibą w Chojnicy, który to podmiot powstał w wyniku przekształcenia Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego EKO-FIUK Spółka cywilna z siedzibą w Polczynie Zdrój. Wskazał, że przekształcenie to odbyło się w oparciu o art. 26 § 5 k.s.h. w zw. z art. 551 § 1-3 oraz art. 553 § 2 i 3 k.s.h., w związku z czym spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej. Podkreślił też, że w świetle art. 26 § 5 k.s.h. spółce jawnej powstałej z przekształcenia spółki cywilnej przysługują wszystkie prawa i obowiązki stanowiące majątek wspólny wspólników przekształconej spółki cywilnej; spółka jawna wchodzi w prawa i obowiązki stanowiące majątek wspólny wspólników spółki cywilnej. Wskazał, że w takim

16

przypadku mamy do czynienia z sukcesją majątku, praw i obowiązków przez jeden podmiot na inny, który staje się następcą prawnym - spółka jawna, która powstała z przekształcenia spółki cywilnej na podstawie art. 26 k.s.h. jest jej sukcesorem uniwersalnym. Odwołujący w swoim oświadczeniu wskazał też, że w dniu 24 marca 2015 r. na podstawie art. 551 § 1, art. 552 oraz art. 553 § 1-3 k.s.h. nastąpiło przekształcenie spółki: Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe EKO FIUK Spółka jawna w Chojnicy w Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe EKO FIUK Spółka komandytowa z siedzibą w Chojnicy. Zgodnie z przywołanymi przepisami k.s.h. wedle oświadczenia Odwołującego spółce przekształconej przysługują wszelkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej, a wspólnicy spółki przekształcanej uczestniczący w przekształceniu stają się z dniem przekształcenia wspólnikami spółki przekształconej. Wskazał, że spółka przekształcana staje się spółką przekształconą z chwilą wpisu spółki przekształconej do rejestru (dzień przekształcenia), a jednocześnie sąd rejestrowy z urzędu wykreśla spółkę przekształcaną. Wskazał, że przekształcenie spółki

jawnej w spółkę komandytową nie stanowi likwidacji spółki przekształcanej, lecz oznacza zmianę formy prawnej, w jakiej wspólnicy prowadzą działalność gospodarczą. Odwołujący podkreślił, że w związku z przekształceniem spółki osobowej prawa handlowego (spółki jawnej) w inną osobową spółkę handlową (spółkę komandytową) na następcę prawnego podmiotu przekształcanego przechodzi ogół praw wynikających ze stosunków

i podatkowych cywilnoprawnych, prawno-

pracowniczych, administracyjno-prawnych na zasadzie sukcesji generalnej.

Zamawiający pismem z dnia 25 listopada 2015 r. doręczonym Odwołującemu faksem w dniu 26 listopada 2015 r. poinformował go wyborze oferty najkorzystniej w postępowaniu, tj. oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku przedłożenia aktualnego wpisu do RDR w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Białogard. Podkreślił, że Odwołujący do swojej oferty dołączył tylko kopie dwóch zaświadczeń: zaświadczenia z dnia 20 kwietnia 2012 r. o wpisie do rejestru Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego EKO-FIUK S.C. z adresem: ul. Świerczewskiego 2b, 78-20 Połczyn Zdrój oraz zaświadczenie z dnia 20 lutego 2013 r. o zmianie wpisu w zakresie rodzaju odbieranych odpadów. Zdaniem Zamawiającego zaświadczenia te nie wykazują spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez członków konsorcjum Odwołującego, a ponadto skoro Zamawiający oczekiwał aktualnego zaświadczenia to zaświadczenie powinno zawierać aktualne dane zarówno co do firmy, jak i adresu wykonawcy, a także posiadać aktualną datę wystawienia. Zaświadczenia przedstawione przez Odwołującego zaś zawierają inną, nieaktualną firmę oferenta oraz inny, nieaktualny adres i nieaktualne daty. Wskazał też, że

17

do oferty Odwołującego nie dołączono w ogóle zaświadczenia o wpisie do RDR w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Białogard drugiego z członków konsorcjum Odwołującego (LOTOF SYSTEM Sp. z o.o.), tymczasem kopie takich wpisów według Zamawiającego powinni przedłożyć wszyscy członkowie konsorcjum, co również potwierdza orzecznictwo (wskazał wyrok KIO w sprawie KIO 1812/14). W związku z powyższym Zamawiający uznał, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a oferta złożona przez tego wykonawcę podlega odrzuceniu w oparciu o art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu nieuprawnionego wykluczenia Odwołującego z postępowania, Izba uznała, że zarzut potwierdził się, jednakże z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, stąd też odwołanie podlegało oddaleniu. Izba ustaliła bowiem, że w oparciu o matematycznie przeliczalne kryteria oceny ofert ustalone przez Zamawiającego w SIWZ oferta Odwołującego i tak nie zostałaby uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Odwołujący we wszystkich trzech kryteriach oceny ofert złożył Zamawiającemu swoją ofertę mniej korzystną od oferty Przystępującego, co potwierdza treść oferty Odwołującego, ocena oferty Przystępującego dokonana przez Zamawiającego w postępowaniu w dokumentacji z tego postępowania oraz symulacja oceny ofert złożona do akt sprawy przez Przystępującego jako dowód w sprawie W wyniku oceny oferty Przystępującego dokonanej przez Zamawiającego oferta ta była uznana przez Zamawiającego jako ważna i niepodlegająca odrzuceniu. Ocena ta w żaden sposób do czasu zamknięcia rozprawy w przedmiotowej sprawie przed Izbą, nie została przez Zamawiającego zmieniona, stąd też trudno domniemywać, że oferta ta podlega odrzuceniu, czy też że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Zarzuty podniesione w tym zakresie przez Odwołującego – jak wskazano powyżej - z przyczyn formalnych nie podlegają rozpoznaniu przez Izbę. Także Zamawiający- jak ustalono – nie podjął w tym zakresie żadnych czynności w trybie samokontroli, które podważałyby dokonaną wcześniej przez niego (pismo z dnia 25 listopada 2015 r. skierowane do wykonawców) ocenę ofert i uznania oferty Przystępującego za ważną. Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należało, że nawet przywrócenie Odwołującego do postępowania nie miałyby wpływu na wynik postępowania, rozumiany jako wybór oferty

Niemniej jednak odnosząc się do zarzutu odwołania Izba uznała, że Odwołujący w wystarczający sposób wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu uprawnień do odbierania odwodów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Białogard, na potwierdzenie czego należało przedłożyć kopię aktualnego wpisu do RDR. W pierwszej kolejności należy wskazać, że spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zasadniczo odbywa się na zasadach, iż wykonawcy ci mogą wspólnie wykazać spełniania tych warunków. Pewne odrębności w tym zakresie wskazuje się w orzecznictwie i doktrynie, jeśli chodzi o warunek uprawnień (art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Jedni wskazują, że analogicznie, jak w przypadku innych warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, również warunek uprawnień podlega wykazaniu, jeżeli przynajmniej jeden z konsorcjantów ubiegających się wspólnie o zamówienie posiada takie uprawnienia. Podstawą takiego twierdzenia jest brak wyraźnego, odrębnego uregulowania w tym zakresie – co do warunku posiadania uprawnień - dla podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie. Inni wskazują, że w takim przypadku - z racji solidarnej odpowiedzialności za realizację zamówienia (art. 141 ustawy Pzp), a także z uwagi na szczególnie warunek udziału w postępowaniu, wskazujący na wyłączność z mocy prawa wykonywania określonej koncesjonowanej działalności po stronie konkretnego podmiotu posiadającego określone uprawnienia, koncesję, zezwolenie - wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą wykazać się posiadaniem takich uprawnień.

Wydaje się, że na najbardziej optymalne rozwiązanie w tym zakresie wskazuje orzeczenie Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 19 marca 2012 r. (sygn. akt: I Ga 39/12). W orzeczeniu tym Sąd wskazał jako zasadę oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, że obowiązek posiadania określonych, wymaganych przepisami prawa uprawnień, jest wypełniony, jeśli przynajmniej jeden z członków konsorcjum takie uprawnienia posiada. Wyjątkiem zaś od tej zasady Sąd uznał sytuację, w której wszystkie aspekty objęte zamówieniem wymagają posiadania uprawnień i w takiej sytuacji każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie musiałby posiadać wymagane uprawnienia. Sąd uzasadnił to stanowisko twierdzeniem, że w takiej sytuacji konsorcjant, który nie posiada określonych uprawnień nie mógłby w ogóle uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Wydaje się, że przywołane przez Sąd Okręgowy w Lublinie stanowisko w tym zakresie jest najbardziej optymalne. Daje ono jasne wytyczne co do oceny spełniania warunku posiadania wymaganych przepisami prawa uprawnień do prowadzenia określonego rodzaju działalności z jednej strony odnosząc się do literalnej wykładni regulacji ustawowych

– art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, z drugiej zaś biorąc pod uwagę racjonalność ustawodawcy i obiektywną możliwość realizacji zamówienia w związku z solidarną odpowiedzialnością za wykonanie zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Powyższa wykładnia wskazanych przepisów nie stoi, zdaniem Izby, na przeszkodzie uwzględnianiu w postanowieniach SIWZ przez Zamawiającego szczególnych zasad oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli chodzi o określone uprawnienia, mając na względzie przede wszystkim zakres przedmiotu zamówienia i konieczność wykazania się w tym względzie uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności objętej tym zakresem przedmiotu zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na warunki niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający w postanowieniach SIWZ określił jakieś szczególne wymagania odnoszące się do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych uprawnień do odbioru odpadów komunalnych. Tym samym zatem, idąc za przywołanym wyrokiem Sądu Okręgowego w Lublinie, stwierdzić

należy, że dopuszczalne jest jako zasada wykazanie się przynajmniej przez jednego z konsorcjantów spełnieniem tego warunku. Aby odnieść się do wytycznych Sądu Okręgowego co do podzielności przedmiotu zamówienia, Izba ustaliła, że w zakresie przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obok działalności wymagającej posiadania stosownych uprawnień do odbioru odpadów komunalnych, wchodzi także szereg czynności związanych ze świadczeniem usług związanych z odpadami, takich jak prowadzenie sprawozdawczości według pkt 5.5.3 SIWZ dotyczącego opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący wykazał w toku postępowania odwoławczego, że przed złożeniem oferty w postępowaniu zawarł umowę konsorcjum (umowa z dnia 2 listopada 2015 r.), w której szczegółowo określony został podział obowiązków związanych z realizacją zamówienia pomiędzy dwoma konsorcjantami Odwołującego. Z tego podziału wynika, że konsorcjant – firma LOTO SYSTEM Sp. z o.o. będzie wykonywał w takiej realizacji zamówienia wyłącznie czynności związane z obsługą administracyjną konsorcjum oraz sporządzania dokumentacji niezbędnej do realizacji zamówienia (§ 5 ust. 2 umowy), nie będzie zaś świadczył działalności wymagającej zezwolenia, tj. odbioru odpadów. Zgodnie z przepisami ustawy Pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego na etapie składania ofert w postępowaniu nie muszą przedkładać umowy konsorcjum. Takiej umowy Zamawiający może zażądać dopiero na etapie podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 23 ust. 4 ustawy Pzp). Tym samym na etapie oceny spełniania warunków udziału

20

w postępowaniu Zamawiający wobec tego, iż w SIWZ nie określił jakiś szczegółowych warunków oceny spełniania warunku posiadania uprawnień w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, powinien był co najwyżej wyjaśnić z Odwołującym zasady, na jakich zamówienie będzie realizowane przez obydwu konsorcjantów. Podkreślenia wymaga bowiem, że uzasadnieniem wprowadzenia do ustawy Pzp zasady niczym nie ograniczonej możliwości wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez kilku wykonawców wspólnie, była możliwość kumulowania przez małych przedsiębiorców swoich potencjałów pozwalających im konkurować z dużymi przedsiębiorstwami w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Podmioty takie bez ograniczeń, uwzględniając zasadę swobody prowadzenia działalności gospodarczej i zasadę swobody kontraktowej, tworzą porozumienie pozwalające im na wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, a także wspólne wykonywanie zamówienia. Skoro w niniejszym postępowaniu dwa podmioty prowadzące działalność gospodarczą ustaliły zasady wspólnej realizacji zamówienia, poprzez podział obowiązków w tym zakresie, uwzględniający ustanowiony w SIWZ zakres przedmiotu zamówienia, należy uznać, że w taki właśnie sposób zamówienie będzie przez nich realizowane. Izba wzięła tutaj pod uwagę okoliczność, że umowa konsorcjum została zawarta przed upływem terminu składania ofert, a więc nie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego, ale wcześniej, wskazując na określony zamiar i cel działalności tych wykonawców przed złożeniem oferty w postępowaniu. Taki sposób działania tych dwóch podmiotów dodatkowo potwierdza udział Odwołującego w takim samym składzie konsorcjum w innych postępowaniach (potwierdza to wyrok KIO w sprawie KIO 2064/15).

Reasumując w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w okolicznościach faktycznych tej sprawy, wystarczającym było, aby jeden z konsorcjantów Odwołującego wykazał się spełnieniem warunku posiadania uprawnień do odbioru odpadów komunalnych.

Odnosząc się do oceny spełniania warunku uprawnień przez lidera konsorcjum Odwołującego dokonanej przez Zamawiającego Izba uznała, że brak było podstaw do uznania, że przedłożone przez tego wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełniania wskazanego warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby Odwołujący w wystarczający sposób w treści swojej oferty wykazał, że uprawnienia do odbioru odpadów, które przedstawił w postaci dwóch zaświadczeń, potwierdzają, że takie uprawnienia posiada Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe EKO FIUK Spółka komandytowa (Lider konsorcjum Odwołującego). Do oferty Odwołującego oprócz zaświadczenia dotyczącego Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego EKO-FIUK

S.C. zostało załączone oświadczenie Odwołującego wskazujące na przekształcenia podmiotowe dokonane w oparciu o obowiązujące przepisy prawa (przepisy k.s.h.) i wskazujące na przejście praw i obowiązków w pierwszej kolejności z podmiotu Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe EKO-FIUK S.C. na Przedsiębiorstwo EKO FIUK Spółka Jawna, z drugiej zaś kolejności z Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego EKO-FIUK Spółka Jawna na podmiot Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe EKO FIUK Spółka Komandytowa. Przekształcenia te dokonały się w oparciu o art. 26 § 5 k.s.h. w zw. z art. 551 § 1-3 oraz art. 553 § 2 i 3 k.s.h. Zgodnie z art. 26 § 5 k.s.h. z chwilą wpisu spółka cywilna (przekształcana) staje się spółką jawną (spółką przekształconą) i spółce tej przysługują wszystkie prawa i obowiązki stanowiące majątek wspólny wspólników. Istotne jest, że art. 553 § 2 i 3 k.s.h. w tym zakresie stosuje się odpowiednio, zaś te przepisy wskazują, że spółka przekształcona staje się podmiotem w szczególności zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane spółce przed jej przekształceniem, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej, zaś wspólnicy spółki przekształcanej uczestniczący w przekształceniu stają się z dniem przekształcenia wspólnikami spółki przekształconej. W świetle wskazanych przepisów w tym przypadku mamy do czynienia z przekształceniem jednego podmiotu w drugi podmiot z przejęciem praw i obowiązków przez spółkę przekształconą od spółki przekształcanej. Przepis szczególny k.s.h. (art. 553 § 2 k.s.h.) stanowi wprost o przejęciu przez spółkę przekształconą zezwoleń, koncesji itd., a więc kontynuacji stosunków administracyjnoprawnych. Co prawda w tym przypadku mamy do czynienia z ograniczoną kontynuacją tych stosunków do ustawowego zastrzeżenia: „chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej”. W przypadku jednak zezwoleń udzielanych w oparciu o przepisy ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 1399) przepisy tej ustawy nie stanowią o zakazie kontynuacji praw i obowiązków wynikających z udzielonych zezwoleń (powyższe potwierdza choćby stanowisko zaprezentowane przez: J. Strzępka Kodeks spółek handlowych. Komentarz, 5 wydanie Warszawa 2012, str. 1345, czy A. Kidyba Kodeks spółek handlowych. Komentarz. t. II, Wydanie 5 str. 1051-1059). Ograniczenie takie nie wynika także z treści zezwolenia udzielonego Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego EKO-FIUK S.C. W tym przypadku zatem z mocy prawa następuje przejęcie zezwolenia z przekształcanej spółki cywilnej na spółkę jawną i następnie na tej samej zasadzie ze spółki jawnej na spółkę komandytową. Bez znaczenia w tym względzie, zdaniem Izby, jest kwestia aktualizacji danych zawartych w RDR co do wpisu właściwego podmiotu (po przekształcenia), czy jego adresu, czyli wymogów administracyjno-technicznych, skoro uprawnienia do odbioru odpadów przysługują z mocy prawa na podstawie wskazanych przekształceń liderowi konsorcjum Odwołującego.

Podkreślić należy, że przepisy ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), jak również postanowienia SIWZ, nie określają szczególnych wymogów co do aktualności dokumentu uprawnień (jak to np. jest w przypadku innych dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania choćby sytuacji finansowej czy ekonomicznej wykonawcy).

Tym samym zatem należało uznać, że Odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu co do posiadania uprawnień dotyczących odbioru odpadów komunalnych, a co najwyżej Zamawiający mógł w tym zakresie poprosić go o złożenie dodatkowych wyjaśnień, jeśli posiadał w tym zakresie jakieś wątpliwości (np. co do zakresu wykonywanych przez każdego z konsorcjantów czynności związanych z wykonaniem zamówienia w kontekście wymagania, bądź nie wymagania od każdego z konsorcjantów posiadania uprawnień do odbioru odpadów). Z pewnością wykluczenie Odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą stanowiło naruszenie przepisów ustawy Pzp. Niezależnie jednak od powyższego – jak wskazano powyżej – przywołane naruszenie pozostawało bez wpływu na wynik niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wybór oferty najkorzystniejszej, stąd też Izba oddaliła odwołanie.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 7 500,00 zł oraz stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. a) wskazanego rozporządzenia — – koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby w kwocie 304,80 zł na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: