

Kalisz, dnia 01 marca 2013r.

INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „**Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Kalisza z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy**”.

W związku z treścią pisma przesłanego przez Wykonawcę, w imieniu Zamawiającego (Miasta Kalisz) informuję co następuje:

treść pisma Wykonawcy:

Wobec niejasnego brzmienia postanowienia punktu 9.2.3 SIWZ (s.7), dotyczącego opisu sposobu oceny spełniania przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (w tym członków konsorcjum) warunku, o którym mowa w pkt 9.2.1 a) SIWZ, tj. wymogu posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996r. (Dz. U. Z 2012r., poz.391 z późn. zm.) o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez właściwy organ, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia oraz w art. 51 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. (Dz. U. Z 2012r., poz. 21) o odpadach, niniejszym:

1. *Prosimy o potwierdzenie, że - zgodnie z prawidłową wykładnią punktu 9.2.3 zdanie pierwsze SIWZ – w odniesieniu do Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 u.p.z.p.), przez spełnienie warunku określonego w pkt 9.2.1 a) SIWZ (tj. wymogu posiadania wpisu do rejestru) rozumieć należy:*
 - a) *posiadanie przez przynajmniej jednego (któregokolwiek z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wpisu, o którym mowa w pkt 9.2.1 a) SIWZ; lub*
 - b) *posiadanie przez przynajmniej jednego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wpisu, o którym mowa w pkt. 9.2.1 a) SIWZ, przy jednoczesnym złożeniu do oferty dodatkowego oświadczenia, iż wyłącznie ten Wykonawca spośród wspólnie ubiegających się o zamówienie będzie realizował zakres zamówienia, co do którego przepisy prawa nakładają obowiązek posiadania wpisu do rejestru działalności reglamentowanej, o której mowa w pkt. 9.2.1 a) SIWZ; lub*
 - c) *posiadanie wpisu, o którym mowa w pkt. 9.2.1 a) SIWZ, przez każdego (przynajmniej jednego) z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, który będzie realizował zakres przedmiotu zamówienia, co do którego przepisy prawa nakładają obowiązek posiadania wpisu do rejestru działalności reglamentowanej, o której mowa w pkt. 9.2.1 a) SIWZ,*

zaś alternatywnie:

2. *Prosimy o doprecyzowującą zmianę niejasnego postanowienia punktu 9.2.3 SIWZ, zdanie pierwsze w brzmieniu: „Każdy z Wykonawców ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia (składający ofertę wspólnie w tym: **członkowie konsorcjum, wspólnicy spółki cywilnej**) nie może podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy i spełniać warunek, o którym mowa w pkt 9.2.1 a) SIWZ (...)”:*
 - poprzez doprecyzowanie jego treści w sposób następujący: „Każdy z Wykonawców ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia (składający ofertę wspólnie w tym: **członkowie konsorcjum, wspólnicy spółki cywilnej**) nie może podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy i Wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia muszą spełniać łącznie warunek, o którym mowa w pkt 9.2.1 a) SIWZ lub co najmniej jeden z Wykonawców ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia spełnia warunek, o którym mowa w pkt 9.2.1 a) SIWZ (...)”

Uzasadniając niniejszy wniosek wskazujemy, iż zgodnie z art. 23 ust. 3 u.p.z.p., do Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia należy stosować bezpośrednio przepisy o wykonawcy, zatem również przepisy zapewniające równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 u.p.z.p.), co oznacza, że Wykonawcy łącznie ubiegający się o udzielenie zamówienia winni być traktowani jak wykonawca samodzielnie przystępujący do postępowania. W związku z tym, Zamawiający ma obowiązek sumować wymogi określone w art. 22 ust. 1 u.p.z.p., w tym dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, potencjału wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego i potencjału ekonomicznego, gdyż co do zasady wykonawcy mogą je spełniać wspólnie, tak jakby byli jednym podmiotem.

Nadto, przepisy art. 22 ust. 1 oraz art. 23 ust. 1 u.p.z.p. nie nakładają na Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązku spełnienia przez każdego z osobna wszystkich warunków udziału w postępowaniu. Inne rozumienie tych przepisów przeczyłoby racjonalności ustawodawcy i czyniłoby bezprzedmiotowym art. 23 ust. 1 u.p.z.p., którego celem jest przecież umożliwienie grupie Wykonawców, zamierzających wspólnie (solidarnie) przyjąć odpowiedzialność za wykonanie zamówienia publicznego, połączenia ich potencjału prawnego, organizacyjnego, technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego w sytuacji, gdy żaden z nich z osobna nie spełnia wszystkich warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego.

Występowanie wspólne przy wykonywaniu zamówienia nie oznacza jednak, że każdy z członków konsorcjum musi wykonywać taki zakres przedmiotu zamówienia, który wymaga odpowiedniego wpisu do rejestru działalności reglamentowanej, gdyż rola poszczególnych konsorcjantów przy realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego może być różna (np. udostępnienie potencjału ekonomicznego lub zdolności finansowych, urządzeń, know-how, nadzór administracyjny nad wykonywaniem powierzonego zamówienia itp.)

Jest przy tym oczywiste (art. 22 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p.), że obowiązek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności dotyczy tylko sytuacji, w której przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; członek konsorcjum niewykonujący czynności objętych zakresem działalności reglamentowanej (wymagającej wpisu określonego w art. 9b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach lub art. 51 ust. 1 pkt 6 ustawy o odpadach) nie ma też prawnego obowiązku posiadania stosownego wpisu. Obowiązek taki nie może być przy tym uznaniowo nakładany przez Zamawiającego, gdyż takie działanie byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców (tzn. niedyskryminowania ze względu na występowanie wspólne), wyrażoną w art. 7 ust. 1 u.p.z.p., a nadto niezgodny z dyspozycją art. 21 ust. 4 u.p.z.p., zgodnie z którym opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 tego przepisu, powinien być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wykładnia punktu 9.2.3 zdanie pierwsze SIWZ musi być zatem niewątpliwie dokonywana z uwzględnieniem wyżej powołanych przepisów ustawy u.p.z.p.

Zgodnie z uregulowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej (dalej jako „KIO”), również warunek posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, o którym mowa art. 22 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p., może być spełniony łącznie przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a żądanie od każdego z Wykonawców spełnienia określonych wymogów oddzielnie nie byłoby racjonalne i przeczyłoby idei ustawowej możliwości wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne, a także byłoby niezgodne z wymogami obrotu gospodarczego (tak m. in. w wyroku KIO z dnia 5 marca 2009r., KIO/UZP 198/09).

Powyższe dodatkowo zostało potwierdzone przez Urząd Zamówień Publicznych, który wyraził stanowisko, iż w zakresie dotyczącym uprawnień za wystarczające do oceny spełnienia warunku w postępowaniu należy uznać, gdy uprawnienie posiadał będzie co najmniej jeden z konsorcjantów, który będzie realizował tę część zamówienia, z którym wiąże się obowiązek posiadania określonych uprawnień. Należy uznać, że nie jest konieczne, aby wszyscy członkowie konsorcjum posiadali wymagane uprawnienia, wystarczy, aby posiadał je jeden z nich, o ile część zamówienia, do której wykonania wymagane jest posiadanie takich uprawnień, będzie faktycznie przez niego wykonywana (zob. Urząd Zamówień Publicznych „Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego” www.uzp.gov.pl; wyrok KIO z dnia 31 marca 2008r. KIO/UZP 223/08; KIO/UZP 231/08).

Na koniec należy wskazać, iż powszechnie stosowaną praktyką przez Zamawiających w zakresie formułowania postanowień treści SIWZ dla zamówień, których przedmiotem jest świadczenie usługi na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, jest uznanie w odniesieniu do Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie spełnienia wymogu posiadania wpisu, o którym mowa 9.2.1 a) SIWZ, poprzez przedłożenie dokumentów potwierdzających spełnienie tego warunku łącznie przez Wykonawców wspólnie składających ofertę, lub poprzez potwierdzenie jego spełniania przez któregokolwiek z Wykonawców spośród Wykonawców składających wspólną ofertę (tak np. w postępowaniu nr 11/2013 prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Piaseczno czy w postępowaniu nr ZP.271.150.2012 prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Rybnik).

Oznaczenie sprawy: WSRK.271.01.002.2013

Należy bezwzględnie podkreślić, że brak usunięcia wadliwości postępowania poprzez udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na niniejsze istotne pytanie, może skutkować nieusuwalną (po upływie terminu składania ofert) wadą postępowania. Wada ta może spowodować unieważnienie zawartej w wyniku postępowania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z art. 93 ust. 1 pkt 7 u.p.z.p. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obciążone jest niemożliwością do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W interesie Zamawiającego jest więc podjęcie działań w celu wyjaśnienia wątpliwości co do wykładni postanowienia punktu 9.2.3 SIWZ zawartych w niniejszym piśmie, zgodnie z przepisami art. 21 ust. 1 pkt 1 i ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 u.p.z.p.

Odpowiedź Zamawiającego:

W opinii Zamawiającego powyższa treść pisma jednego z wykonawców nie stanowi wniosku, o którym mowa w art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą”), gdyż zapisy w SIWZ w tym zakresie są jednoznaczne, co pośrednio w swoim uzasadnieniu potwierdzą również wykonawca.

Tym nie mniej Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy zmienia brzmienie pkt 9.2.3 SIWZ na następujące:

„9.2.3. Każdy z Wykonawców ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia (składający ofertę wspólnie w tym: **członkowie konsorcjum, wspólnicy spółki cywilnej**) nie może podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy. Pozostałe warunki i wymagania zawarte w pkt 9.1. i 9.2. SIWZ mogą zostać spełnione łącznie przez Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, z tym zastrzeżeniem, iż spełnianie warunku, o którym mowa w pkt 9.2.1 a) SIWZ) może wykazać Wykonawca, który posiada stosowny wpis do rejestru do działalności regulowanej, o którym mowa w pkt 9.2.1 a) SIWZ i będzie wykonywał w trakcie realizacji zamówienia czynności, co do których przepisy prawa nakładają obowiązek posiadania takiego wpisu.”

Ponadto Zamawiający zmienia wysokość wadium, jakie należy wnieść w przypadku składania oferty na Część I na **231.000,00 PLN** (było 230.000,00 PLN).

W związku z wprowadzonymi zmianami w SIWZ terminy składania i otwarcia ofert ulegają, zgodnie z art. 12a ust. 2 pkt 1) ustawy, zmianie na następujące:

- a) Termin składania ofert: **27.03.2013 r. do godziny 10:00,**
- b) Termin otwarcia ofert: **27.03.2013 r. o godz. 10:15.**

Miejsca składania i otwarcia ofert nie ulegają zmianie.

PREZYDENT
Miasta Kalisza
/---/
dr inż. Janusz Pęcherz