Sygn. akt: KIO 1797/15

WYROK
z dnia 2 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) EKO M. G., J. K., A. S. Spółka Jawna (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe TRANSGÓR S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Kościuszki 45a, 44-200 Rybnik** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Rybnik, ul. B. Chrobrego 2, 44-200 Rybnik**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Bytowych Sp. z o.o., (2) IB Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) EKO M. G., J. K., A. S. Spółka Jawna (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe TRANSGÓR S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Kościuszki 45a, 44-200 Rybnik** 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: **(1) EKO M. G., J. K., A. S. Spółka Jawna (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe**

TRANSGÓR S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Kościuszki 45a, 44-200 Rybnik tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) EKO M. G., J. K., A. S. Spółka Jawna (pełnomocnik wykonawców), (2) TRANSGÓR S.A., adres dla Spedycyjno-Transportowe Przedsiębiorstwo pełnomocnika: ul. Kościuszki 45a, 44-200 Rybnik** na rzecz **Miasta Rybnik, ul. B. Chrobrego 2, 44-200 Rybnik** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt 1797/15

UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Rybnik 44-200 Rybnik, ul. Bolesława Chrobrego 2 prowadzi

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Miasta Rybnika w sektorach III i IV, w zakresie obejmującym zadanie 2. Zamawiający w dniu 10.08.2015 r poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta Wykonawcy- konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Bytowych sp. z o.o. w Gliwicach i IB sp. z o.o. w Białym Dunajcu.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca konsorcjum firm EKO M. G., J. K., A S. Sp. Jawna – lider, 44-200 Rybnik, ul. Kościuszki 45a, 2/ PST Transgór S.A. – konsorcjant, 44-200 Rybnik, ul. Janowicka 9, zwany dalej „Odwołującym" wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

1/ zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy w osobie konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Bytowych sp. z o.o. w Gliwicach i IB sp. z o.o. w Białym Dunajcu (zwanym dalej Wykonawcą) z powodu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania

2/ zaniechania czynności uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy z powodu jego wykluczenia

3/ zaniechania odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa

4/ zaniechania wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu

5/ dokonania wyboru oferty Wykonawcy pomimo podstaw do wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty

6/ zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej

Odwołujący powyższym czynnościom Zamawiającego zarzuca :

1/ naruszenie przepisu art.24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art.22 ust.1 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy pomimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonania przedmiotu zamówienia

2/ naruszenie przepisu art.24 ust.2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust.l pkt 3 Pzp poprzez

zaniechanie wykluczenia Wykonawcy pomimo niespełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym

3/ naruszenie przepisu art.24 ust.2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.

4/ naruszenie przepisu art.89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ

5/ naruszenie przepisu art. 8 ust.1 - 3 Pzp w zw. z art. 11 ust.4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz.1503, z 2003 r. z późn. zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia informacji zastrzeżonych przez Wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa

6/ naruszenie przepisu art.89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę

7/ naruszenia przepisu art. 24 ust.4 Pzp poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu

8/ naruszenie przepisu art.26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu 9/ naruszenie przepisu art. 91 ust.1 Pzp w zw. z art.24 ust.4 Pzp poprzez :

a/ dokonanie wyboru oferty Wykonawcy pomimo podstaw do jego Wykluczenia i odrzucenia jego oferty

b/ zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego pomimo, że była oferta najkorzystniejszą wobec zasadności wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o:

1 / o uwzględnienie odwołania w całości

2/ o unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy
3/ o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert, a w tym :
a/ odtajnienia informacji przedstawionych przez Wykonawcę w przedmiocie sposobu ustalenia ceny oferty
b/ wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty
ewentualnie:
c/wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu
4/ obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów i żądań w uzasadnieniu podał:

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art.24 ust.2 pkt 4 Pzp w zw. z art.22 ust.1 pkt 1 Pzp podał, że zgodnie z SIWZ o udzielenie zamówienia publicznego mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeśli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Takimi przepisami w przypadku odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości są art.9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości im porządku w gminach (Dz. U. z 2013 r. poz. 1399), które stanowią, że działalność powyższa jest działalnością regulowaną w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a przedsiębiorca odbierający takie odpady jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady od właścicieli nieruchomości.

Zamawiający w pkt IV. 1 SIWZ wskazał, że w postępowaniu mogą brać udział w szczególności wykonawcy spełniający warunki, o których mowa w art.22 ust.1 Pzp. Wymóg ten został skonkretyzowany w IV.3.a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez ustalenie, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek dotyczący posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, tj. wykonawca winien posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Rybnika, prowadzonego przez prezydenta miasta Rybnika, zgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013 r. poz.1399). Tym samym o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu może ubiegać się tylko taki wykonawca, który legitymuje się uprawnieniem do wykonania działalności stanowiącej przedmiot zamówienia, a wynikającym z faktu posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej, a który z kolei winien obejmować zbieranie ogółu odpadów komunalnych powstających u mieszkańców miasta Rybnika.

W przypadku lidera konsorcjum tj. Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych i Bytowych Sp. z o.o. w Gliwicach, to wykonawca ten wraz z ofertą przedłożył zaświadczenie o dokonaniu przedmiotowego wpisu. Jednakże analiza treści wpisu wskazuje, że wśród rodzajów odbieranych odpadów komunalnych, których odbieranie może na podstawie tego wpisu być dokonywane, nie występują opony, których zbiórka stanowi przedmiot zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, w szczególności opisem przedmiotu zamówienia.

Okoliczność ta uzyskuje potwierdzenie w fakcie złożenia przez lidera konsorcjum wniosku z dnia 26.06.2015 r. do Urzędu Miasta Rybnika w sprawie rozszerzenia wpisu o m.in. zbieranie odpadów w postaci zużytych opon. Powyższa czynności lidera dowodzi, że

---

miał on świadomość tego, iż przedłożone przez niego oświadczenie nie daje uprawnienia do wykonywania przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na pytanie Odwołującego z dnia 06.07.2015 r. Urząd Miasta Rybnika udzielił odpowiedzi, że rozszerzenia wpisu w rejestrze dla Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych i Bytowych Sp. z o.o. dokonano w dniu 30.06.2015 r..

Tym samym w dniu upływu terminu składania ofert , tj. w dniu 29.06.2015 r. lider konsorcjum nie dysponował wpisem do rejestru działalności regulowanej obejmującym cały

zakres odpadów, których zbieranie stanowiło przedmiot zamówienia. W tej sytuacji, stwierdzić należy, że lider konsorcjum nie wykazał, by spełniał warunek udziału w postępowaniu, polegający na posiadaniu wpisu do ewidencji działalności regulowanej. Wpis taki niewątpliwie obejmować winien istnieć nie później niż w dniu upływu terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i obejmować wszystkie rodzaje odpadów komunalnych, których odbiór stanowi przedmiot tego zamówienia.

Również drugi członek konsorcjum nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie przedłożył dokumentu potwierdzającego fakt posiadania przedmiotowego wpisu, a w piśmie z dnia 14.07.2015 r. stanowiącego odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 7 lipca 2015 r. wystosowane w trybie art. 26 ust.3 PZP, lider konsorcjum wyjaśnił, że członek konsorcjum takiego wpisu nie posiada, jego zamiarem jest natomiast uzyskać wpis i w tym celu złożył w dniu 13.07.2015 roku stosowny wniosek do Prezydenta miasta Rybnika. Powyższa okoliczność dowodzi, że członek konsorcjum na dzień upływu terminu składania ofert także nie dysponował wymaganym wpisem do rejestru działalności regulowanej prowadzonym przez Prezydenta Miasta Rybnika.

Podniósł także, że w treści SIWZ (pkt V. 17. 2) Zamawiający zastrzegł, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, dokumenty wymienione w pkt 6 ppkt 2 - 8, a więc m.in. aktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej, powinno być złożone w taki sposób, aby wykazać, że warunki udziału w postępowaniu Wykonawcy spełniają łącznie.
W przedmiotowej sprawie jednak żaden z członków konsorcjum będącego Wykonawcą nie przedstawił wymaganego zaświadczenia. Skutkować to winno uznaniem, że Wykonawca w osobie konsorcjum, nie wykazał spełniania warunku działu w postępowaniu przewidzianego w punkcie IV.3.a) SIWZ.

Odwołujący zakwestionował także trafność przyjętego przez Zamawiającego, a przytoczonego wyżej rozwiązania, iż dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku wykonawców działających wspólnie, wystarczające będzie jeśli stosowne dokumenty przedstawi tylko jeden z nich. Wadliwość tego rozwiązania dotyczy zasadniczo przypadków wykazania dysponowania przez wykonawców uprawnieniami do prowadzenia działalności stanowiącej przedmiot zamówienia.

W ocenie Odwołującego w powyższym zakresie każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powinien wykazać się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu. Trudno bowiem doszukać się słuszności w sytuacji, gdy spośród kilku wykonawców wspólnie wykonujących przedmiot umowy, tylko jeden jest prawnie legitymowany (poprzez np. posiadanie zezwolenia lub wpisu do ewidencji, rejestru) do jego wykonywania.

Działanie Zamawiającego, który poprzez zapis SIWZ uznaje za wystarczające w przypadku konsorcjum wykazanie spełnienia wymagań tylko przez jednego z jego uczestników, jest niewłaściwe. Zamawiający pismem z dnia 7 lipca 2015 r. wzywa Wykonawcę by wykazał, czy obaj konsorcjanci będą świadczyć usługi odbioru i wywozu odpadów i czy w konsekwencji obaj posiadają odpowiednie zezwolenia, w szczególności poprzez przedłożenie zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej dotyczącego IB Sp. z o.o.. Zamawiający otrzymał od Wykonawcy odpowiedź, że obaj konsorcjanci wykonywać będą czynności składające się na przedmiot umowy. Powyższa okoliczność dowodzi trafności przedstawionego wyżej stanowiska odwołującego.

Konsorcjant w osobie IB sp. z o.o. co oczywiste jest obowiązany dysponować uprawnieniami do wykonywania działalności, o której powierzenie w toku postępowania się ubiega i która zamierza wykonywać. Fakt posiadania tych uprawnień winien być potwierdzony w toku postępowania, przed otwarciem ofert.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego wykazania się przez wykonawców dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym Zamawiający postawił warunek przedstawienia przez wykonawców wykazu niezbędnych urządzeń do realizacji zamówienia w postaci pojazdów specjalistycznych.

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art.26 ust.3 Pzp, Wykonawca przedłożył zobowiązanie osoby trzeciej, tj. SPEC-TRUCK s.c. M. S., M. T. do oddania Wykonawcy do użytkowania trzech samochodów specjalistycznych na warunkach określonych w umowie najmu AD/1/2015 Określony w § 6 tej umowy okres obowiązywania umowy ustalony został na 15 miesięcy od

1.10.2015 r. do dnia 31.10. 2015 r. Odwołujący w tym zakresie podniósł, że przewidziany w SIWZ czas realizacji zamówienia publicznego trwa nie wcześniej niż od 1 listopada 2015 r. do 31.12.2016 r. Zestawienie powyższych dat wskazuje, że przedstawiona przez Wykonawcę umowa nie stanowi potwierdzenia, że Wykonawca dysponować będzie sprzętem w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w SIWZ.

Dodatkowo, w przedłożonej umowie, wskazanej w niej pojazdy nie zostały zidentyfikowane poprzez podanie ich numerów rejestracyjnych. Brak tych danych uniemożliwia ustalenie (chociażby poprzez weryfikację pojazdów w ewidencji CEPiK), czy spółka wynajmująca pojazdy w istocie jest ich posiadaczem, a tym samym była władna

udostępnić je do korzystania Wykonawcy w dacie zawarcia umowy i na czas jej trwania. Ciężar udowodnienia powyższej okoliczności spoczywa na Wykonawcy mającym w toku składania oferty wykazać, że spełnia warunki ubiegania się o udzielenie zamówienia Kwestię tą traktować należy jako tym bardziej istotną, gdyż z ustaleń Odwołującego wynika, że żaden z powyższych pojazdów na dzień składania ofert nie był ubezpieczony w zakresie OC, które jest ubezpieczeniem obowiązkowym.

W kolejnym przypadku, także na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca przedłożył umowę dzierżawy z osoba trzecią, tj. Budochud sp. z o.o. z siedzibą w Chudowie, w przedmiocie wydzierżawienia Wykonawcy pojazdu marki Renault. Jednakże przedmiotowa umowa przedłożona została w kopii potwierdzonej notarialnie za zgodność z oryginałem

Natomiast zarówno z treści art.26 ust.2b PZP jak i zapisu SIWZ pkt 5.11, wynika, że dowodem dysponowania przez wykonawcę potencjałem technicznym osoby trzeciej, winno być zobowiązanie tej osoby przestawione w formie pisemnej, bez dopuszczalności innej formy. Liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyrok z dnia 5 maja 2011 r. KIO/UZP 822/11, wyrok z dnia 10 września 2011 r. KIO 1913/11, wyrok z dnia 8 czerwca 2011 r. KIO/UZP 822/11) potwierdza, że formę pisemną dokumentu rozumieć należy jako pisemny oryginał dokumentu z podpisem osoby uprawnionej do jego wystawienia, bez możliwości zastąpienia go kopią, także potwierdzoną za zgodność z oryginałem.
W tym zakresie Odwołujący stwierdził także, że takie działanie wykonawcy mające na celu wykazanie spełniania przez warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego od wykonawców posiadania potencjału technicznego, uprawnia do postawienia zarzutu podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania.
Mając powyższe na uwadze stwierdził, że Wykonawca w opisanym zakresie nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, co uzasadnia jego wykluczenie.

W zakresie kolejnego zarzutu tj. niezgodności treści oferty z treścią SIWZ podniósł, że zgodnie z treścią SIWZ podmiot odbierający odpady komunalne zobowiązany jest do:
- przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, wykazanych w załączniku do Uchwały Nr IY/50/6/2014 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 5 maja 2014 r. dla regionu III.
- przekazywania, selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach,
- w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów

komunalnych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

Tymczasem Wykonawca wskazał w treści oferty, iż przekazywać będzie zmieszane odpady komunalne m.in. do Miejskiego Składowiska Odpadów Innych niż Obojętne i Niebezpieczne - Zakład Zagospodarowania Odpadów sp. z o.o. ul. Rybnicka 125, 47-400 Racibórz.

Należy wskazać, iż składowisko o tej nazwie oraz podmiot zarządzający instalacją nie figurują w wykazie stanowiącym załącznik do uchwały nr IV/50/6/2014 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 5 maja 2014 r. w sprawie zmiany uchwały nr IY/25/2/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 roku w sprawie wykonania Planu

gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014, zmienionej uchwałą nr IV/32/9/2013 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 25 marca 2013 roku.

Oznacza to, iż Zamawiający winien był odrzucić złożoną ofertę, na co sam zresztą wskazywał wprost w treści SIWZ. Zaniechanie tej czynności stanowi naruszenie art.89 ust. 1 pkt 2 PZP, w myśl którego odrzuceniu podlega oferta której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W kolejnym zarzucie dotyczącym naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 8 ust.1 i ust.3 Pzp w zw. z art.11 ust.1-3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Odwołujący podniósł, że wykonawca został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust.1 Pzp do złożenia wyjaśnień w przedmiocie sposobu ustalenia ceny w zakresie zadania nr 2. W odpowiedzi pismem z dnia 14 lipca 2015 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień, jednak ich treść zastrzegł tylko do wiadomości Zamawiającego jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Zamawiający nie odtajnił powyższych informacji i w efekcie nie udostępnił ich do wglądu Odwołującemu wraz z całością akt postępowania. Treść pisma Wykonawcy z dnia 14 lipca 2015 r. w pkt. 8 nie wskazuje na zaistnienie powyższych przesłanek uznania zastrzeżonych informacji za rzeczywistą tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca ograniczył się w istocie tylko do przytoczenia elementów ww. definicji.
Odwołujący wskazał z kolei, że wykonywanie usługi jaką jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych nie jest działalnością szczególnie technicznie oraz organizacyjnie złożoną. W toku jej wykonywania tym w ograniczonym stopniu może dochodzić do powstawania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa

W ocenie Odwołującego nie ma podstaw do przyjęcia, że informacje przedstawione przez Wykonawcę zasługują na miano tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym słusznie zostały przez niego zastrzeżone

W kolejnym zarzucie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp. Wskazał, że Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie możliwości zaoferowania rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazał w szczególności, iż mając na względzie fakt, że cena zagospodarowania odpadów

komunalnych w Regionalnych Stacjach Przetwarzania Odpadów Komunalnych za 1 Mg wynosi ok. 250,00 zł netto i wobec tego ma wątpliwości czy za zaproponowaną cenę brutto oferty w wysokości 4.928.040,00 zł, gdzie cena jednostkowa za odbiór i zagospodarowanie odpadów za 1 Mg wynosi 210,60 zł brutto, wykonawca będzie w stanie zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący, niezależnie od utajnienia wyjaśnień Wykonawcy, podał, że podziela wątpliwości Zamawiającego co do braku możliwości świadczenia przez Wykonawcę usługi za cenę jednostkową 210,60 zł brutto. Cena wskazana przez Wykonawcę jest ceną nierealną, oderwaną od stawek rynkowych. Zgodnie z wiedzą Odwołującego, wynikającą ze stałej współpracy z instalacjami wskazanymi w ofercie Wykonawcy, tj. PPHU „Komart" sp. z o.o. oraz Cofinco Poland sp. z o.o., cena odbioru 1 Mg odpadów wynosi od 210 zł do 240 zł netto. Tymczasem wskazana przez Wykonawcę cena za którą wykonywać mają usługę wynosi 210.60 zł brutto.

Nie ulega więc wątpliwości, iż Zamawiający winien odrzucić taką ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jako zawierającą rażąco niską cenę. Zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie powyższego przepisu.

W kolejnych zarzucie naruszenia przepisu art.26 ust.3 Pzp Odwołujący zarzucił ,że Wykonawca w osobie lidera konsorcjum, w ramach wywiązania się z obowiązku wykazania posiadania uprawnień do wykonania przedmiotu umowy, poprzez przedłożenie zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Rybnika, przedstawił zaświadczenie dowodzące, że przedmiotowy wpis nie obejmuje jednego z rodzajów odpadów, tj. zużytych opon. Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do ponownego złożenia powyższego dokumentu w trybie art.26 ust.3 PZP.

Jednakże zgodnie z treścią art.26 ust.3 PZP skierowanie takiego wezwania do wykonawcy jest zbędne jeśli jego oferta z innych przyczyn podlega odrzuceniu. Ponieważ odrzuceniu podlega oferta wykonawcy wykluczonego z postępowania, a zasadność takiego wykluczenia Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu została przez Odwołującego wykazana we wcześniejszych fragmentach niniejszego odwołania, także z innych przyczyn niż wskazana w pkt 1, kierowanie do Wykonawcy powyższego wezwania

nie było wymagane.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący stwierdził, że z ostrożności podniósł zarzut niewypełnienia przez Zamawiającego obowiązku wezwania Wykonawcy do ponownego złożenia ww. dokumentu w trybie art.26 ust.3 PZP i tym samym naruszenia tego przepisu. Zwrócił uwagę, że Zamawiający w toku postępowania dysponował wiedzą, że Wykonawca nie posiada wpisu do rejestru działalności regulowanej obejmującego zbieranie opon, albowiem rejestr ten jest prowadzony przez Prezydenta Miasta Rybnika, będącego

jednocześnie organem wykonawczym Zamawiającego. To do Prezydenta Miasta Rybnika wpłynął wniosek Wykonawcy (lidera konsorcjum) o poszerzenie wpisu do rejestru i to Prezydent nie dokonał wnioskowanej we wniosku zmiany wpisu przed upływem terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji ewentualne wezwanie Wykonawcy do przedłożenia dokumentu byłoby niecelowe, gdyż uzyskana odpowiedź nie zawierałaby żadnych nowych informacji dla Zamawiającego.

Natomiast w zakresie naruszenie przepisu art. 91 ust.1 z zw. z art. 24 ust.4 Pzp podał, że zgodnie z art.91 ust.1 PZP zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia..

Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający dokonał wyboru oferty, która winna była zostać uznana za odrzuconą na podstawie art.24 ust.4 PZP, jako złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

Z uwagi na powyższą okoliczność, czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty Wykonawcy, stanowi naruszenie przepisu art. 91 ust.1 Pzp z zw. z art. 24 ust.4 Pzp.

Zamawiający w złożonej pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu dotyczącego niewykazania spełniania warunku udziału w postępowania z powodu nieposiadania uprawnień do wykonywania przedmiotu zamówienia podał, że w SIWZ Zamawiający uszczegółowił warunek z art. 22 ust.1 pkt 1 dotyczący posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek do ich posiadania, określając, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Rybnika, prowadzonego przez Prezydenta Miasta Rybnika, zgodnie z Ustawą z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1399 ze zm.), a ponadto

a) aktualne zezwolenie na zbieranie odpadów wydane przez właściwy organ na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 ze zm.),

aktualne zezwolenia na transport odpadów wydane przez właściwy organ na podstawie b) ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 ze zm.),

wpis do Rejestru podmiotów zbieranych zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, c) prowadzony przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska zgodnie z Ustawą z dnia 29 lipca 2005 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (Dz. U. 2013r., poz. 1155 ze zm.).

Podniósł, że Odwołujący twierdzi, iż wpis do rejestru działalności regulowanej, którym powinien posługiwać się wykonawca realizujący usługę w zakresie zbierania odpadów powinien obejmować całość przedmiotu zamówienia i wskazywał, że wpis przedstawiony przez Konsorcjum nie obejmuje zbierania opon pomimo tego, że ich zbiórka została ujęta w przedmiocie zamówienia. Zdaniem Odwołującego potwierdzeniem tej tezy ma być fakt złożenia w Urzędzie Miasta Rybnika wniosku Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych i Bytowych o rozszerzenie wpisu o m.in. odbiór odpadów w postaci zużytych opon.

Zamawiający przyznał , że wnioskowane rozszerzenie wpisu nastąpiło dopiero w dniu 30 czerwca 2015r. (tj. po terminie składania ofert) jednak nie zgodził się z tezą, że powinno to stanowić podstawę do wykluczenia konsorcjum z postępowania.

Należy zauważyć, że określając warunki udziału w postępowaniu Zamawiający żądał,

aby wykonawcy na dzień składania ofert udowodnili posiadanie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Rybnika, bez uszczegółowienia jakie rodzaje odpadów ma on obejmować. Dlatego też Zamawiający nie może zgodzić się z Odwołującym, że należało wykluczyć Konsorcjum i z postępowania pomimo tego, że jego lider rozszerzył swój wpis w sposób pozwalający na odbiór całego asortymentu odpadów ujętych w przedmiocie zamówienia po terminie i składania ofert, gdyż niedopuszczalne jest dokonanie badania w oparciu o intencje Zamawiającego niewyrażone wprost w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Odnośnie zarzutu dotyczącego nieprzedłożenia dokumentu potwierdzającego fakt posiadania wpisu przez drugiego członka konsorcjum (IB sp. z o.o.) to bezsprzecznie zdaniem Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na zapis jaki zawarł Zamawiający w SIWZ w rozdziale V pkt 17: *„dokumenty wymienione w pkt 6 ppkt 2) - 8) powinny zostać złożone w taki sposób, aby wykazać,* że *warunki udziału w postępowaniu Wykonawcy spełniają łącznie (tzn. składa co najmniej jeden z tych wykonawców albo wszyscy ci Wykonawcy wspólnie)* ", Zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Rybnika zostało wymienione w punkcie 6 ppkt 3) więc nie ma wątpliwości, że Konsorcjum wykazało warunek udziału w postępowaniu określony przez Zamawiającego.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego niespełniania warunku udziału w postępowaniu związanego z niewykazaniem się przez Wykonawcę dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym Zamawiający podał, że Odwołujący kwestionuje uznanie dokumentów przedstawionych przez Konsorcjum za wystarczające do udowodnienia dysponowania wymaganym sprzętem. Konsorcjum w swojej ofercie wykazało, że część pojazdów jakich wymagał Zamawiający stanowi własność Konsorcjum, częścią dysponuje bezpośrednio na podstawie leasingu oraz dzierżawy, a trzy pojazdy zostaną użyczone przez firmę Spec-Truck co wypełnia przesłanki art. 26 ust 2b.

W złożonej ofercie konsorcjum wskazało podstawę dysponowania pojazdami bez wskazania podmiotu, udostępniającego to dysponowanie. W tej sytuacji Zamawiający w oparciu o art. 26 ust. 4 wystąpił o złożenie stosownych wyjaśnień. Oprócz wyjaśnień Zamawiający wezwał do uzupełnienia oferty o zobowiązanie firmy Spec-Truck, ponieważ załączone do oferty zobowiązanie dotyczyło udostępnienia sprzętu innemu podmiotowi niż konsorcjum składające ofertę, oraz nie wskazywało jednoznacznie sposobu wykorzystania zasobów. Wątpliwości budziło także czy osoba podpisująca zobowiązanie ma prawo do składania oświadczeń spółki cywilnej Spec-Truck. Konsorcjum złożyło wymagane wyjaśnienia potwierdzające, że dysponowanie bezpośrednie (własność, leasing, dzierżawa) wykazane w ofercie dotyczy Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych i Bytowych oraz uzupełniło ofertę o zobowiązanie firmy Spec-Truck w formie oryginału podpisanego przez obu wspólników spółki cywilnej wskazującej Konsorcjum składające ofertę jako podmiot, któremu udostępnia sprzęt na cały okres realizacji umowy tj. od daty zawarcia umowy do 31.12.2016 roku bez bezpośredniego udziału w realizacji zamówienia.

Przy określaniu stosunku zobowiązaniowego Spec-Truck wskazał formę udostępnienia jako umowę najmu, zawartą między Użyczającym a Przedsiębiorstwem Usług Komunalnych i Bytowych. Ponieważ zobowiązanie obejmuje pełen okres realizacji zamówienia, a przedstawiona dodatkowo przez Konsorcjum umowa najmu w ocenie Zamawiającego stanowi jedynie wskazanie sposobu planowanego przekazania sprzętu w ramach zobowiązania oraz uwiarygodnia realność udostępnienia sprzętu, Zamawiający uznał, że rozbieżność w paragrafie 6 ust. 1 tej umowy polegająca na wskazaniu jako 15 miesięcy okresu od 1.10.2015r. do 31.10.2015r. nie może wpływać na kwestionowanie prawidłowości złożonego zobowiązania, a także stanowi oczywisty błąd, który strony umowy mogą wzajemnie wyjaśnić i sprostować. W tej sytuacji Zamawiający uznał, że Konsorcjum wystarczająco udowodniło spełnianie warunku w zakresie dysponowania sprzętem.

Odnośnie zarzutów dotyczących braku wskazania w umowie numerów rejestracyjnych użyczanych pojazdów, Zamawiający wyjaśnił, że nie żądał ich podania w SIWZ, a więc nie mógł również badać oferty w tym zakresie. Opisując warunek dysponowania potencjałem technicznym, Zamawiający nie żądał także, aby wskazane do wykonania umowy pojazdy były ubezpieczone na dzień składania ofert. To, jak twierdzi Odwołujący(czego nie udowodnił), że nie zostały one ubezpieczone na dzień składania ofert nie przesądza, że konsorcjum nie będzie mogło się nimi posługiwać w trakcie realizacji

zamówienia.

Zamawiający nie doszukał się również w złożonych dokumentach, potwierdzenia zarzutu odwołania o złożeniu nieprawdziwych informacji, które mogłyby skutkować wykluczeniem Konsorcjum z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Nie zasługuje, zdaniem Zamawiającego na uwzględnienie również zarzut złożenia umowy dzierżawy pomiędzy Przedsiębiorstwem Usług Komunalnych i Bytowych a firmą Budochud w nieprawidłowej formie. Dzierżawa stanowi formę dysponowania bezpośredniego analogicznie jak leasing, w związku z czym w tym przypadku nie ma zastosowania art. 26 ust. 2b. Umowa dzierżawy stanowi dokument dodatkowy, niewymagany przez Zamawiającego (wystarczające było wskazanie dysponowania pojazdem w formie dzierżawy). Dlatego też niezasadne jest kwestionowanie formy w jakiej został ten dokument złożony.

W tej sytuacji kwestionowanie postępowania Zamawiającego w zakresie ustalenia, że Konsorcjum spełniło warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania potencjałem technicznym nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nie znalazł również potwierdzenia dla zarzutu dotyczącego wskazania przez Konsorcjum jako instalacji zastępczej do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych, podmiotu niefigurującego w wykazie stanowiącym załącznik do uchwały nr IW50/6/2014 sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 5 maja 2014 roku (załącznik nr 1). Kwestionowana instalacja wykazana w formularzu ofertowym złożonym przez Konsorcjum wymieniona jest w Uchwale Sejmiku Województwa Śląskiego. Jako dowód Zamawiający dołącza przedmiotową Uchwałę do niniejszego wyjaśnienia. Faktem jest, że Wykonawca podał odmienną nazwę składowiska niż wskazana w uchwale tj. „Miejskie *Składowisko Odpadów innych niż Obojętne i Niebezpieczne - Zakład Zagospodarowania Odpadów Sp. z o.o., ul. Rybnicka 125, 47-400 Racibórz".* Również w treści samej uchwały instalacja pod tym adresem została określona dwoma różnymi nazwami.

Zgodnie z uchwałą nazwa instalacji brzmi:

- w wykazie kompostowni odpadów komunalnych: *„Miejskie Składowisko Odpadów, ul. Rybnicka 125, 47-400 Racibórz"*
- w wykazie składowisk odpadów- innych niż niebezpieczne i obojętne: *„Składowisko odpadów komunalnych w Raciborzu, ul. Rybnicka 125; Zarządzający: Miejskie Składowisko Odpadów w Raciborzu, ul. Rybnicka 125. 47- 400 Racibórz".*

W świetle powyższego Zamawiający przyjął, że instalacja wykazana przez Konsorcjum jest instalacją spełniającą wymogi określone w SIWZ gdyż w Regionie III pod tym adresem nie ma innego podmiotu, który świadczyłby podobną usługę.

Odnośnie zarzutu nieodtajnienia informacji dotyczących sposobu ustalenia ceny, Zamawiający wyjaśnił, że powyższe informacje zostały opatrzone przez Konsorcjum zapisem iż stanowią istotne dla niego dane techniczne, organizacyjne i gospodarcze, których treść nie została ujawniona do wiadomości publicznej i co których podjął działania mające na celu zachowanie ich poufności. Zamawiający uznał, że nie ma podstaw do odtajnienia

informacji o sposobie skalkulowania ceny ofertowej na potrzeby konkretnego postępowania i konkretnego przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający wyjaśnił, że pomimo, iż dokonana przez niego analiza kosztu wykonania zamówienia wykazała, że realizacja zadania za cenę podaną w ofercie jest możliwa to jednak wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień mających na celu potwierdzenie realności jej kalkulacji . Zamawiający wyjaśnił, że na etapie przygotowania postępowania skorzystał z zapisu art. 9m ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i zwrócił się do prowadzących Regionalną Instalację Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK) o przedstawienie kalkulacji kosztów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania oraz odpadów segregowanych.

Z uzyskanych informacji wynikało, że zagospodarowanie 1 tony odpadów w 2015 r., na

instalacji będącej własnością PPH U „Komart'' Sp. z o.o., wyniesie 259,20 zł brutto (załącznik nr 2). Natomiast RIPOK prowadzony przez „Cofinco-Poland" Sp. z o.o., ze względu na moce przerobowe w ogóle nie był zainteresowany przyjęciem zmieszanych odpadów-komunalnych pochodzących z terenu Miasta Rybnika. Natomiast tonę odpadu o kodzie 19 12 12 *[inne odpady (w tym zmieszane substancje i przedmioty') z mechanicznej obróbki odpadów inne niż wymienione w 19 12 11]* wycenił na kwotę 85,00 zł + opłata za korzystanie ze środowiska + VAT, co daje w sumie kwotę 172,00 zł/Mg (tj. 85,00 zł + 74,26 zł zgodnie z Obwieszczeniem MŚ z 11.8.2014 r. + 8% VAT) (załącznik nr 3). Biorąc pod uwagę tak skalkulowaną cenę oraz rodzaj odpadu (balast) jak również to, że zagospodarowanie tego typu odpadu jest droższe niżeli zagospodarowanie odpadów segregowanych, które przynoszą dochody z racji sprzedaży części z nich jako surowce wtórne uznał, że cena zaproponowana w ofercie PUKiB Sp. z o.o. nie stanowi rażąco niskiej ceny. Wskazał, że wszelkie ceny pomiędzy podmiotami odbierającymi odpady a instalacjami je przetwarzającymi, w tym RIPOK - są cenami umownymi i podlegają negocjacjom pomiędzy tymi podmiotami. Podał także iż analiza złożonych wyjaśnień uzasadniała zastrzeżenie ich, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Reasumując podał, że zarzuty odwołania są niezasadne i odwołanie winno zostać oddalone.

Izba podaje, że do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpiło konsorcjum firm: **(1)** Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Bytowych Sp. z o.o., (2) IB Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: Ludźmierska 29, 34-400 Nowy Targ. Pomimo prawidłowego poinformowania Przystępującego o terminie rozprawy przed KIO nikt się nie stawił.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia i wobec tego odwołanie zostało oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialno-prawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Odwołujący, ze względu na złożenie oferty zakwalifikowanej na drugiej pozycji w rankingu oferty, w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności: z treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyjaśnienia Przystępującego w zakresie możliwości zaoferowania wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę, jak również ze oświadczeń stron złożonych do protokołu rozprawy.

W zakresie zarzutów odnoszących się do niewykazania przez Przystępującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, spór pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym sprowadzał się do tego, czy w świetle tak opisanego warunku udziału w szczególności w zakresie warunku z art. 22 ust.1 pkt 1 Pzp należało wykazać się posiadaniem uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, poprzez złożenie zaświadczenia o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych w Mieście Rybnik obejmującego swym zakresem wszystkie kategorie odpadów komunalnych (również te obejmujące zagospodarowanie zużytych opon), czy też wystarczyło w tym zakresie samo złożenie zaświadczenia o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej niezależnie od zakresu uprawnień niego wynikających.

Odwołujący wywodził, że zgodnie z przepisem art. 26 ust.2a, że wykonawca winien wykazać spełnianie wszystkich warunków udziału w postępowaniu na dzień upływu terminu składania/otwarcia ofert, a ten miał miejsce w dniu 29 czerwca 2015 roku.

Odnosząc się do kwestii posiadania uprawnień do odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych niewątpliwym w sprawie był fakt, że lider konsorcjum wybranego

Wykonawcy na dzień otwarcia ofert nie posiadał zezwolenia opiewającego na odbiór i zagospodarowanie opon, który to odpad został wymieniony w załączniku do SIWZ dla tego obszaru. Takie zezwolenie poprzez rozszerzenie wpisu do rejestru działalności regulowanej zostało dokonane w dniu 30 czerwca 2015 roku, a więc już po terminie otwarcia ofert.

W zarzucie tym Odwołujący podniósł także drugą kwestie dotyczącą nieposiadania przez członka konsorcjum na dzień składania ofert w ogóle wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych w Mieście Rybnik.

Izba odnosząc się do kwestii tych dwóch zarzutów stwierdza, że przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu należy mieć na względzie zarówno przepisy ustawy jak i w szczególności treść postanowień SIWZ. Wywodzenie obowiązków wykonawców ponad treści wynikające z postanowień SIWZ należy uznać za niedopuszczalne (por. wyrok SO w Warszawie z dnia 03.06.2013 r. sygn. akt V Ca 533/13).

Przy tej ocenie zwrócić należy uwagę także na fakt, że spełniania warunków udziału w postępowaniu, konkretyzowanych przez Zamawiającego w postanowieniach SIWZ i ocenianych na dzień składania ofert, nie należy utożsamiać z opisem przedmiotu zamówienia i wynikającymi z niego wymaganiami, którym wykonawca będzie musiał uczynić zadość realizując zamówienie. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Określone ww. przepisem warunki mają charakter, blankietowy, a ich konkretyzacja dokonywana jest przez Zamawiającego poprzez opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 3 ustawy Pzp). W ramach opisu warunku z 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający może uznać, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy legitymujący posiadanym zezwoleniem, jeżeli z przepisów prawa wynika obowiązek ich posiadania i nałożyć na nich obowiązek złożenia takich dokumentów. Natomiast z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, wynika, że wykonawca obowiązany jest wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu na żądanie zamawiającego i – co istotne – we wskazanym przez niego zakresie (por. wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2015 roku sygn. akt KIO 2709/14).

Niewątpliwym jest, że Zamawiający wymagał w tym postępowaniu, aby wykonawcy na dzień składania ofert wykazali się posiadaniem wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych w Mieście Rybnik. Jednakże nie zostało określone by na ten dzień przedmiotowy wpis obejmował wszystkie kategorie odpadów objęte przedmiotem zamówienia, a ponadto w przypadku konsorcjum postawił wymóg, aby ten warunek był spełniany łącznie, tzn. by co najmniej jeden z członków konsorcjum taki wpis posiadał. Takie rozumienie postawionego warunku znajduje swoje odzwierciedlenie w postanowieniu § 2 projektu umowy, gdzie wskazano termin, kiedy

wykonawca ma spełnić wszystkie wymagania cyt. „Wykonawca *oświadcza,* że *na dzień rozpoczęcia* świadczenia *usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów będzie spełniał wszystkie wymogi formalne i prawne związane z przedmiotem umowy…".* Tym samym momentem oceny spełniania wszystkich wymagań SIWZ w zakresie warunków udziału Zamawiający uczynił moment „ *rozpoczęcia* świadczenia *usług",* a nie moment otwarcia ofert.

Wykonawca jeśli nie zgadzał się z postawionymi w tym zakresie wymaganiami SIWZ to, mógł na odpowiednim etapie postępowania kwestionować te postanowienia, wnosząc np. odwołanie do KIO. Jeśli tego nie uczyniono to warunek sprecyzowany w toku postępowania nie może ulec zmianie po terminie składania ofert. Zamawiający dokonując procesu badania i oceny ofert musi kierować się literalnym brzmieniem SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający zobowiązany jest oceniać złożone dokumenty oferty w oparciu o treść postawionego warunku nie biorąc pod uwagę treści, które nie zostały wprost w SIWZ wyartykułowane.

Powyższa argumentacja Izby ma także zastosowanie do zarzutu nieposiadania przez drugiego członka konsorcjum wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie

odbierania odpadów komunalnych w Mieście Rybnik.

W zakresie oceny kolejnego zarzutu opisanego w pkt.2 i 3 odwołania, Izba w całości aprobuje stanowisko Zamawiającego w tym zakresie (podane w odpowiedzi na odwołanie i przedstawione powyżej) i przyjmuje je jako własne bez potrzeby ponownego jego powielania. Uzupełniając powyższe stanowisko w tej sprawie dodać należy, że postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w zakresie wykazania się posiadania odpowiedniego potencjału technicznego został przez wykonawcą spełniony. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie miał podstaw do oceny spełniania warunku udziału w oparciu o treść umowy najmu pojazdów zawartej przez wykonawcę z firma Spec-Track, gdyż przedłożenia takiej umowy nie wymagał. Istotą wykazania się spełnianiem warunku technicznego jest fakt dysponowania odpowiednim zasobem, a nie fakt rzeczywistego dysponowania nim. Podanie w tej umowie okresu udostępnienia pojazdów tj. 15 miesięcy okresu od 1.10.2015r. do 31.10.2015r., co jest oczywistą omyłką nie może wpływać na kwestionowanie prawidłowości złożonego zobowiązania. Omyłka ta jest zawarta w dokumencie nie wymaganym przez Zamawiającego. Zamawiający w zakresie wykazania dysponowania pojazdami nie wymagał także, aby podstawą do wykazania spełniania warunku wykonawca przedkładał dowody w postaci dokumentów zarejestrowania tych pojazdów czy dowodów ubezpieczenia OC. Taki wymóg w SIWZ nie istnieje, a zarzut odwołania zmierza do tego, że Zamawiający winien był wymagać dla oceny spełnienia tego warunku udziału złożenia dokumentów nieprzewidzianych wprost w treści SIWZ.

Izba nie dopatrzyła się złożenia w tym zakresie przez wykonawcę konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Bytowych sp. z o.o. w Gliwicach i IB sp. z o.o. w Białym Dunajcu nieprawdziwych informacji, gdyż Odwołujący tychże informacji dopatruje się w treści umowy zawartej pomiędzy wybranym wykonawca, a firma Spec-Truck. Natomiast jak to powyżej stwierdzono Zamawiający nie miał podstaw do dokonywania oceny tejże umowy, gdyż przedłożenia takiej umowy nie wymagał.

Kolejnym zarzutem podniesionym w odwołaniu jest zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp , gdyż zdaniem Odwołującego Zamawiający nie odrzucił oferty Przystępującego pomimo iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ. Przyczynę tej niezgodności Odwołujący wywodził z faktu wskazania przez konsorcjum jako instalacji zastępczej do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych, podmiotu niefigurującego w wykazie stanowiącym załącznik do uchwały nr IW50/6/2014 sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 5 maja 2014 roku (załącznik nr 1). Zarzucił, ze Konsorcjum podało iż przekazywać będzie zmieszane odpady komunalne m.in. do Miejskiego Składowiska Odpadów Innych niż Obojętne i Niebezpieczne - Zakład Zagospodarowania Odpadów sp. z o.o. ul. Rybnicka 125, 47-400 Racibórz.

Izba ustaliła, ze składowisko o tej samej nazwie jak w ofercie nie występuje, jednakże adres składowiska jest zgodny z adresem w rzeczywistości. Ponadto w załączniku do Uchwały pod tym adresem figurują dwie nazwy składowisk, chociaż jak stwierdził Zamawiający na rozprawie jest to omyłka, gdyż pod tym adresem występuje tylko jedno składowisko odpadów, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Izba wskazuje, że Odwołujący poza wskazaniem tych rozbieżności w żaden sposób nie udowodnił, że wykonawca nie wskazał w ofercie właściwego wysypiska, tj. nie wskazał podmiotu figurującego w wykazie stanowiącym załącznik do uchwały nr IW50/6/2014 sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 5 maja 2014 roku (załącznik nr 1)

Kolejnymi zarzutami, które podniósł Odwołujący i które winny być ocenione łącznie są zarzuty ozn. nr 5 i 6 i dotyczących niezasadnego objęcia tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień w przedmiocie sposobu ustalenia ceny oferty oraz zaoferowania w ofercie ceny nierealnej tj. rażąco niskiej.

Na wstępie zauważyć należy, że jeżeli w odwołaniu wykonawca podnosi zarzut nieprawidłowego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty co do wyjaśnień zaoferowanej ceny, to nie powinien równocześnie wywodzić zarzutów merytorycznych wobec dokonanej oceny tych wyjaśnień przez Zamawiającego, albowiem takie zarzuty pozostają ze sobą we wzajemnej sprzeczności (por. wyrok SO W Gdańsku sygn. akt XII Ga 108/15). Tym samym w takim przypadku ocena przez Izbę zarzutu rażąco niskiej ceny oferty powoduje sytuację, że gdyby nawet zarzut niezasadnego objęcia tajemnica przedsiębiorstwa okazał się zasadny to i tak odwołanie nie zostanie uwzględnione, gdyż stoi temu na przeszkodzie przepis art. 192 ust.2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu niezasadnego utajnienia – objęcia tajemnica przedsiębiorstwa części oferty stwierdzić należy, że przed wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp z dnia 29 sierpnia 2014 r. tj. przed dniem 19 października 2014 r., dla przyjęcia zakazu ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wymagane było jedynie zastrzeżenie przez wykonawcę, że informacje nie mogą być udostępniane. To na zamawiającym, jako adresacie zakazu ujawniania informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, spoczywał obowiązek zbadania, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Natomiast od chwili wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp, skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest obwarowana dodatkowym warunkiem w postaci konieczności wykazania przez wykonawcę, że przekazywane informacje rzeczywiście stanowią spełniają warunki o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Brak należytego wykazania przez wykonawcę, iż poszczególne informacje noszą walor tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje brak skuteczności dokonanego zastrzeżenia. Za wyrokiem KIO z dnia 2 marca 2015 r. sygn. akt KIO 279/15 stwierdzić należy, że w myśl znowelizowanego art. 8 ust.3 Pzp zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie takiej konieczności, musi nastąpić jednocześnie.

W przedmiotowej sytuacji stwierdzić należy, że ma racje Odwołujący iż Przystępujący w żaden sposób nie wykazał dlaczego złożone wyjaśnienia Zamawiającemu winny być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Nie można uznać za wykazanie potrzeby objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień polegające na przepisaniu treści ust 3 art. 8 Pzp łącznie z ust.4 art.11uznk. Dlatego też przedmiotowego zastrzeżenia nie można uznać za skuteczne, gdyż nie został spełniony wymóg formalny z art. 8 ust.3 ustawy Pzp. Fakt ten potwierdził sam Zamawiający, który na rozprawie podał, że przy ocenie wniosku Przystępującego w zakresie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień kierował się tylko treścią złożonych wyjaśnień.

Natomiast w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Bytowych sp. z o.o. w Gliwicach i lB sp. z o.o. w Białym Dunajcu podnieść należy, że Odwołujący, uzasadniając znaczące zaniżenie ceny ofertowej, opierał się przede wszystkim na uzyskanych cennikach od RIPOK dotyczących cen za składowanie odpadów niesegregowanych. Z wyliczeń Odwołującego wynikało iż niemalże wszystkie przychody z wykonywania tej usługi zostaną zużyte na opłaty za składowania odpadów niesegregowanych na RIPOK. Natomiast na ponoszenie innych kosztów niż składowanie odpadów Konsorcjum będzie miało do dyspozycji tylko kwotę około 300 000 zł, a to jest za mało aby zamówienie wykonać. Rozpatrując przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę wyjaśnienia konsorcjum w tym zakresie złożone Zamawiającemu, a stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Izba odnosząc się do powyższych ustaleń oraz wskazań Zamawiającego uznała, że wyliczenia Odwołującego oparte są na prognozowanych

danych i to przy założeniu, że brak jest podstaw do obniżenia kosztów za składowanie odpadów i będą one wynosić 227 zł brutto za tonę. Odwołujący, oparł się na cennikach RIPOK. Zauważyć należy, że gdy do RIPOK dostarczonych zostanie około 21 tysięcy ton odpadów, to niewątpliwie ceny te podlegają gruntownej negocjacji, na co wskazuje między innymi cena jaką płaci Zamawiający obecnemu Wykonawcy. Zamawiający podał także, że analizując cenę oferty Przystępującego analizował ceny w równych punktach składowania odpadów. Analizując cenniki stwierdził, że biorąc pod uwagę tak skalkulowaną cenę oraz rodzaj odpadu, w tym i odpadów segregowanych, które przynoszą dochody z racji sprzedaży części z nich jako surowce wtórne przyjąć należy, że cena zaproponowana w ofercie PUKiB Sp. z o.o. nie stanowi rażąco niskiej ceny. Równocześnie podał, że obecnie odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu Miasta Rybnika - dla terenu objętego przedmiotowym zamówieniem, realizowany jest przez Odwołującego, za cenę odbioru i zagospodarowania odpadów skalkulowaną na kwotę 163,90 zł brutto co potwierdza, że obecnie zaoferowana cena jest ceną realną. Izba uznała racjonalność ustaleń Zamawiającego w tym zakresie. Tym samym zarzut ten jako niezasadny i nieudowodniony nie został uwzględniony przez Izbę.

W kolejnych zarzutach Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 24 ust.4 Pzp, a także art. 26 ust.3 Pzp oraz 91 ust. 1 w zw. z art. 24ust.4 Pzp. Zarzuty te są niezasadne, a

ponadto w takiej sytuacji- jak w tym postępowaniu, kiedy nie nastąpiło wykluczenie Przystępującego z postępowania, ani nie nastąpiło uznanie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, to brak jest przesłanek do podnoszenia tych zarzutów. Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania i uznanie jego oferty z mocy prawa za odrzuconą. Odrzucenie oferty wykonawcy w trybie art. 24 ust.4 jest skutkiem uznania wykonawcy za wykluczonego z postępowania, a więc nie wymaga czynności Zamawiającego(por. wyrok z dnia 09.03.2009 r. sygn. KIO/UZP 185/09). Podobnie należy odnieść się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust.4 Pzp, trudno uznać zasadność zarzutu jeśli zasadne ustalenia Zamawiającego są inne niż to wywodzi Odwołujący.

Natomiast w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust.3 Pzp w którym to Odwołujący podnosi, że Konsorcjum w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Rybnika, przedstawił zaświadczenie dowodzące, że przedmiotowy wpis nie obejmuje jednego z rodzajów odpadów, tj. zużytych opon. Ze względu na nieuwzględnienie zarzutu w zakresie niespełniania warunku udziału w postępowania w zakresie potrzeby wykazania posiadania uprawnień do wykonania przedmiotu zamówienia, to przedmiotowy zarzut jest niezasadny.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a)i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ……