Sygn. akt: KIO 2298/13
Sygn. akt: KIO 2299/13
Sygn. akt: KIO 2320/13

WYROK
z dnia 17 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 9 i 15 października 2013 r. w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2013 r.:

A. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J., (4) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Hemar Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Warszawska 2, 62-020 Swarzędz,** (sygn. akt KIO 2298/13)

B. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Artur Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J., adres dla pełnomocnika: ul. Warszawska 2, 62-020 Swarzędz,** (sygn. akt KIO 2299/13)

C. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych Vikom Iwona K., Rafał K. Sp. j.,**

---

(3) Sita Zachód Sp. z o.o., (4) Henryk S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Alkom Firma Handlowo-Usługowa mgr in Henryk S., adres dla pełnomocnika: ul. Górecka 104, 61-483 Poznań, (sygn. akt KIO 2320/13)

w postępowaniu prowadzonym przez

Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej", ul. św. **Michała 43, 61-119 Poznań,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) FB SERWIS S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Wielobran owe AGORA sp. z o.o., (3) CESPA, Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A, adres dla pełnomocnika: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszających prZ.tąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2298/13 oraz KIO 2320/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1A. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (2) EKO-TOM T. Sp. J., (4) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Hemar Sp. z o.o.

1B. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług

Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J.,

1C. uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych Vikom Iwona K., Rafał K. Sp. j., (3) Sita Zachód Sp. z o.o., (4) Henryk S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Alkom Firma Handlowo-Usługowa mgr in . Henryk S.

i nakazuje zamawiającemu:

- uniewa nienie czynności wyboru najkorZ.tniejszej oferty, na części objęte odwołaniem

- dokonanie wezwania konsorcjum FB SERWIS S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Wielobran owe AGORA sp. z o.o., (3) CESPA, Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - do zło enia wyjaśnień, czy wskazana w ofercie baza magazynowo-transportowa, zlokalizowana w Poznaniu przy ulicy Wieruszowskiej 12-16, spełnia warunek udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt 5.3 lit. c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- ponowne badanie i ocenę ofert.

2. kosztami postępowania obcią a:
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (2) EKO-TOM T. Sp. J., (4) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Hemar Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Warszawska 2, 62-020 Swarzędz,
- (1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J.,
- Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej", ul. św. Michała 43, 61-119 Poznań i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
- (1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J., (4) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Hemar Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Warszawska 2, 62-020 Swarzędz,
- (1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J.,

i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- (1) REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych Vikom Iwona K., Rafał K. Sp. j., (3) Sita Zachód Sp. z o.o., (4) Henryk S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Alkom Firma Handlowo-Usługowa mgr in . Henryk S., ul. Górecka 104, 61-483 Poznań tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
(1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług

Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J., (4) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Hemar Sp. z o.o., ul. Warszawska 2, 62-020 Swarzędz,

oraz od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (2)Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J., **na rzecz** (3)Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej", ul. św. Michała 43, 61-119 Poznań kwotę po 3 600,00zł, łącznie kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

2.3. zasądza od Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej", ul. św. Michała 43, 61-119 Poznań na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych Vikom Iwona K., Rafał K. Sp. j., (3) Sita Zachód Sp. z o.o., (4) Henryk S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Alkom Firma Handlowo-Usługowa mgr in Henryk S., adres dla pełnomocnika: ul. Górecka 104, 61-483 Poznań kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero gorszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - prZ.ługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu.**

Przewodniczący: ……

……

……

Sygn. akt KIO 2298/13
Sygn. akt KIO 2299/13
Sygn. akt KIO 2320/13

UZASADNIENIE

Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej", ul. św. Michała 43, 61-119 Poznań, zwany dalej „zamawiającym lub GOAP" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i transport odpadów komunalnych zmieszanych i odpadów zielonych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych poło onych na terenie Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 maja 2013 r. pod nr S 096-163919.

Informacja o wyniku postępowania została przekazana wykonawcom w dniu 18.09.2013 r. drogą elektroniczną.

Zamawiający podzielił przedmiotowe zamówienie na 23 sektory(części). Wykonawcy mogli składać oferty na jeden bądź więcej sektorów.

Od dokonanego wyboru najkorZ.tniejszej oferty trzej wykonawcy biorący udział w tym postępowaniu wnieśli w dniu 27 września 2013 roku, odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO). Przedmiotowe odwołania zostały zarządzeniem Prezesa KIO skierowane do łącznego rozpoznania.

Odwołanie o syg. akt KIO 2298/13

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospdoarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (2) EKO-TOM T. Sp. J., (4) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Hemar Sp. z o.o., ul. Warszawska 2, 62-020 Swarzędz, we wniesionym odwołaniu - **w zakresie części III zamówienia,** zarzucili zamawiającemu dokonanie niezgodnych z prawem czynności polegających na naruszeniu:

• art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum spółek: S.A., Przedsiębiorstwo Wielobran owe AGORA Sp. z o.o., CESPA, FBSerwis Compania Espaniola de Servicios Publicos Auxiliares S.A (dalej zwany „konsorcjum lub wykonawca FBSserwis, bądź prZ.tepujący")., mimo i zawiera ona ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

• art. 90 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum

spółek FBSerwis mimo i wyjaśnienia zło one przez Konsorcjum potwierdzają, e oferta zawiera ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

• art. 91 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 3 Pzp - poprzez wybór jako najkorZ.tniejszej oferty Konsorcjum spółek FBSerwis S.A która to oferta winna zostać odrzucona;

• oraz art. 7 ust. 1 Pzp i innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w treści niniejszego odwołania, w wyniku czego zamawiający wymienionych bezzasadnie wybrał ofertę Konsorcjum spółek FBSerwis S.A jako najkorZ.tniejszą.

Podnosząc powy sze zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

• uwzględnienia odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu uniewa nienia czynności z dnia 18.09.2013r. o wyborze jako najkorZ.tniejszej oferty wykonawcy - Konsorcjum: FBSerwis S.A., w zakresie części trzeciej zamówienia;

• przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert;

• odrzucenie oferty wykonawcy - Konsorcjum FBSerwis S.A., z uwagi na okoliczność, i zawiera ona ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- odrzucenie oferty wykonawcy - Konsorcjum FBSerwis S.A. ewentualnie

Ponadto odwołujący wniósł o:

• dopuszczenie dowodu z dokumentacji postępowania przetargowego

• zobowiązanie zamawiającego do przedło enia Izbie, w charakterze dowodu kompletnej dokumentacji przedmiotowego postępowania SZP.271.10.2013;

dopuszczenie dowodu z przesłuchania zamawiającego na okoliczność ustalenia • kryteriów jakimi posłu ył się przy ocenie zło onych ofert, w zakresie zbadania w szczególności w odniesieniu do oszacowanej przez siebie oferowanych cen, wartości zamówienia oraz kwoty jaką zamawiający przewidział na jej realizację;

• powołania biegłego z zakresu wyceny usług odbioru odpadów komunalnych, na ustalenia czy zakres rzeczowy oferty zło ony przez Wykonawcę - okoliczność Konsorcjum FBSerwis S.A mo liwy jest do zrealizowania za wynagrodzeniem umownym zaoferowanym przez ww. Wykonawcę, w kontekście zachowania uczciwej konkurencji;

Zamawiający w ustnej odpowiedzi na odwołanie na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania ze względu na fakt, e odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp warunkujących dopuszczalność zło enia odwołanie, a w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku o jego oddalenie jako niezasadnego.

W związku z faktem, e zarzuty przedmiotowego odwołania są zbie ne z treścią niektórych zarzutów odwołania o sygn. akt – KIO 2320/13 to ze względu na łączne rozpoznawanie wniesionych odwołań, szczegółowa argumentacja odwołującego jak i zamawiającego zostanie przedstawiona przy rozpoznawaniu odwołania – KIO 2320/13.

Do przedmiotowego postępowania skutecznie prZ.tąpił wykonawca Konsorcjum

FBSerwis S.A który zarówno w zło onym piśmie procesowym, jak i argumentacji prezentowanej na rozprawie poparł stanowisko prezentowane przez zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

odwołanie o sygn. akt KIO 2299/13

W zakresie tego odwołania wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (konsorcjum trzech wykonawców): (1) Artura Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J., adres dla pełnomocnika: ul. Warszawska 2, 62-020 Swarzędz, we wniesionym odwołaniu w zakresie **części XVI** zamówienia zarzucili zamawiającemu -, naruszenie:
- art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usługowo-Transportowego ALTRANS Andrzej L. pomimo, i oferta Przedsiębiorstwa Usługowo-Transportowego ALTRANS Andrzej L. nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w pkt 5.1 ppkt 2 SIWZ (posiadanie wiedzy i doświadczenia), oraz tabeli stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ (wykaz usług), a zatem oferta jest niezgodna z SIWZ,.
- ewentualnie w przypadku niepotwierdzenia się powy szego zarzutu - art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przedsiębiorstwa Usługowo-Transportowego ALTRANS Andrzej L. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, i zło ona oferta spełnia wymagania Zamawiającego zgodnie z pkt 5.1 ppkt 4 oraz pkt 6.1 h SIWZ (sytuacja ekonomiczno-finansowa - wykazanie wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej)
- art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usługowo-Transportowego ALTRANS Andrzej L. pomimo, i oferta Przedsiębiorstwa ALTRANS L. nie wymagań Usługowo-Transportowego Andrzej spełnia określonych przez Zamawiającego w pkt 5.1 ppkt 4 oraz pkt 6.1 h SIWZ (sytuacja wykazanie ekonomiczno-finansowa - wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej) a zatem oferta jest niezgodna z SIWZ,
- ewentualnie w przypadku niepotwierdzenia się powy szego zarzutu - art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przedsiębiorstwa Usługowo-Transportowego ALTRANS Andrzej L. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, i zło ona oferta spełnia wymagania Zamawiającego zgodnie z pkt5.1 ppkt 4 oraz pkt 6.1 h SIWZ (sytuacja ekonomiczno-finansowa - wykazanie wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej)
• art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z

naruszeniem wy ej wymienionych przepisów ustawy,
Odwołujący podnosząc powy sze zarzuty wniósł o:
• uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu uniewa nienia czynności z dnia 18.09.2013r. o wyborze jako najkorZ.tniejszej oferty (część XVI zamówienia)
• przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert,
• odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Usługowo-Transportowego ALTRANS Andrzej L.,
• dokonanie wyboru oferty najkorZ.tniejszej,

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania ze względu na fakt, e odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp warunkujących dopuszczalność zło enia odwołanie, a w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku o jego oddalenie zarzutów odwołania jako niezasadnych.

W zakresie odwołania wykonawcy (sygn. akt KIO 2230/13) – konsorcjum REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych Vikom Iwona K., Rafał K. Sp. j., (3) Sita Zachód Sp. z o.o., (4) Henryk S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Alkom Firma Handlowo-Usługowa mgr in Henryk S., adres dla pełnomocnika: ul. Górecka 104, 61-483 Poznań, zwane dalej jako odwołujący „Remondis" wniosło odwołanie od czynności wyboru najkorZ.tniejszej oferty na części zamówienia – **I; II; VI; IX; i X**
Odwołanie zostało wniesione od czynności zamawiającego polegających na :
1. Zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia odwołującemu załącznika nr 4 do wyjaśnień w sprawie ra ąco niskiej ceny zło onych zamawiającemu przez Konsorcjum FBSerwis pismem z dnia 23 sierpnia 2013 r.,

2. Wyborze w częściach I, II, VI, IX i X oferty zło onej przez Konsorcjum firm w składzie: FBSerwis S.A. (Lider), Przedsiębiorstwo Wielobran owe Agora Sp. z o.o., CESPA, Compania Espaniola de Servicios Públicos Auxiliares (dalej jako „Konsorcjum FBSerwis") jako oferty najkorZ.tniejszej, pomimo e oferta ta
a. zawiera ra ąco niską cenę i
b. została zło ona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu,
c. została zło ona przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.
Powy szym czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:
1. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrze onego jako

tajemnica przedsiębiorstwa załącznika nr 4 do wyjaśnień zło onych przez Konsorcjum FBSerwis S.A. w sprawie ra ąco niskiej ceny, pomimo e nie wystąpiły przesłanki do zastrze enia tej części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa;
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechane odrzucenia oferty zło onej przez FBSerwis S.A., pomimo e oferta ta zawiera ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zło onej przez
e zło enie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej Kosorcjum FBSerwis S.A., pomimo
konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzeda usług poni ej kosztów ich świadczenia;
4. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum FBSerwis S.A., pomimo e wykonawca ten zło ył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;
5. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum FBSerwis S.A. uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w do postępowaniu (określonych w uzasadnieniu odwołania), pomimo e zło one wraz z ofertą dokumenty nie są wystarczające dla uznania, e Konsorcjum FBSerwis wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
6. art. **7** ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających udzielenie zamówienia się o
W związku z powy szym wniósł o:
1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu,
- wykluczenie Konsorcjum FBSerwis S.A. z udziału w postępowaniu,
- odrzucenie oferty zło onej przez Konsorcjum FBSerwis S.A.,
- dokonanie wyboru jako najkorZ.tniejszej oferty Odwołującego
ewentualnie - w przypadku uznania przez KIO, i oferta zło ona przez Konsorcjum FBSerwis nie podlega odrzuceniu, a wykonawca wykluczeniu - nakazanie zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert w tym wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym w niniejszym postępowaniu;
2. o odtajnienie załącznika nr 4 do wyjaśnień Konsorcjum FBSerwis składanych w sprawie ra ąco niskiej ceny i przeprowadzenie z niego dowodu na rozprawie.
Zarówno zamawiający jak i prZ.tępujący po stronie zamawiającego konsorcjum FBSerwis podobnie jak w powy szych odwołaniach wniósł o oddalenie odwołanie z powodu

braku interesu w uZ.kaniu zamówienia oraz mo liwości poniesienia szkody. W przypadku nie uwzględnienia tego zarzutu wnieśli o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po

zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, jak równie po zapoznaniu się z ka dym z odwołań, odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, stanowiskiem odwołującego, zamawiającego oraz prZ.tępującego konsorcjum, po wysłuchaniu oświadczeń, jak te stanowisk stron zło onych na piśmie i ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zwa ył, co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, e nie została wypełniona adna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań. Izba ustaliła równie , e wniesienie środków ochrony prawnej w tym i prZ.tąpień nastąpiło z zachowaniem terminów na ich wniesienie. Odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołujących wpisów, podlegają rozpoznaniu.

Następnie skład orzekający Izby wskazuje, i Izba z urzędu w ka dym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uZ.kaniu zamówienia. Stanowi on materialno-prawną przesłankę, co oznacza, i odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednak e w przypadku braku istnienia interesu w uZ.kaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej prZ.ługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorZ.tania z drogi odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

W ocenie Izby kwestia badania interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy momentu wniesienia odwołania. Powy sze jest podyktowane faktem, i wykonawca w momencie wnoszenia odwołania ocenia czynności podjęte przez zamawiającego i podejmuje decyzję o skorZ.taniu z drogi odwoławczej. Wobec powy szego na ten moment następuje badanie przez Izbę istnienia interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej.

Odnośnie wsZ.tkich odwołań objętych niniejszym postępowaniem odwoławczym zarówno zamawiający jak i prZ.tępujący podnieśli zarzut braku spełniania przez odwołujących się wykonawców przesłanek z art. 179 ust 1 ustawy Pzp, dotyczących interesu

we wniesieniu odwołania, a w szczególności braku mo liwości wykazania mo liwości poniesienia szkody w wyniku bezprawnych (art. 180 ust.1 Pzp) czynności zamawiającego.

Zamawiający zgłaszając powy szy zarzut stwierdził, e do poszukiwania ochrony prawnej w środkach odwoławczych nie jest uprawniony wykonawca, który nie wyka e chocia by potencjalnej mo liwości uZ.kania zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów przez zamawiającego. Ponadto podał, e w szesnastu spośród dwudziestu dwóch części, na jakie prowadzono zamówienie, ceny najkorZ.tniejszych ofert przekraczały kwoty przeznaczone przez zamawiającego na ich sfinansowanie. Z uwagi na bardzo ograniczone mo liwości bud etowe, zamawiający był w stanie zwiększyć te kwoty do wysokości zaoferowanych cen, jedynie dla sześciu części zamówienia (tj. dla części nr 12, 13, 15, 16, 17, 21). Z uwagi na brak mo liwość dalszego podwy szenia środków zamawiający zmuszony był uniewa nić pozostałe dziesięć części zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 Pzp. Stwierdził, e przez podwy szenie tych ww. kwot, zamawiający wyczerpał swoje mo liwości finansowe na dalsze udzielanie zamówień dla ofert, których ceny przekraczały mo liwości finansowe zamawiającego, (na co zło ył oświadczenie skarbnika zamawiającego). Dodał, e aby dokonać wyboru ofert odwołujących i udzielić im zamówienia w którejkolwiek z części na które składali oferty, zamawiający musiałby znaleźć dodatkowe środki finansowe, co jest niemo liwe. Stwierdził, e gdyby taka mo liwość istniała, wówczas zamawiający nie uniewa niałby dziesięciu części zamówienia, lecz dokonałby w tych częściach wyboru najkorZ.tniejszej oferty, co jednak nie miało miejsca.

Tym samy według zamawiającego nie istnieje nawet potencjalna mo liwość uZ.kania przez odwołujących zamówienia w częściach objętych odwołaniami. Dlatego te odwołujący nie mają interesu w uZ.kaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP, i nie mogą ponieść szkody w związku z rzekomymi naruszeniami przepisów ustawy Pzp zarzucanymi zamawiającemu.

Przenosząc powy sze stanowisko zamawiającego na grunt przedmiotowych odwołań,

Izba stwierdza, e podniesiony przez zamawiającego zarzut braku spełnienia przez wykonawców przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

wnoszenia Mo liwość ograniczenia wykonawcom środków odwoławczych od

czynności zamawiającego winno być interpretowane zgodnie z zasadami interpretacji przepisu artykułu 1 ust. 3 Dyrektywy Odwoławczej, jakiej dokonał Rzecznik Generalnego Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne, w sprawie C-454/06. W przywołanej sprawie wskazano, i artykuł 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 zezwala państwom członkowskim na ograniczenie uprawnienia do wniesienia środka odwoławczego w dwojakim względzie: po pierwsze poprzez wymóg posiadania przez podmiot wnoszący odwołanie interesu w uZ.kaniu danego zamówienia publicznego, a po drugie poprzez wymóg doznania przez podmiot wnoszący odwołanie uszczerbku lub

---

gro ącego mu uszczerbku. W ten sposób wykluczone mogą zostać skargi powszechne oraz środki odwoławcze kandydatów, którzy w sposób oczywisty nie podlegają uwzględnieniu.

Odnosząc się do praktycznej strony tak dokonanej interpretacji przepisu dyrektywy stwierdzić nale y, e ograniczenia w uprawnieniach wykonawców do wniesienia środka odwoławczego nale y interpretować w świetle podwójnego celu dyrektywy, z jednej strony udzielenia wykonawcom skutecznej ochrony prawnej w związku z udzielaniem zamówień publicznych, a z drugiej strony umo liwienia odpowiedniej kontroli legalności decyzji instytucji zamawiających.

W tych okolicznościach uprawnienie do wniesienia środka odwoławczego w procedurach odwoławczych według prawa zamówień publicznych nie mo e zostać nadmiernie ograniczone. W szczególności w odniesieniu do dopuszczalności wniesienia odwołania nie mo na stawiać tych samych wymogów, co w odniesieniu do jego zasadności. Wykładnia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie mo e pozostawać w sprzeczności z przepisem art. 1 ust. 3 zd. 1 Dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Ocena zaistnienia przesłanki skutecznego wniesienia środków ochrony prawnej musi być dokonana w odniesieniu do okoliczności towarZ.zących prowadzonemu postępowaniu, w którym miało dojść do naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Przechodząc do oceny podniesionego zarzutu w kwestii braku posiadania interesu przez odwołujących, wskazać nale y, e gdyby uznać racje zamawiającego to w przedmiotowej sytuacji wykonawcy zostaliby pozbawieni ze względów formalnych mo liwości skutecznego skorZ.tania ze środków ochrony prawnej. Doprowadziłoby to do sytuacji, w której zamawiający, bez konsekwencji, mógłby bezprawnie dokonywać wyboru ofert niektórych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, mając świadomość, i inni wykonawcy nię będą mogli podwa yć dokonanego wyboru, a więc czynności zamawiającego w tym zakresie byłyby pozbawione kontroli wykonawców.

Ponadto Izba stwierdza, e brak mo liwości uZ.kania przez wykonawcę zamówienia w konkretnym postępowaniu, a tym samym braku interesu do kwestionowania czynności zamawiającego, nale y odnosić do okoliczności rzeczywistych, a nie hipotetycznych danego postępowania. Podnoszona przez zamawiającego potrzeba uniewa nienia postępowania na części co do których Izba uwzględniłaby odwołania wykonawców z powodu i ich oferty są z ceną wy szą ni zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest sytuacją cZ.to hipotetyczną. Jak wskazał w odpowiedzi na odwołania sam zamawiający, w kilku przypadkach pomimo i cena ofertowa na daną część zamówienia przekraczała kwoty jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dokonał wyboru tych ofert. Wspomnieć nale y równie jak twierdzi odwołujący, e np. w zamówieniu na

---

sektor 21 – tam gdzie o zamówienie ubiegała się spółka komunalna, kwota jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia został przekroczona o ponad 236%, to tym samym trudno wywieść z tego faktu jednoznaczne stanowisko e w przypadku części zamówień objętych tym postępowaniem, taka mo liwość nie zaistnieje.

Dlatego te Izba biorąc pod uwagę fakt, e ocena spełniania wymogu z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp winna być dokonana w konkretnych okolicznościach sporu wskazanych w

odwołaniu, Izba uznała, e odwołujący spełniają warunki z ww. przepisu, a mo liwość poniesienia szkody materializuje sie i tym samym wniesione odwołania winny podlegać rozpoznaniu. Wynika to równie z faktu, ze zamawiający w sposób jednoznaczny i pewny nie wykazał, e ww. kwota jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowych części zamówienia nie mo e być i nie będzie podwy szona, a podnoszony brak mo liwości zwiększenia kwoty na zamówienie, które ze względu na jego specyfikę musi zostać udzielone, w takich okolicznościach sprawy jest zdarzeniem prZ.złym i niepewnym.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2299/13

W zakresie tego odwołania, dotyczącej XVI części zamówienia odwołujący postawił zamawiającemu dwa zarzuty dotyczące naruszenia przez niego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu: zaniechania odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usługowo-Transportowego ALTRANS Andrzej L., niespełniania wymagań określonych przez zamawiającego w pkt 5.1 ppkt 2 SIWZ dotyczących wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia oraz pkt 5.1 ppkt 4 oraz pkt 6.1 h) dotyczących nie wykazania spełniania wymogu posiadania zdolności ekonomiczno- finansowej.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wykazania posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia odwołujący podniósł, e zgodnie z ww. pkt postanowienia SIWZ wykonawca miał wykazać się odebraniem odpowiedniej masy odpadów komunalnych. Natomiast w przypadku kiedy wykonawca składał oferty na więcej ni jedną część zamówienia, to winien wykazać się doświadczeniem odpowiadającym sumie mas odebranych odpadów komunalnych, wymaganych dla części, na które składana jest oferta. Wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Transportowe ALTRANS Andrzej L. zło yło w przedmiotowym postępowaniu ofertę na następujące części zamówienia: XVI, XVII, XVIII. Tym samym winno było wykazać się masa odebranych odpadów na trzy ww. części zamówienia tj. 7 000 Mg.

Na potwierdzenie wykazania spełnienia tego warunku wykonawca ALTRANS wykazało się odbiorem odpadów komunalnych- wskazując i dotyczyło to Gminy Czerwonak oraz Miasta i Gminy Murowana Goślina tj podmiotów na rzecz których świadczone były w tym zakresie usługi. Jako dokumenty potwierdzające dane z tabeli wykazu załączono pismo Urzędu Gminy Czerwonak z dnia 05.08.2013 r. (str. 24 oferty) oraz pismo z Urzędu Miasta i

Gminy Murowana Goślina podpisane przez burmistrza. Przytoczone dokumenty wskazują, i w rzeczywistości usługi te były wykonywane nie na rzecz wskazanych gmin, a na rzecz podmiotów znajdujących się oraz zamieszkujących na terenie Gmin Czerwonak i Miasto i Gminy Murowana Goślina. W związku z takim wadliwym wskazaniem podmiotów oraz niezałączeniem wymaganych dowodów nale ytego wykonania udowodniona przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Transportowe ALTRANS Andrzej L. masa odebranych odpadów była ni sza od wymaganej przez pkt 5.1 ppkt 2 SIWZ (dla sumy części zamówienia na które została zło ona oferta). Tym samym nie mo na, zdaniem odwołującego uznać za wymagany dowód przytoczonych pism gmin (bez względu na ich treść), skoro podmioty te nie były beneficjentami usług świadczonych przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Transportowe ALTRANS Andrzej L.. Tym samym nie były one uprawnione do wystawiania referencji i zaświadczeń w wymaganym zakresie.

Natomiast w zakresie spełniania warunku z pkt 5.1 ppkt 4 oraz pkt 6.1 h SIWZ wskazał, e w postępowaniu konieczne było wykazanie wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej co miało obrazować w sposób czytelny sytuację ekonomiczno-finansową wykonawcy. W tym celu nale ało przedło yć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową. W przypadku składania oferty na więcej ni jedną część zamówienia, wykonawca musiał jak wy ej wykazać się równie środkami finansowymi lub zdolnością kredytową na kwotę stanowiącą sumę kwot wymaganych dla części (sektorów) na które składał ofertę. Przedsiębiorstwo Usługowo-Transportowe ALTRANS zło yło ofertę na następujące części zamówienia: XVI, XVII, XVIII. Dla części tych wg. pkt 5.1 ppkt 4 SIWZ niezbędne było posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę nie mniej ni 600.000,00 PLN.

Wykonawca - ALTRANS na potwierdzenie spełniania tego warunku przedło ył opinię o prowadzeniu rachunku ING Bank Śląski S.A. z dnia 11.07.2013 r. oraz opinię Banku Pekao S.A. z dnia 01.08.2013 r., a tak e saldo bie ące w Banku BPH S.A. z dnia 06.08.2013

roku. Opinia o prowadzeniu rachunku ING Bank Śląski S.A. z dnia 11.07.2013 r. wskazywała jedynie na posiadaną udostępnioną linię kredytową w rachunku bie ącym w wysokości 200.000. Ponadto w Banku Pekao S.A wykonawca posiadał kredyt na rachunku bie ącym w wysokości 300 tys. zł. Zdaniem odwołującego fakt posiadania linii kredytowej na określoną kwotę pienię ną nie obrazuje jednak stopnia jej wykorZ.tania, czyli środków finansowych posiadanych w momencie wydania przedmiotowej opinii. Dokument ten nie stanowi równie o zdolności kredytowej w momencie jego wystawienia, mo e jedynie dowodzić zadłu enia wykonawcy

Jednocześnie podał, e jedynym dokumentem faktycznie potwierdzającym stan posiadanych przez ALTRANS środków finansowych był saldo z rachunku bie ącego w

15

Banku BPH S.A. z dnia 06.08.2013 r., wskazujące, e wykonawca ten posiada na przedmiotowym koncie kwotę 339.505,48 PLN. Jednak e ta kwota jest niewystarczająca do zrealizowania wymogu określonego w pkt 5.1 ppkt 4 SIWZ, bowiem ubiegające się o udzielenie zamówienia na część XVI, XVII oraz XVIII.

Zauwa yć w sprawie nale y, e wykonawca ALTRANS uZ.kał zamówienie tylko na jedną część tj. XVI na którą wg SIWZ wymagane było wykazaniem się potencjałem finansowym w wysokości 150 tys. złotych.

Przechodząc do rozpatrzenie ww. dwóch zarzutów stwierdzić nale y, ze dotyczą one spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu wskazanych w art 21 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, oraz przenoszących te warunki do SIWZ ww. postanowień pkt 5.1 ppkt 2 SIWZ oraz pkt 5.1 ppkt 4 SIWZ. Zauwa yć nale y równie , e odwołujący podnosząc niespełnianie przez wykonawcę ALTRANS podnosił zarzut nieodrzucenia oferty tego wykonawcy z ww. przyczyn.

Tym samym postawiony w ten sposób zarzut jest zarzutem źle sformułowanym, gdy przez „warunki udziału w postępowaniu" nale y zatem rozumieć warunki określone przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 ustawy Pzp odnoszące się do właściwości podmiotowej wykonawcy, których spełnienie jest wymagane od ka dego wykonawcy prZ.tępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod rygorem wykluczenia.

Od „warunków podmiotowych" określonych w art. art. 22 ust. 1 i 24 ust. 1 ustawy nale y odró nić „warunki przedmiotowe", a więc odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Pierwsze odnoszą się do podmiotu, ich niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Te drugie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne ich nie spełnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Nie mo na zatem odrzucić oferty z powodu nie spełniania warunków podmiotowych (ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się z mocy prawa, za odrzuconą) i odwrotnie, nie mo na wykluczyć wykonawcy z powodu nie spełniania warunków przedmiotowych. Jednak e biorąc pod uwagę treść art. 180 ust 3 ustawy Pzp Izba uznała, e biorąc pod uwagę fakt i odwołujący w odwołaniu wskazał czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzucił niezgodność z przepisami ustawy, e tak sformułowany zarzut będzie podlegał

e w zakresie tak wskazanego stanu merytorycznej ocenie przez Izbę, pomimo tego,

faktycznego odwołujący winien był podnieść zarzut nie wykluczenia wykonawcy z postępowania, a nie braku odrzucenia jego oferty.

Oba ww. zarzuty podniesione wobec wykonawcy ALTRANS Izba uznaje za niezasadne.

16

W zakresie zarzutu nie wykazania przez wykonawcę ALTRANS spełniania postawionych wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia Izba stanowisko zamawiającego za zasadne. Na potwierdzenie spełniania tego warunku zamawiający wymagał, aby wykonawcy zło yli w tym zakresie odpowiedni wykaz wraz z referencjami, które potwierdzałyby prawidłowość wykonania usług wskazanych w wykazie.

Kwestionowane przez odwołującego mo liwości wystawienia referencji przez urzędy Gminy Czerwonak oraz Murowana Goślina są niezasadne, gdy Gminy według dotychczasowego

stanu prawnego posiadały wiedzę w zakresie ilości wywiezionych odpadów. Czerpały je z faktu otrzymywania od podmiotów dokonujących wywozu odpadów sprawozdań, a ponadto Gminy w poprzednim stanie prawnym nadzorowały prawidłowość wykonywania czynności utrzymania porządku i cZ.tości na terenie danej Gminy w oparciu o uchwalane regulaminy. Tym samym Gminy jako gospodarz danego terenu posiadały wiedze co do ilości wywo onych z ich terenu odpadów komunalnych, jak i posiadały informacje co do prawidłowości wykonywania tych czynności przez jednostki komunalne im podległe. Wobec powy szego były równie uprawnione do wystawienia referencji dla podmiotów dotychczas wykonujących czynności związanych z utrzymywaniem cZ.tości na terenie Gminy. Wskazać nale y, ze zgodnie z ugruntowana linia orzeczniczą referencje to oświadczenia wiedzy podmiotu posiadającego w dyspozycji informacje z zakresu objętego ich przedmiotem działania, mo e je zatem wystawić ka dy, kto ma wystarczający zasób wiedzy pozwalający uznać o nale ytej jakości wykonanych robót, usług czy dostaw.

Dokument referencji nie słu y w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, lecz jedynie potwierdzeniu nale ytego wykonania zamówienia (wyrok KIO z dnia 7 września 2009 r. KIO/UZP 1092/09, wyrok KIO z dnia 20 października 2010 r. KIO 2187/10).

Natomiast w zakresie niewykazania spełniania warunku w zakresie zdolności finansowej lub zdolności kredytowej wskazać nale y, e za zdolność kredytową nale y rozumieć zdolność podmiotu gospodarczego do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminie ustalonym między kredytodawcą (bankiem), a kredytobiorcą. Posiadanie zdolności kredytowej jest warunkiem uZ.kania kredytu. W przedmiotowej sprawie niewątpliwe jest, e wykonawca ALTRANS posiadał udostępnioną linię kredytową na kwotę 200 tys. zł oraz udzielony kredyt na kwotę 300 tys. zł. Powy sze jednoznacznie wskazuje, ze banki oceniły pozytywnie zdolność kredytową tego podmiotu na kwotę co najmniej 500 tys. zł. Powszechnie wiadomym jest, e aby bank udzielił danemu podmiotowi kredytu na określoną kwotę, to musi on wykazać się posiadaniem zdolności kredytowej na kwotę zdecydowanie wy szą. Do powy szego ustalenia dodając posiadane przez tego wykonawcę środki finansowe na rachunku bankowym mo na jednoznacznie stwierdzić, e

zdolność finansowa i kredytowa (łącznie) dla tego podmiotu przekracza 830 tys. zł – na wymagane 600 tys. zł.

Biorąc pod uwagę powy sze ustalenia Izba stwierdza, e wykonawca ALTRANS spełnił postawione przez zamawiającego ww. warunki udziału, aby ubiegać się o uZ.kanie zamówienia na część XVI, XVII oraz XVIII.

Równocześnie przypomnieć nale y – co wy ej wskazano, e wykonawca ten uZ.kał zamówienie tylko na część XVI zamówienia, gdzie w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawca winien był wykazać się odbiorem 2 000 Mg odpadów komunalnych, a w zakresie zdolności finansowo- kredytowej legitymować się kwotą bądź zdolnością kredytową w wysokości 150 tys. złotych. Poza wszelkim sporem pomiędzy stronami jest fakt, e dla tej części zamówienia wykonawca ten postawiony warunek spełniał.

Jednocześnie Izba stwierdza, e ądanie wykluczenia wykonawcy ALTRANS z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na trzy części zamówienia w sytuacji kiedy w przedmiotowym wykonawca ponad wszelką wątpliwość spełniał warunek dla jednej części XVI byłoby niczym nieuzasadnionym formalizmem.

Nadto zauwa enia wymaga fakt, ze zamawiający wymagał przy składaniu ofert na więcej ni jedną część zamówienia, wykazania się przez wykonawcę sumą niezbędnego doświadczenia na dane części. Jednak e z treści SIWZ nigdzie nie wynika, i w przypadku nie wykazania się spełnianiem warunku na objęta ofertą ilość części zamówienia, to taki wykonawca nie mo e uZ.kać zamówienia na mniejszą ilość części ni to wynika z ilości ofert, gdy będzie podlegać wykluczeniu z postępowania.

W związku z nieuwzględnieniem powy szych zarzutów Izba uznała, ze nie zaistniały przesłanki do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie objętym tymi zarzutami. Nie stwierdzono równie naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp.

W zakresie odwołań o sygn. akt KIO 2298/13 i KIO 2320/13

Na wstępie nale y zauwa yć, e zarzuty odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z.(KIO 2298/13) są zbli one, bądź zbie ne z zarzutami podniesionymi w odwołaniu przez konsorcjum REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o. (KIO 2320/13) wobec tego zarzuty te zostały razem (łącznie)rozpoznane na rozprawie. Izba dokonała ich wspólnej oceny z zachowaniem systematyki odwołania konsorcjum Remondis.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu

18

---

nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrze onego jako tajemnica przedsiębiorstwa załącznika nr 4 do wyjaśnień zło onych przez Konsorcjum FBSerwis S.A. w sprawie ra ąco niskiej ceny, pomimo e nie wystąpiły przesłanki do zastrze enia tej części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Stwierdzić nale y, e jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 Pzp, Celem tej zasady jest przede wsZ.tkim zagwarantowanie transparentności prowadzonego postępowania pozwalającej na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tak e umo liwiając wykonawcom wnoszenie środków ochrony prawnej na sprzeczne z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego.

Dlatego te zasada jawności postępowania winna doznawać ograniczeń jedynie w przypadkach ściśle określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, je eli wykonawca nie później ni w terminie składania ofert lub

e nie mogą być one wniosków o

dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł,

udostępniane. Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, to za tajemnicę taką nale y uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzeda y, a tak e źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r. - XVII Amz 1/96, Wokanda 1997/10/55).

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, je eli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Przesłanki umo liwiające objęcie pewnego zakresu oferty tajemnicą przedsiębiorstwa statuują wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, podlegają interpretacji ścisłej, a cię ar wykazania ich zaistnienia spoczywa na tym kto się na nie powołuje. W postępowaniu odwoławczym zobowiązanymi do wykazania zaistnienia przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są wykonawca, który dokonał zastrze enia, oraz zamawiający, który zastrze enie uznał.

19

W orzecznictwie w sprawach zamówień publicznych po podjęciu przez Sąd Najwy szy uchwały z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) ukształtowała się praktyka, zgodnie z którą zamawiający jest zobowiązany do zbadania skuteczności zastrze enia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. Zastrze enie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, e zastrze one informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Je eli natomiast w ocenie zamawiającego zastrze one przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub są

jawne na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (np. art. 96 ust. 3) bądź odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, e niniejszym postępowaniu, e Konsorcjum FB Serwis S.A., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 23 sierpnia 2013 r. zło yło wyjaśnienia w sprawie ra ąco niskiej ceny oferty, zastrzegając załącznik nr 4 („Szczegółowe wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie ceny ofertowej z dnia 23 sierpnia 2013 r." jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie Konsorcjum FB Serwis w tym samym piśmie powołało się na spełnianie przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo odwołujący podniósł, i zamawiający zobowiązany jest do szczegółowej weryfikacji informacji zawartych w dokumencie zastrze onym tajemnicą przedsiębiorstwa oraz oceny, czy wsZ.tkie informacje w nim zawarte mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a w konsekwencji do odtajnienia informacji, które takiego waloru nie posiadają. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu Konsorcjum FB Serwis nie wykazało mo liwości utajnienia załącznika nr 4 do składanych przez siebie wyjaśnień, a zamawiający zaniechał prawidłowej weryfikacji zasadności utajnienia, a w konsekwencji zaniechał udostępnienia tego załącznika na wniosek odwołującego, zło ony w dniu 19 września 2013 r. i ponowiony w dniu 24 września 2013 r.

Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu wskazał, e zapoznał się zarówno z uzasadnieniem do objęcia ww. załącznika tajemnicą, jak i samym załącznikiem nr 4 i nie miał wątpliwości, e zawiera on informacje prezentujące wartość gospodarczą, nieujawnioną przez prZ.tępującego do wiadomości publicznej, co do których podjął on niezbędne działania w celu zachowaniu ich poufności. Spełnione zatem zostały wsZ.tkie elementy, o których mówi art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, aby uznać, i załącznik nr 4 obejmuje informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu tego przepisu. Kwestionowany przez odwołującego załącznik (blisko 20 stronicowy) przedstawia sposób kalkulacji ceny przez prZ.tępującego, opartą o indywidualną koncepcję co do sposobu wykonania zamówienia, opracowaną przez Konsorcjum FB Serwis, na podstawie

wieloletnich doświadczeń i know-how hiszpańskiego członka Konsorcjum i na potrzeby konkretnego zamawiającego. Zawiera on tak e politykę cenową prZ.tępującego oraz dane dotyczące kontraktów realizowanych przez członków Konsorcjum.

Izba, odnosząc się do powy szych rozwa ań i ustaleń uznała, e dokonane przez konsorcjum FB Serwis zastrze enie załącznika nr 4 z wyjaśnieniami, są zasadne. Tym samy działanie zamawiającego w tym zakresie odpowiadało obowiązującemu prawu. W wyjaśnieniach zostały zawarte informacje dotyczące pewnych zabiegów organizacyjnych, jak równie zastosowanego sprzętu i urządzeń które uzasadniały mo liwość wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Tak przyjęte rozwiązania stanowią wartość gospodarczą dla wykonawcy i są nieznane konkurencji. Dokonane zastrze enia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa miały charakter zobiektywizowany pozwalający na ustalenie zasadności, dokonanego zastrze enia. Zastrze one informacje obejmują doświadczenie konsorcjanta wraz z przeniesieniem ich na grunt przedmiotowego postępowania, są to wiadomości mające zasadnicze znaczenie do konkurowania na tym rynku usług.

Na marginesie tego zarzutu dodać nale y, e odwołujący na etapie rozprawy próbował dokonać modyfikacji tego zarzutu wskazując, ze być mo e nie wsZ.tkie kwestie ujęte w załączniku nr 4 winny być objęte tajemnicą. Z takiego stanowiska zasadne jest wyciągnięcie wniosku i sam odwołujący nie kwestionował biorąc pod uwagę stanowisko zamawiającego i prZ.tępującego prezentowane na rozprawie, e co najmniej część zawartych tam wyjaśnień zasługiwało na objecie ich tajemnica przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechane odrzucenia oferty zło onej przez FB Serwis S.A., pomimo e oferta ta zawiera ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazać nale y ze względów formalnych, e powy szy zarzut jest takim samym zarzutem podniesionym w obu odwołaniach. Zarzuty te zostały razem zbadane na rozprawie, a tak e Izba dokonała wspólnej oceny ich merytorycznej zasadności.

W tym zakresie obaj odwołujący podnieśli i wykonanie tego zamówienia za zaoferowaną przez konsorcjum FBSerwis cenę wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poni ej jego kosztów działalności tych podmiotów, a tym samym niepozwalających na wygenerowanie Z.ku na realizacji tego zamówienia. Odwołujący konsorcjum Z. wniósł w tym

zakresie o powołanie biegłego z zakresu wyceny usług odbioru odpadów komunalnych, na okoliczność ustalenia czy zakres rzeczowy oferty zło ony przez wykonawcę - konsorcjum: FB Serwis S.A., mo liwy jest do zrealizowania za wynagrodzeniem umownym zaoferowanym przez ww. wykonawcę, w kontekście zachowania uczciwej konkurencji, a tak e przesłuchanie zamawiającego na okoliczność ustalenia kryteriów jakimi posłu ył się przy ocenie zło onych ofert, w zakresie zbadania oferowanych cen.

Izba postanowiła nie uwzględnić ww. wniosków odwołującego Artur Z., ponieważ Izba stoi na stanowisku i tak postawiona ogólna teza dowodowa, dla której miałby być powołany biegły nie ma wpływu na rozstrzygnięcie zarzutów, a ponadto nie zostały sprecyzowane okoliczności faktyczne których rozstrzygnięcie wymagałoby wiadomości specjalnych. Równie nie została wykazana zasadność przesłuchania zamawiającego jako strony w sytuacji kiedy zamawiający był obecny na rozprawie, w trakcie której prezentował swoje stanowisko i odpowiadał na pytania Izby.

Odwołujący konsorcjum Remondis wskazał dodatkowo na fakt i podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem ra ąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT. W przedmiotowym postępowaniu - jak wynika z protokołu postępowania - szacunkowa wartość zamówienia (po pomniejszeniu o wartość zamówień uzupełniających) została ustalona w wysokości 78 748 157,80 zł. Wartość ta, powiększona o podatek VAT wynosiła 85 048 010,42 zł. Kwota, którą zamawiający podał podczas otwarcia ofert, przeznaczona na realizację zamówienia we wsZ.tkich częściach wynosiła 91 584 566 zł brutto. Wskazał, e konsorcjum FBSerwis na realizacje zamówienia w częściach I; II; VI; IX i X zaoferowało ceny znacznie poni ej wartości, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia w poszczególnych częściach oraz znacznie ni szymi od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. Dokonując zestawienia tych cen stwierdził, e ceny ofert zło one we wsZ.tkich częściach przez Konsorcjum FBSerwis tylko w cz. II stanowią 38% bud etu, jaki zamawiający przeznaczył na realizację tego zamówienia, a w pozostałych częściach są jeszcze ni sze. W części I cena oferty Konsorcjum FBSerwis stanowi 26% bud etu, w cz. VI - 22% bud etu, w cz. IX - 28% bud etu, w cz. X - 24% bud etu. Kolejnym punktem odniesienia w kwalifikacji ceny jako ra ąco niskiej, według odwołujących są ceny zawarte w ofertach zło onych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu. Stwierdził, e ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia. Są one bowiem kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego. Wobec czego na kalkulacje dokonywane przez wsZ.tkich wykonawców mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku usług.

Wskazał, e w przedmiotowym postępowaniu ceny wsZ.tkich ofert zło one w poszczególnych częściach znacząco przekraczają bud et zamawiającego.

wykonawca FB Serwis wezwany do Kolejnym zarzutem w tym zakresie był zarzut i zło enia wyjaśnień co do powodów zaoferowania tak niskiej ceny ofertowej winien jest podać, jakie czynniki faktycznie wskazać co spowodowało obni enie ceny, jak równie wpłynęły na jej obni enie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, i zło ona oferta

jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Tymczasem Konsorcjum FBSerwis utajniło część wyjaśnień – w formie załącznika nr 4, natomiast w jawnej części udzieliło lakonicznych wyjaśnień, w aden sposób nie wskazujących na mo liwość zaoferowania tak niskie ceny. Konsorcjum FBSerwis powołało się w tych wyjaśnieniach na ujęcie w cenie oferty wsZ.tkich wymagań zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, co nie jest okolicznością nową, albowiem takie oświadczenie zostało zło one w ofercie i w adnym razie nie wyjaśnia niskiego poziomu cen.

Ponadto Konsorcjum FBSerwis S.A. wskazało, e mo liwość zaoferowania tak niskiej ceny wynika ze szczególnej znajomości rynku usług odbioru i zagospodarowania odpadów,

posiadanego doświadczenia przez Konsorcjum FBSerwis S.A. oraz grupę kapitałową, do której nale y jeden z członków Konsorcjum. Odwołujący podniósł,, e okoliczności te w aden sposób nie stawiają Konsorcjum FBSerwis S.A. w uprzywilejowanej sytuacji. Przede wsZ.tkim ze względu na fakt i spółka ta została zało ona dopiero w dniu 16 maja 2012 r. oraz - jak wynika z udzielonych wyjaśnień - posiada doświadczenie głównie niezwiązane z przedmiotem zamówienia (zarządzanie miejskim oświetleniem, utrzymanie obiektów, kompleksowe utrzymanie infrastruktury drogowej). Zatem powoływanie się na wyjątkowe doświadczenie przez Konsorcjum FBSerwis nie jest okolicznością, która świadczy o jakiejkolwiek przewadze tego wykonawcy i w aden sposób nie uzasadnia mo liwość wykonania przedmiotowego zamówienia za tak niską cenę.

Konkludując powy sze zarzuty powołano się na tezę z uzasadnienia jednego z wyroków KIO i „nie *mo na akceptować coraz częstszych praktyk, i wykonawcy zajmujący druga pozycje na listach rankingowych oceny i wyboru ofert, nie są w stanie w aden sposób sprawdzić, czy inna zło ona o ferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ. gdy wykonawcy coraz częściej zastrzegają informacje, które przy dokładnej analizie nie spełniają wymogów z art. 11 ust.4 ustawy o z.n.k".*

Zamawiający i prZ.tępujący konsorcjum FBSerwis odnosząc się do powy szego zarzutu z obu odwołań wskazali i przyrównywanie ceny wybranej oferty do oferty cenowej ceny tego wykonawcy są w sposób odwołującego jest całkowicie niezasadne gdy nieuzasadniony wywindowane, a ponadto wykonawcy tworzące konsorcjum w sposób celowy zawiązali konsorcjum i zaoferowali tak wysoką cenę licząc na brak konkurencji na lokalnym rynku, w sytuacji kiedy ka dy z członków konsorcjum mógł zło yć samodzielną ofertę.

Wskazali i ceny za wykonanie zamówienia zaoferowane przez FBSerwis są cenami spotykanymi na krajowym rynku dla tego typu usług i dla tego zakresu, gdzie przedmiotem za zamówienie o zbli onym przedmiocie jest transport i odbiór odpadów. Wskazali i zamówienia do tego, które jest udzielane przez zamawiającego, mo na uznać zamówienie udzielane przez Miasto Gdańsk. Jak wynika z zestawienia cen oferowanych w przetargu w

---

Gdańsku, cena za odebranie i transport 1 tony odpadów komunalnych ww. frakcji kształtowała się tam od 80,76 do 147,74 zł brutto. Ceny jednostkowe zaoferowane przez FBSerwis w poszczególnych częściach kształtują się od 72,86 brutto (dla części nr 6) do 127,07 zł brutto (dla części nr 2), a więc średnia cena zaoferowana przez FBSerwis w częściach objętych odwołaniem wypada pośrodku zakresu cen oferowanych w przetargu w Gdańsku. Zamawiający nadto podniósł i zamówienie udzielane w Gdańsku nie obejmowało zagospodarowania odpadów selektywnych ze sprzeda y których wykonawca uZ.kuje dodatkowy Z.k, pomniejszający ponoszone przez niego koszty. W przypadku Gdańska zagospodarowanie odpadów selektywnych le ało bowiem po stronie gminy, inaczej ni w przypadku zamawiającego, który ten komponent powierzył wykonawcom. Dlatego te gdyby przyjąć, e Z.k ze sprzeda y odpadów zbieranych selektywnie pokrywa koszt ich zbierania to wówczas ceny jednostkowe zaoferowane przez FBSerwis kształtują się od 81,20 brutto (dla części nr 6) do 141,62 zł brutto (dla części 2). a więc są jeszcze bardziej zbli one do cen z postępowania przetargowego w Gdańsku.

Wskazał równie , e za bezzasadną nale y uznać próbę przeliczanie cen podanych w ofertach przez wykonawców na ceny za „obsługę" jednego mieszkańca. Zamawiający podał w SIWZ szacunkowa liczbę mieszkańców, jednak e wyłącznie na potrzeby scharakteryzowania sektorów (ich zaludnienia). Liczba ta w aden sposób nie przekłada się na wolumen odpadów odbieranych przez wykonawców w ramach realizacji zamówienia. Podał, e odwołujący wybiórczo i w sposób wygodny dla siebie próbuje odnosić szacunkową wartość zamówienia do wysokości ceny ofertowej prZ.tępującego, gdy celowo pomija fakt, e zmianą SIWZ z 7 czerwca 2013 roku zamawiający dokonał zmiany- obni enia wolumenu odpadów do odbioru którego zobowiązani są wykonawcy w ramach zamówienia (obni enie o 32%).

W takiej sytuacji – biorąc pod uwagę powy sze obni enie szacunkowa wartość zamówienia w odniesieniu do ceny oferty prZ.tępującego wynosiłaby odpowiednio:

a) 42% szacunkowej wartości zamówienia dla części 1 (a nie jak podaje Odwołujący 27%);

b) *65 % szacunkowej wartości zamówienia dla części 2 (a nie jak podaje Odwołujący 38%);*

45% szacunkowej wartości zamówienia dla części 6 (a nie jak podaje Odwołujący c) *22%);*

59% szacunkowej wartości zamówienia dla części 9 (a nie jak podaje Odwołujący d) *28%);*

e) *44% szacunkowej wartości zamówienia dla części 10 (a nie jak podaje Odwołujący 24%).*

Natomiast odnosząc się udzielonych w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnień konsorcjum FBSerwis co do przyczyn zaoferowania takiej ceny w ofercie stwierdził, e zostały zło one bardzo szczegółowe wyjaśnienia zawarte w załączniku nr 4. Potwierdziły one i ceny zaoferowane przez niego w poszczególnych częściach zostały skalkulowane rzetelnie z uwzględnieniem całego zakresu zamówienia i wsZ.tkich wymogów SIWZ, a tak e wsZ.tkich elementów kosztotwórczych dla usługi objętej przedmiotem zamówienia. Równie porównanie tych cen z cenami oferowanymi w podobnych przetargach pozwalała na stwierdzenie, i jest to cena rynkowa, gwarantująca prZ.tępującemu pokrycie wszelkich kosztów wykonania zamówienia.

Ze stanowiska prezentowanego przez prZ.tępującego dodać nale y i przywołał on w analizie cen rynkowych za odbiór odpadów w kilku miastach, (opracowaną przez Savona Projekt Sp. z o.o.) obejmującą miejscowości gdzie swoją ofertę składał podmiot z grupy odwołującego Remondis, który za podobna usługę (dot. Olsztyna, Krakowa i Opola) zaoferował cenę za wywóz jednej tony odpadów za kwotę mieszczącą się w przedziale pomiędzy 92,00 zł – 127,00 zł. Stwierdził i świadczy to o tym ze równie Remondis jest w stanie wykonać podobne przedmiotowe usługi za cenę porównywalna z cenami zaoferowanymi przez prZ.tępującego w aglomeracji poznańskiej. Nadto dodał, e w podobnym postępowaniu dot. Miasta Białystok równie zostały zło one oferty, których ceny stanowiły około 50% kwoty bud etu zamawiającego przewidzianego na jego realizację, a więc były podobne do cen zaoferowanych przez FBSerwis..

Przed oceną merytoryczną zarzutów co do ra ącej ceny oferty oraz udzielenia niepełnych wyjaśnień co do powodów zaoferowanie takiej ceny, Izba uznaje za zasadne odniesienie się na wstępie do kwestii mo liwości uznania zaoferowanej ceny jako ra ąco niskiej w świetle dorobku orzecznictwa sądów i Krajowej Izby odwoławczej.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych wypracowało pogląd, zgodnie z którym podstawę do badania ewentualności wskazanie w ofercie ceny ra ąco niskiej stanowi wartość zamówienia, o ile została ustalona przez zamawiającego z nale ytą starannością oraz średnia wartość ofert zło onych w postępowaniu, w szczególności ofert najbardziej zbli onych ceną. Przepisy Pzp. nie określają definicji pojęcia ra ąco niskiej ceny, mimo e pojęcie to zostało u yte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pz.p., ale i w art. 90 Pzp Równie tego pojęcia nie definiują dyrektywy unijne. Wskazuje to na brak jednoznacznie ustalonych reguł w oparciu o które mo na by ustalać fakt zaistnienia w ofercie ceny ra ąco niskiej, jak i wykazywać, e zaoferowana cena jest ceną realną.

Brak takich uregulowań wskazuje na indywidualność tego zagadnienia. Dlatego te ka dy tego typu przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz

wartość zamówienia nale y rozpatrywać indywidualnie (podobnie: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).

Pojęcie i zaoferowana w ofercie cena mo e być ra ąco niska jest określeniem subiektywnym, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych, jak i orzecznictwo nie wskazuje określonej ró nicy procentowej, czy metody, przy zastosowaniu której mo na by uznawać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z ra ąco niską ceną - wyrok KIO 2679/11.

Ponadto wskazać nale y, e w myśl powy szych ustaleń, taka sama wysokość ceny w ofertach- u jednego wykonawcy mo e nie pokrywać kosztów wykonania zamówienia, a u innego zapewniać mu nawet Z.k, na realizacji tego zamówienia.

Prowadzi to do wniosku, e cena oferty wykonawcy pomimo, i jest zbli ona lub podobna do cen ofert innych wykonawców, mo e być uznana za ra ąco niska, je eli po stronie tego wykonawcy brak jest przesłanek, które uzasadniałyby jej skalkulowanie na takim niskim poziomie. Tym samym ocena czy zaoferowana w ofercie cena nie jest cena ra ąco niską wymaga indywidualnej oceny ka dego z oferentów, biorąc pod uwagę zarówno obiektywne przesłanki funkcjonowania podmiotów z danej bran y na rynku, jak i indywidualne koszty funkcjonowania danego podmiotu. Problem dowodowy w tym zakresie e skupia się przede wsZ.tkim na właściwym wykazaniu przez wezwanego wykonawcę, zaoferowana cena jest ceną realną, tzn. e poniesione na wykonanie zamówienia koszty zostaną pokryte z wynagrodzenia za wykonanie zamówienia, a wykonawca jeszcze z tego tytułu osiągnie jakąś kwotę Z.ku. Chocia jak zauwa a się często w doktrynie, brak osiągnięcia Z.ku wykonawcy na wykonaniu zamówienia nie mo e być podstawą do uznania takiej ceny za ra ąco niską, gdy mimo tego zapewnia wykonawcy wykonanie samego zamówienia. Tym samym kwestia braku osiągnięcia Z.ku przez wykonawcę jest dla mo liwości wykonania zamówienia i uznania ceny takiej oferty za ra ąco niską, sprawą drugorzędną.

Podnieść równie nale y, e zamawiający u którego powstała wątpliwość czy zaoferowana przez danego wykonawcę cena oferty wystarczy na pokrycie wsZ.tkich kosztów realizacji danego zamówienia jest zobowiązany do wystąpienia do takiego wykonawcy o udzielenie stosownych w tym zakresie wyjaśnień. W świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy w określonym terminie do zło enia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Treść przywołanego przepisu jest następstwem implementacji postanowienia art. 55 dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, zgodnie z którym, je eli w przypadku danego zamówienia, oferty odnoszące się do świadczeń wydają się ra ąco niskie, instytucja zamawiająca przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uwa a za istotne.

Ustawodawca nie określił przesłanek które mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do zło enia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez niego w ofercie ceny, jak równie nie wskazał jak daleko zamawiający mo e wkraczać w treść oferty, ądając wyjaśnień wykonawcy. Jednak e podnieść nale y, e prawo do ądania wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera ra ąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie V Wydział Gospodarczy z 9 grudnia 2010 r sygn. Akt V Ga 122/10 nale y wskazać, e zamawiający mając wątpliwości co prawidłowości ceny wykazanej w ofercie winien sformułować w tym zakresie pytania do wykonawcy. Pytania do wykonawcy powinny wskazywać elementy oferty, które podczas jej badania wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Tym samym zamawiający ma prawo oczekiwać od wykonawcy wyjaśnień co do powodów takiej wyceny elementów oferty, o które wprost w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, zapytał. Brak informacji w wyjaśnieniach wykraczających poza zakres wezwania nie mo e być podstawą do odrzucenia z tego powodu oferty wykonawcy. Ponadto dokonując oceny zło onych wyjaśnień nale y mieć na względzie fakt, e wezwanie to jest wezwaniem jednokrotnym i nie mo e być uzupełniane w dalszym toku postępowania o czym winien pamiętać zamawiający formułując treść wezwania.

Istotnym tak e jest wskazanie, e ocenie zamawiającego jak równie KIO podlegają tylko te wyjaśnienia które zostały zło one przez wykonawcę we wskazanym w wezwaniu terminie. Tym samym brak jest mo liwości skutecznego wykazywania i zaoferowana cena nie jest ceną ra ąco niską poprzez składanie dokumentów i wyjaśnień w tym przedmiocie, dopiero na etapie postępowania odwoławczego. W tym zakresie Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 09.04.2010 r. stwierdził i : *„W ocenie Sądu Okręgowego zło enie przez skar ącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu" na zło enie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90*

ust.1 ustawy Pzp) oznacza, e informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umo liwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego" (Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie, sygn. akt IV Ca 1299/09).
Istotnym dla oceny przedmiotowego zarzutu jest przywołanie w tej sprawie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010r., sygn. akt IV Ca 1299/09: gdzie sąd stwierdził i „Wyjaśnienia *powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wsZ.tkie*

aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się tylko na samych oświadczeniach wykonawcy"

Przechodząc do oceny zasadności podniesionych zarzutów wskazać nale y, e zamawiający pismem z dnia 12 sierpnia 2013 roku wezwał konsorcjum FBSerwis w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp do zło enia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej części zamówienia. W wezwaniu dodatkowo zamawiający stwierdził, ze jego zdaniem cena zaoferowana przez konsorcjum znacząco odbiega od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców.
Powy sze wezwanie nale y ocenić, jako bardzo ogólne nie wskazujące w jakimkolwiek stopniu, które elementy ceny ofertowej wykonawca winien w sposób szczegółowy wyjaśnić. Jednak e w odpowiedzi na to wezwanie wykonawca FBSerwis zło ył ponad 30 stronicowe wyjaśnienia, przy czym część z tych wyjaśnień została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa- co zostało ujęte jako załącznik nr 4 do wyjaśnień wykonawcy.
Niewątpliwym w sprawie jest fakt, e ze względu na objęcie tajemnica przedsiębiorstwa istotnej części wyjaśnień wykonawcy, odwołujący mieli niewątpliwie trudność w podwa aniu konkretnych wyliczeń wykonawcy FBSerwis. Wykonawca udzielający wyjaśnień mo e bowiem powoływać się na właściwe tylko sobie mo liwości techniczne i organizacyjne, a wzruszenie ka dej z podanych przyczyn wymaga odmiennej argumentacji i środków dowodowych. Koszty działalności danego podmiotu są tylko jemu przynale ne i nie jest mo liwe porównywanie ich wprost z kosztami działalności innego podmiotu.

Odnosząc się do zarzutu z odwołań e cena ofertowa na części zamówienia zło one przez prZ.tępującego w sposób ra ący odbiega od wartości oszacowania zamówienia, stwierdzić nale y, e faktycznie cena ofertowa jest znacząco ni sza i jak wyliczył zamawiający po ww. zmianie SIWZ stanowiła średnio 51% tej ceny. Odnosząc wskaźnik ceny ofertowej do wartości szacunkowej z zamówień o takim samym przedmiocie z innych miast Polski, mo na stwierdzić, e nie odbiega ona od średniej krajowej cen w tym zakresie usług. Du a konkurencja na rynku tego typu usług powoduje sytuację i oferowane przez wykonawców biorących udział w przetargach są zdecydowanie ni sze ni kwoty dokonanego oszacowania przez zamawiających. Biorąc to pod uwagę, a tak e brak wykazania w sprawie dowodów mogących obiektywnie potwierdzić nierealność ceny wykonawcy FBSerwis nie daje podstawy Izbie, aby mo na stwierdzić, e cena oferty wykonawcy FBSerwis jest ceną ra ąco niską.

Cena ta zdaniem Izby jest bardzo niska, ale wcale to nie oznacza, e jest ceną ra ąco niską, a tylko taka winna skutkować odrzuceniem oferty. Istota w ró nej ocenie tych obu cen sprowadza się do tego, e cena niska, nawet bardzo niska mo e nie zapewniać osiąganie wykonawcy na realizacji danego zamówienia Z.ku, ale daje mo liwość pokrycia

wsZ.tkich kosztów związanych z jego realizacją, podczas gdy cena ra ąco niska takich kosztów nie pokrywa. W czasach ostrej konkurencji na rynku- co jest równie faktem notoryjnym- szczególnie na rynku objętym przedmiotowym zamówieniem, dla szeregu firm, w szczególności tych które dotychczas zajmowały się działalnością z zakresu gospodarki odpadami istotne jest uZ.kanie zamówienia celem przetrwania na rynku (pokrycia kosztów swojej działalności), a nie osiąganie spektakularnych Z.ków. Nie jest to korZ.tne dla rynku, ale taka sytuacja obiektywnie występuje.
Zauwa enia wymaga, e konsorcjum FBSerwis jest podmiotem dopiero wchodzącym na ten rynek usług krajowych, dlatego te trudno odmówić mu prawa do konkurowania ceną z potentatami na tym rynku ju istniejącymi.

Izba dokonując szczegółowej analizy wyjaśnień, w tym treści załącznika nr 4 uznała, e przy przyjętej technologii wykonywania usługi, dysponowaniem pojazdami o du ej pojemności i prZ.tosowanych do szybkiej zmiany ich funkcjonalności do przewozu określonej frakcji odpadów, wiedzą konsorcjanta, itp. prZ.tępujący wykazał, e jest w stanie za e zaoferowaną cenę wykonać przedmiot zamówienia. Zauwa yć nale y równie , wykonawca ten wykorZ.tał mo liwość i w treści postanowień SIWZ nie zobowiązano wykonawców do tego, aby cały potencjał techniczny którym winien legitymować się wykonawca na etapie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu miał być u ywany do realizacji zamówienia.

Tym samym dysponując pojazdami o du ej pojemności, dokonał kalkulacji kosztów wykonania zamówienia biorąc pod uwagę mniejszą ilość pojazdów które będą u ywane do wykonywania zamówienia, ni ilość wykazana w potencjale technicznym, a to skutkowało mniejszą liczbą potrzebnych do wykonania zamówienia pracowników, kosztów paliwa, amortyzacji, itp.

Wobec powy szego, przy braku dowodów przeciwnych, zło one wyjaśnienia dają podstawę do przyjęcia jako uzasadnionego stanowiska zamawiającego, e zaoferowana przez prZ.tępującego, cena łączna za wykonanie zamówienia została skalkulowana poprawnie.

Izba nie odnosiła się indywidualnie do zaoferowanej ceny na ka dy z sektorów, gdy brak było w tym zakresie postawionego zarzutu.

Odnosząc się do stanowiska odwołujących, e cena ofertowa konsorcjum FBSerwis nie jest ceną rynkowa, a taką ceną jest oferta konsorcjum Remondis i odwołującego konsorcjum Artur Z., Izba nie znalazła uzasadnienia dla tej argumentacji w dokumentacji postępowania i zło onych dowodach. Natomiast mo na zasadnie uznać za zamawiającym, e cena ofertowa w szczególności odwołującego Remondis nale y do kategorii cen „ra ąco wysokich". W tym zakresie wskazać nale y na okoliczność, e odwołujący Remondis dla wykazania, e za cenę zaoferowaną przez FBSerwis nie jest mo liwe wykonanie przedmiotowego zamówienia, (dot. to części zamówienia gdzie oferta prZ.tępującego została

---

przez zamawiającego uznana za najkorZ.tniejszą w postępowaniu) zło ył dokument zatytułowany jako „opinia *dotycząca wyceny kosztów ofertowych oferty najkorZ.tniejszej dla sektorów I, II,VI, IX, X* …." opracowany na jego zlecenie przez Instytut Ekonomii Środowiska

Na stronach 8-9 została przedstawiona została tabela zawierająca oszacowanie realnych kosztów wykonania usługi, objętej przedmiotowym odwołaniem. W pozycji 13 podane zostały kwoty które wg. wydającego opinię są niezbędne, aby w sposób prawidłowy wykonać zamówienie w określonych sektorach. Ró nice pomiędzy wielkością ceny ofertowej odwołującego Remondis, a uzasadnioną ceną za jaką mo liwe jest wykonanie przedmiotowego zamówienia wg. opinii sporządzonej przez Instytut Ekonomii Środowiska, zło onej przez Remondis, obrazuje poni sza tabela.

Lp	Koszt wykonania zamówienia	Sektor I	Sektor II	Sektor VI	Sektor IX	Sektor X
1	Koszt wykonania zamówienia wg. Remondis w zł	21 212 928	11 083 132	15 620 817	14 595 552	13 068 345
2	Koszt wykonania zamówienia wyliczony wg. Instytutu Ekonomii Środowiska w zł	10 949 236	7 657 324	7 462 638	8 056 589	7 173 167

Sumując powy sze zestawienie nale y stwierdzić, e odwołujący Remondis zaoferował wykonanie zamówienie na ww. sektory za kwotę 75 580 774 złotych. Natomiast według wyliczeń Instytutu Ekonomii Środowiska, wykonanego na zlecenia Remondis, aby wykonać zamówienie w ww. częściach, niezbędne jest poniesienie kosztów w wysokości 41 298 954 złotych. Tym samym ró nica pomiędzy ceną ofertową Remondis, a niezbędnymi do poniesienia kosztami wyliczonymi przez Instytut Ekonomi Środowiska dla tych części zamówienia, wynosi **34 281 820** złotych.

Wobec takich faktów trudno uznać, e cena zaoferowana przez konsorcjum Remondis nosi znamiona ceny rynkowej, do której mo na by odnosić cenę wykonawcy

FBSerwis i z tej ró nicy wywodzić wniosek o ra ąco niskiej ceny konsorcjum FBSerwis.

Dokonując oceny zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty wykonawcy FBSerwis z tego powodu, ze zło one wyjaśnienia nie wykazały, e zaoferowana w cena nie jest ceną ra ąco niską, Izba oddala powy szy zarzut. Zło one wyjaśnienia są wyjaśnieniami bardzo obszernymi i dokładnie odnoszą się do niemal e ka dej pozycji kosztu wykonania danej usługi. Analiza tych wyjaśnień stała się równie podstawą dla Izby w uznaniu, e nie została zaoferowana przez

tego wykonawcę za wykonanie wskazanych części zamówienia, cena ra ąco niska.

Nadto Izba wskazuje, e nie zostały przyjęte jako dowody w sprawie niewystąpienia ra ącej ceny oferty, dokumenty składane przez prZ.tępującego, a w szczególności opinia z dnia 14 października 2013 roku dot wyceny kosztów realizacji kontraktu dla sektorów I, II, IV, IX, X , gdy jak wy ej wskazano przedmiotem oceny Izby w tym zakresie, podlegają tylko wyjaśnienia które zostały przedło one zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego. Etap postępowania odwoławczego w zakresie rozpatrywania zarzutu wystąpienia w ofercie ceny ra ąco niskiej nie jest etapem na składanie nowych dowodów, mających potwierdzać prawidłowość zaoferowanej. Rozprawa nie mo e stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a stanowi ona ocenę zakończonej ju procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania ra ąco niskiej ceny.

Tym samym Izba przy ocenie czy doszło w toku postępowania o udzielenie zamówienia do naruszenia przepisów ustawy Pzp, poprzez dokonanie przez zamawiającego określonych czynności lub zaniechania czynności do których jest on zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, wzięła pod uwagę stan rzeczy na chwilę dokonania tych czynności lub z chwili w której zamawiający był zobowiązany ich dokonać.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zło onej przez konsorcjum FBSerwis S.A., pomimo e zło enie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzeda usług poni ej kosztów ich świadczenia, Izba nie uwzględniła tego zarzutu.

Odrzucenie oferty w tym zakresie jest uzasadnione wtedy, gdy zamawiający stwierdzi, e jej zło enie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, je eli zagra a interesowi lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
Izba biorąc pod uwagę ustalenia i rozstrzygnięcia co do braku wystąpienia ra ąco niskiej ceny w ofercie FBSerwis stwierdza, e bark jest w zaistniałych w sprawie okolicznościach mo liwości stwierdzenia, e zło enie oferty przez FBSerwis stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Rywalizacja cenowa pomiędzy wykonawcami stanowi element funkcjonowania podmiotów gospodarczych na rynku, z których ka dy ma prawo zaoferować swobodnie ustaloną cenę, która umo liwi mu wykonanie przedmiotu zamówienia, którego się podejmuje oraz zapewni mu mo liwość dalszego funkcjonowania na rynku. Odwołujący nie wykazał, e zaoferowanie przez wykonawcę ceny w takiej wysokości za wykonanie przedmiotu

zamówienia jest ceną dumpingową, utrudniającą innym wykonawcom mo liwość zło enia konkurencyjnej oferty.

Odnośnie kolejnej grupy zarzutów dotyczących kwestionowania przez odwołującego wykazania przez prZ.tępującego warunków udziału w postępowaniu, wskazać nale y, e odwołujący Remondis zakwestionował wykazane spełnianie warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, posiadania wymaganych uprawnień oraz posiadania odpowiedniego potencjału technicznego związanego równocześnie z zarzutem podania przez prZ.tępującego nieprawdziwych informacji.

W zakresie warunku wiedzy i doświadczenia odwołujący wskazał, e konsorcjum FBSerwis zło yło ofertę na części: I-III, VI, IX i X zamówienia, a zatem powinno wykazać się

odebraniem 82 000 Mg odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych lub niezamieszkałych w okresie następujących po sobie co najmniej 12 miesięcy.
Na potwierdzenie spełniania tego warunku Konsorcjum FBSerwis zło yło wykaz usług, składający się z trzech pozycji. Stwierdził, e usługi wskazane w trzech pierwszych pozycjach nie odpowiadają wymaganiom określonym ww. cytowanym postanowieniu SIWZ. W poz. 1-3 Konsorcjum FBSerwis wskazało usługi, w ramach których wykonywane były równie inne czynności (sprzątanie ulic) oraz odbierane były inne odpady komunalne, stąd nie jest mo liwe ustalenie, czy i w jakiej wartości odbierane były odpady komunalne oraz czy usługa w tym przedmiocie wykonywana była przez okres następujących po sobie 12 miesięcy. Równie z dołączonych do wykazu referencji wynika, e w zakresie wykonywanych w poz. 1-3 wchodziły ró ne czynności (nie tylko odbiór odpadów komunalnych).

Ponadto odwołujący wskazał, e prZ.tępujący nie wykazał i spełnia postawiony warunek udziału równie z tego powodu, e podmiot który udostępnia mu potencjał w tym zakresie nie będzie brał udziału w postępowaniu jako podwykonawca. Nadto powołując się na orzeczenia KIO wskazał i pojęcie „doświadczenie" wią e się jednoznacznie ze stroną praktyczną posiadanych umiejętności i nie stanowi dobra, które mo e być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa. Z tych te względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Tym samym konsorcjum FBSerwis nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na to, e nie wykazało, e dysponuje wiedzą i doświadczeniem CESPA Portugal S.A., wskazanym w poz. 4 Wykazu, a pozostałe usługi (poz. 1-3) nie spełniają wymagań Zamawiającego określonych w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na te zarzuty zamawiający wraz z prZ.tępującym wykazali, e pomimo tego i w wykazie usług w kolumnie *„przedmiot usług"* pojawiają się określenia wskazujące

na szerszy zakres czynności, w tym sprzątanie ulic, czy te odbiór odpadów innego rodzaju ni komunalne, to jednak w ka dej z tych trzech pozycji „przedmiot usługi" wskazuje, i zasadniczą jego częścią był odbiór odpadów komunalnych. Potwierdzają to równie załączone referencje.

Izba oceniając fakt, e wykonawca prawidłowo wskazał w tej kolumnie rzeczywisty przedmiot usługi świadczonej na podstawie kompleksowej umowy zawartej z podmiotem zlecającym te usługi oraz to, e zamawiający nie wymagał zaś w SIWZ, aby wykonawca musiał legitymować się doświadczeniem w odbiorze odpadów komunalnych zdobytym w ramach świadczenia usługi, której przedmiot nie obejmował adnych innych czynności, uznała e wykonawca FBSerwis wykazał się właściwym wolumenem wykazanych usług w odbiorze odpadów komunalnych aby spełnić postawiony w SIWZ warunek.

Odnośnie mo liwości udostępnienia prZ.tępującemu zasobów podmiotu trzeciego CESPA Portugal SA, bez udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia jako podwykonawcy Izba stwierdza, e nie mo na przyjąć zało enia, e udostępnienie wiedzy i doświadczenia winno nastąpić zawsze tylko w formie, kiedy podmiot udostępniający będzie bał udział w wykonywaniu zamówienia. Kwestie tą nale y indywidualizować, odnosząc ja do warunków wykonywania konkretnego zamówienia. Niewątpliwie najwa niejszą kwestią dla prawidłowego udostępnienia potencjału wykonawcy przez podmiot trzeci jest realność tego udostępnienia. Izba biorąc pod uwagę fakt, e przedmiotowe zamówienie nie jest zamówieniem skomplikowanym technicznie, obejmuje w większości wykonywania prostych wielokroć powtarzających się czynności, uznała e udział podmiotu trzeciego poprzez doradztwo i szkolenie personelu prZ.tępującego, jest wystarczającym sposobem na skuteczne(realne) przekazanie konsorcjum niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Zauwa yć nale y równie , e nie jest bez znaczenia fakt i prZ.tępującemu wiedzy i doświadczenia udziela spółka CESPA Portugal S.A., spółka nale ąca do grupy kapitałowej jednego z konsorcjantów prZ.tępującego.

Izba uznała za zasadne stanowisko zamawiającego i nie uwzględniła przywołanego w treści odwołania zarzutu dotyczącego braku posiadania przez wsZ.tkich członków konsorcjum zezwoleń na wykonywanie określonej działalności. Zarzut ten zawiera opis wymagań zamawiającego, jednak e nie zawiera konkretnego sformułowania zarzutu wobec

czynności zamawiającego. Zarzut powinien zawierać wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Wskazać nale y, e skład orzekający nie mo e samodzielnie z treści opisu wymagań zamawiającego postawionych w SIWZ wywodzić jakie czynności zamawiającego są kwestionowane przez odwołującego i jakie podnosi w tym zakresie ądania.

33

W zakresie następnego zarzutu dotyczącego dysponowania przez konsorcjum FBS odpowiednim potencjałem technicznym, odwołujący podniósł równie zarzut podania przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Odnośnie zarzutu braku dysponowania na dzień składania ofert pojazdami do odbioru i transportu odpadów odwołujący podniósł, e zamawiający wymagał dysponowania ju na etapie składania ofert pojazdami w celu realizacji przedmiotu zamówienia, to oznacza, e ka dy z wykonawców posiadaniem takich pojazdów winien się był wykazać. Nie chodziło tutaj o mo liwość prZ.złego potencjalnego wykonania przedmiotu zamówienia, ale dysponowanie, ju w dniu składania ofert, realną mo liwością wykonania zamówienia. Wykonawca wykazał się potencjałem w tym zakresie wskazując na pojazdy znajdujące się jeszcze na terytorium Hiszpanii, niezarejestrowane w Polsce, a więc nie mogą być w myśl przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2012 r., poz. 1265 ze zm.) wykorZ.tywane w Polsce do przewozu odpadów.

Odnosząc się do tego zarzutu Izba zauwa a, e postawienie warunków udziału w postępowaniu ma na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do nale ytego wykonania zamówienia, a nie konieczności wykazania przez wykonawcę, e na etapie składania ofert ju tym potencjałem dysponuje. Interpretacja tego warunku tak jak tego oczekuje odwołujący byłaby irracjonalna, gdy zmuszała by wykonawców, aby tak jak w tym przetargu, faktycznie posiadał 65 samochodów śmieciarek i to wykonawca składający ofertę ju niezale nie od tego czy otrzyma zamówienie do realizacji. Treść SIWZ dotycząca wymogu „dysponowania" winna być odczytywana jako *mo liwość u ycia czegoś,* a więc mo e to dotyczyć danej chwili jak i w prZ.złości. Innym zagadnieniem nie podniesionym wprost w zarzucie, ale i nie wyjaśnionym przez zamawiającego jest to, czy w przypadku podpisania umowy z prZ.tępującym będzie on w stanie w tak krótkim okresie przedmiotowe pojazdy przetransportować do Polski oraz dokonać na czas wsZ.tkich czynności związanych *z* dostosowaniem ich do obowiązujących przepisów, tak aby mogły być u yte do realizacji umowy. Powy szy zarzut w podniesionym w odwołaniu zakresie, jako nie znajdujący oparcia w przepisach prawa nie został uwzględniony przez Izbę.

W zakresie kolejnego zarzutu z grupy zarzutów niespełniania warunków udziału w postępowaniu, odwołujący wskazał na zaistnienie podstawy do wykluczenia wykonawcy FBSerwis z uwagi na niewykazanie dysponowania odpowiednią bazą transportowo-magazynową oraz zło enie nieprawdziwych informacji w tym zakresie.

Zamawiający w rozdziale 5 pkt 3 lit c) SIWZ wymagał, dla uznania, i dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie, dotyczącym dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, wykazania, e dysponuje on bazą magazynową – transportową, spełniającą wymagania określone w *rozporządzeniu Ministra* Środowiska *z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów*

34

---

komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 poz. 122),
Konsorcjum FB Serwis na str. 70 oferty, w wykazie wskazało bazę mieszczącą się przy ul. Wieruszowskiej 12-16 w Poznaniu, przedstawiając w tym zakresie zobowiązanie podmiotu trzeciego - firmy Elektromonta - Poznań S.A. do udostępnienia potencjału w postaci bazy magazynowo-transportowej. Na wezwanie zamawiającego wskazującego wątpliwości czy wskazana baza spełnia postawione wymagania, prZ.tępujący zło ył oświadczenie - potwierdzenie, e wskazana baza spełnia wsZ.tkie wymagania wskazane w § 2 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Odwołujący odnosząc się do tej kwestii podniósł, e oświadczenia zło one zarówno

przez Konsorcjum FBSerwis, jak i podmiot trzeci udostępniający bazę są nieprawdziwe, czego zamawiający miał świadomość, bowiem w dniu 2 września 2013 r. odwołujący poinformował go o fakcie niespełniania przez bazę wymagań odpowiedniego rozporządzenia Ministra Środowiska. Z oświadczenia podmiotu trzeciego Elektromonta Poznań S.A. z dnia 10 września 2013 r. wynikało, e przedmiotowa baza zapewnia powierzchnię na miejsca składowania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, podczas gdy zamawiający wymagał potwierdzenia, e baza wyposa ona jest w miejsca magazynowania odpadów. Istotnym jest, e zapewnienie powierzchni na magazynowanie, nie oznacza jeszcze dysponowania takimi miejscami, które muszą spełniać wymagania dotyczące zbierania odpadów, określone przepisami prawa. Dodatkowo odwołujący podał, e mając świadomość i wskazana baza magazynowo- transportowa nie spełnia wymogów rozporządzenia, to dla potwierdzenia tego faktu i wykazania tej niezgodności wystąpił pismem z dnia 06.09.2013 r. do Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Poznaniu (dalej WIOŚ) z wnioskiem o zbadanie, czy baza ta spełnia ww. wymagania. Pismem z dnia 26 września 2013 r. WIOŚ w Poznaniu jednoznacznie stwierdził, e „teren przy ul. Wieruszowskiej 12-16 nie jest prZ.tosowany do spełniania funkcji bazy magazynowo- transportowej. której posiadanie i odpowiednie wyposa enie jest wymagane od podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości i nie spełnia wymagań zawartych w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122)". Dodatkowo w tym piśmie WIOŚ w Poznaniu stwierdził, i podczas kontroli okazano mu jedynie „List intencyjny" z dnia 21.06.2013 r. pomiędzy Elektromonta -Poznań S.A. a Przedsiębiorstwem Wielobran owym AGORA Sp. z o.o. w sprawie zamiaru wynajmu przedmiotowego terenu. Zdaniem odwołującego podpisanie takiego Listu intencyjnego przez członka konsorcjum nie mo e być to same z posiadaniem przez niego tytułu prawnego do przedmiotowej bazy. Jednocześnie wskazał, e biorąc pod uwagę zało one przez zamawiającego magazynowanie odpadów selektywnie gromadzonych na terenie bazy

magazynowo-transportowej oznaczało, i FBSerwis winno posiadać stosowne zezwolenie na zbieranie odpadów na tej nieruchomości (stanowiącej bazę magazynowo-transportową)

Odwołujący odnosząc się do powy szego stwierdził e konsorcjum FBSerwis zło yło nieprawdziwe informacje co do dysponowania bazą spełniającą wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz wymagania określone w SIWZ. Informacje te mają charakter obiektywnie nieprawdziwych i zostały zło one w celu uZ.kania zamówienia, a zatem mają wpływ na wynik postępowania.

Izba wskazuje, e dodatkowo w sprawie bazy odwołujący zło ył protokół z dokonanej wizji lokalnej z dnia 11.10.2013 roku z którego ma wynikać, e przedmiotowa baza nie spełnia wymagań z § 2 rozporządzenia Ministra Środowiska.

Podobny protokół – notatkę, z oględzin przedmiotowej bazy magazynowo-transportowej z dnia 07.10.2013 roku zło ył zamawiający. W oparciu o dokonane ustalenia zamawiający wywodził i przedmiotowa baza spełnia wymagania przepisów ww. rozporządzenia i postanowień SIWZ, a ponadto dodał, e z ustaleń w trakcie dokonanych oględzin wynika i „mycie *i dezynfekcja pojazdów oraz konserwacja i naprawa pojazdów będą realizowane przez firmy zewnętrzne poza terenem bazy",* nie dokonując w tym zakresie ustaleń, co do spełnienia wymagań SIWZ w tym zakresie.

Zamawiający i prZ.tępujący odnosząc się do tego zarzutu podnosili w szczególności zarzuty do pism WIOŚ twierdząc i nie jest prawdą i przedmiotowa baza nie spełnia wymogów przewidzianych w cyt. rozporządzeniu Ministerstwa Środowiska Ponadto pisma te nie mogą stanowić zostały one wydane bez adnego dowodu w tej sprawie poniewa podstawy prawnej i z naruszeniem obowiązujących przepisów, a działanie pracowników WIOŚ w tej sprawie było sprzeczne z prawem. Nadto zamawiający wskazał, e działania WIOŚ polegały na wzrokowym oglądzie przedmiotowej nieruchomości, przeprowadzonym bez zgody i współpracy właściciela terenu. Jego wątpliwość budziła równie sama prawidłowość rozpoznania bazy magazynowo-transportowej, gdy według zamawiającego kontrola to została dokonana spoza terenu bazy, gdy pracownicy WIOŚ nie zostali wpuszczeni na jej teren.

Izba dokonując oceny zasadności przedmiotowego zarzutu powzięła powa ne wątpliwości czy w świetle pism WIOŚ przedmiotowa baza spełnia wymagania ww.

rozporządzenia, oraz czy składane w tym zakresie oświadczenia konsorcjum FBSerwis wykazują spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu. Wskazać nale y, e w sprawie zostały zło one trzy pisma WIOŚ, dwa przez odwołującego tj. z 26 września 2013 roku oraz z 15 października 2013 roku w którym to piśmie WIOŚ odniósł się do zarzutów zamawiającego co do legalności przeprowadzonej kontroli- wizji lokalnej oraz pismo z dnia 8 października 2013 roku skierowane przez WIOŚ do zamawiającego.

36

Przechodząc do treści przedmiotowych pism stwierdzić nale y, e w piśmie z dnia 26 września 2013 roku, którego kopię odwołujący przekazał zamawiającemu, WIOŚ stwierdził, e „Wojewódzki *Inspektorat Ochrony* Środowiska *w Poznaniu informuje, i dokonał wizji na terenie wskazanej we wniosku bazy magazynowo-transportowej (…). Od przedstawiciela przedmiotowej firmy uZ.kano informację, e na wskazanym terenie nie jest prowadzona działalność przez adną z we wniosku firm tj. FBSerwis S.A., wymienionych Przedsiębiorstwo Wielobran owe AGORA Sp. z o.o. oraz CESPA, Compania de Servicios Publicos Auxiłiares S.A. Inspektorom przedstawiono do wglądu tylko „List Intencyjny" z dnia 21.06.2013 r. pomiędzy Elektromonta -Poznań S.A., a Przedsiębiorstwem Wielobran owym AGORA Sp. z o.o. w sprawie zamiaru wynajmu przedmiotowego terenu.*

Teren przy ul. Wieruszowskiej 12-16 nie jest prZ.tosowany do spełniania funkcji bazy magazynowo-transportowej, której posiadanie i odpowiednie wyposa enie jest wymagane od podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości i nie spełnia wymagań zawartych w rozporządzeniu Ministra Środowiska *z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U z 2013 r., poz. 122").*

Po przekazaniu WIOŚ przez odwołującego uwag co do sposobu przeprowadzenia kontroli bazy, podnoszonych przez zamawiającego, WIOŚ w piśmie z dnia 15.10.2013 roku stwierdził, e w trakcie kontroli w dniu 12 września 2013 roku *„w dziale administracyjnym | Spółki „Elektromonta -Poznań S.A." (właściciela terenu przy ul. Wieruszowskiej 12-16) * przedstawiono inspektorom do wglądu „List Intencyjny" z dnia 21.06.2013 r., w którym Przedsiębiorstwo Wielobran owe AGORA Sp. z o.o. wyraziło chęć wynajmu przedmiotowego terenu, na dowód, e przedmiotowy teren jest w zainteresowaniu jednej z w/w firm. Inspektorom WIOŚ wskazano równie teren prawdopodobnej lokalizacji prZ.złej bazy magazynowo-transportowej wymaganej dla prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych (teren przy bramie wjazdowej do firmy „Elektromonta - Poznań S.A.", naprzeciw głównego biurowca), jako teren wolny do zagospodarowania. Wizja wskazanego miejsca potwierdziła, i miejsce to nie jest bazą o jakiej mowa w j rozporządzeniu Ministra* Środowiska *z dnia 11 stycznia 2013 r., bowiem nie ma tam wymaganej infrastruktury, w tym wydzielonych miejsc do magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, z zabezpieczeniem przed działaniem czynników atmosferycznych. (….)zakład nie posiada pozwolenia wodno-prawnego na odprowadzanie wód opadowych i roztopowych do Kanału Junikowskiego, a zgodnie z § 2 ust. 3 pkt 4 ww rozporządzenia baza musi te spełniać wymagania właściwego zagospodarowania wód opadowych i* ścieków *przemysłowych pochodzących z jej terenu zgodnie z przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r., poz. 145 z późn. zm.)".*

37

Izba odnosząc się do powy szego pisma stwierdza, e pisma WIOŚ są dokumentami urzędowymi wydany przez właściwy organ w sprawie mieszczącej się w zakresie jego kompetencji. Wskazać nale y równie , e dokumentem urzędowym jest dokument sporządzony w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania. Dokument urzędowy stanowi dowód tego, co zostało w nim urzędowo stwierdzone przez upowa niony do jego sporządzenia organ w zakresie jego działalności, korZ.ta z domniemania prawdziwości oraz zgodności z prawdą tego, co zostało w nim urzędowo stwierdzone. Jakkolwiek domniemania te mogą być obalone, to jednak z tych ww. względów dokument urzędowy jest najbardziej wiarogodnym środkiem dowodowym.

Cię ar obalenia domniemania prawdziwości dokumentu urzędowego, jakimi są przedmiotowe pisma spoczywa na osobie zainteresowanej obaleniem jego treści i

wskazanego domniemania. Dopóki dokument urzędowy jest w obrocie stanowi dowód tego, co zostało w nim urzędowo stwierdzone oraz korZ.ta z ww. domniemań. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, i negatywna ocena przez zamawiającego aktu administracyjnego wydanego przez uprawniony organ (WIOŚ), podnoszenie ewentualnych (nie przesądzając o ich zasadności) wad prawnych i niezgodności z ustawą nie dyskwalifikuje ustaleń WIOŚ. Dla tego rodzaju konstatacji, niezbędne jest wyczerpanie właściwej procedury przewidzianej w przepisach prawa administracyjnego. W tym kontekście, za pozostającą bez znaczenia dla ustalenia spełniania wymogów przez przedmiotową bazę, nale ało uznać składaną przez odwołującego notatkę, której treść musi ustąpić mocy dowodowej nadanym dokumentom urzędowym, wydanym przez właściwe organy i w celu zweryfikowania zgodności działania podmiotu, prowadzącego działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Wskazać nale y równie , e nie ma mocy prawnej oświadczenie zawarte w notatce zło onej przez zamawiającego o tym i mycie i dezynfekcja pojazdów nie będzie miała miejsca na terenie omawianej bazy, gdy przeczy temu stanowisko prZ.tępującego zło one w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 11 września 2013 roku gdzie prZ.tępujący oświadczył /bez wyłączeń/, e przedmiotowa baza spełnia wsZ.tkie wymagania z § 2 rozporządzenia Ministra Środowiska. W oświadczeniu tym nie wskazano, e z terenu bazy prZ.tępujący będzie korZ.tał w ograniczonym zakresie, a ponadto ustalenia wymaga czy ta ewentualna „druga *baza podmiotu zewnętrznego"* spełnia równie przedmiotowe wymagania. Wyjaśnienie wykonawcy z dnia 11 września 2013 roku stanowi treść oferty, zostało podpisane przez pełnomocnika wykonawcy FBSerwis, natomiast przedmiotowa notatka takim dokumentem nie jest, gdy nie została podpisana przez osobę upowa nioną ze strony prZ.tępującego.

Zwrócić uwagę nale y równie na fakt braku pozwolenia wodno-prawnego na odprowadzanie wód i ścieków z terenu bazy. Argumentacja zamawiającego podana podczas rozprawy, jakoby stwierdzony w trakcie wizji lokalnej bazy, fakt istnienia kratek – kanałów ściekowych w terenie, jest wystarczającym dla spełnienia wymagań § 2 pkt 2 ppkt4 cyt. rozporządzenia Ministra Środowiska jest argumentem niezasługującym na uwzględnienie przez Izbę. Zgodnie z art. 122 ustawy z dnia 18 lipca 2001 roku prawo wodne (tj. Dz. U. z 2012 r., poz. 145 ze zm.) pozwolenie wodno-prawne jest wymagane **na** szczególne korZ.tanie z wód (w tym m.in. pobór oraz odprowadzanie wód powierzchniowych lub wprowadzanie ścieków do wód lub do ziemi).
Dopóki nie zostanie ono dla danego zakładu wydane nie jest mo liwe zgodnie z prawem korZ.tanie z istniejącej na gruncie instalacji kanalizacyjnej.

Nadto nie został wyjaśniony sposób - forma dysponowania bazą o jakiej mowa w rozdziale 5 pkt 3 lit. c) SIWZ. Zgodnie z tym postanowieniem wykonawca winien wykazać się dysponowaniem bazą magazynowo- transportową. Natomiast podpisany list intencyjny w tej sprawie jest tylko pisemną, wstępną deklaracją zamierzeń dotyczących prZ.złych działań podmiotów gospodarczych.

Zestawiając powy sze ustalenia, z treścią pisma WIOŚ z dnia 08.10.2013 roku skierowanego do zamawiającego, dotyczącego ustaleń co do stanu bazy magazynowo-transportowej w którym trochę odmiennie ni w pozostałych dwóch pismach stwierdzono, *e rozpoznanie sprowadzało się do wizji wskazanego miejsca tylko w takim zakresie, w jakim mo na było tego dokonać bez zgody właściciela terenu,* Izba uznała, e trudno na tym etapie jednoznacznie przesądzić, czy przez inspektorów WIOŚ został na pewno poddany kontroli teren na którym ma znajdować się baza magazynowo transportowa wykonawcy FBSerwis. Uzasadnia to w szczególności sytuacja, e inspektorzy jak to wynika z treści pisma nie mieli dostępu do całego 9 hektarowego terenu bazy. Dlatego te niezbędne jest szczegółowe wyjaśnienie tej kwestii przez zamawiającego.
Tym samym w sprawie, zdaniem Izby zaistniały uzasadnione wątpliwości w zakresie czy wskazana baza magazynowo transportowa spełnia postawione przez zamawiającego wymagania. Zgodnie z wymogiem art. 26 ust.4 ustawy Pzp oraz utrwaloną linią orzeczniczą, nie jest dopuszczalne nakazanie wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, przed umo liwieniem wykonawcy udzielenia wyjaśnień zamawiającemu w tym zakresie. Cię ar udowodnienia przesłanek wykluczenia spoczywał na odwołującym. W ocenie Izby, nie mo na uznać, e odwołujący

udowodnił, e baza magazynowo transportowa wskazana przez Konsorcjum FB Service nie spełnia wymagań zamawiającego. Twierdzenia odwołującego oparte na dokumencie urzędowym - piśmie WIOŚ z 08 października 2013 roku nie znajdują potwierdzenia w innym dokumencie urzędowym pochodzącym od tego organu z dnia 26 września 2013 roku oraz z

15 października2013 roku. Tezy z protokołu z wizji dokonanej przez odwołującego są niespójne ze stanem rzeczy wynikającym z protokołu zło onego przez zamawiającego.

Dlatego te Izba nakazała zamawiającemu dokonanie wezwania wykonawcy e przedmiotowa baza FBSerwis do zło enia wyjaśnień, mających na celu wykazanie, spełnia postawione w SIWZ wymagania.

Wyjaśnienia, które zamawiający powinien uZ.kać o wykonawcy powinny obejmować co najmniej kwestie dotyczące podstawy do dysponowania bazą, mo liwość wprowadzania ścieków i wód gruntowych z terenu bazy do sieci kanalizacyjno- burzowej, zakresu w jakim przedmiotowa baza będzie wykorZ.tywania przez wykonawcę itp. Czyli zamawiający winien ustalić czy przedmiotowa baza w zakresie w jakim będzie z niej korZ.tał wykonawca FBSerwis spełnia wymagania §2 ust 2 i 3 cyt. wielokrotnie rozporządzenia Ministra Środowiska.

Podkreślenia wymaga, e postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem opartym na dokumentach i oświadczeniach wykonawcy. Jednak e je eli zamawiający poweźmie wątpliwości co do prawdziwości danych zawartych w tych dokumentach czy oświadczeniach, to biorąc pod uwagę obowiązującą go zasadę staranności, winien wyjaśnić, czy podniesione zastrze enia są zasadne.

Izba nakazując zamawiającemu uniewa nienie czynności wyboru najkorZ.tniejszej oferty i wezwanie wykonawcy FBSerwis do zło enia wyjaśnień, wskazuje i powy sze orzeczenie nie uchybia prawu zamawiającego do dalszych działań w kierunku wyjaśnienia ewentualnych innych wątpliwości wynikających z dokonanych ustaleń w trakcie ponownego badania i oceny ofert.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego bazy magazynowo- transportowej, dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu niewykluczenia wykonawcy FBSerwis za podanie nieprawdziwych informacji w tym zakresie, wskazać nale y, e interpretacja powy szego przepisu, w zakresie mo liwości wykluczenia wykonawcy z postępowania, winna być dokonywana w myśl Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z obowiązkiem państw członkowskich UE, przepisy prawa krajowego Państwa Członkowskiego muszą uwzględniać przepisy prawa wspólnotowego. Przepis art. 45 ust. 2 lit. g) w/w Dyrektywy stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazując jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy w zło eniu nieprawdziwych informacji. Stanowi on bowiem, e z udziału w zamówieniu mo na wykluczyć ka dego wykonawcę, który „jest *winny powa nego wyprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji".*

Ocena, czy błąd ma charakter powa ny, czy te nie nale y do zamawiającego, który powinien dokonać jej oceny na podstawie obiektywnych czynników.

Stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wyklucza się wykonawców, którzy zło yli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Dla dokonania wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu nie jest wystarczające wykazanie nieprawdziwości przekazanych informacji. Dla zaistnienia przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest dodatkowo wykazanie przez zamawiającego, e w danych okolicznościach zło enie nieprawdziwych informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Tym samym zamawiający oceniając dokonane ustalenia mo e wykluczyć wykonawcę z postępowania tylko wtedy gdy nabędzie pewność co tego, e zło enie nieprawdziwych informacji było wynikiem celowego i zamierzonego działania wykonawcy i ponadto te informacje mają lub mogą mieć wpływ na

wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Przyjęcie, jak to czyni odwołujący i wsZ.tkie informacje składane są przez wykonawcę w celu uZ.kania zamówienia ex definitione są informacjami, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania jest niedopuszczalne, gdy stoi to w sprzeczności z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, Ustawodawca wyraźnie wskazał, e muszą być to nie jakiekolwiek informacje nieprawdziwe, ale informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Musi więc istnieć obiektywna zale ność pomiędzy podaniem nieprawdziwych informacji a wynikiem postępowania.

Nie jest dopuszczalne przyjęcie zało enia i podanie przez wykonawcę oświadczeń wiedzy nie wykazujących spełniania warunku udziału w postępowaniu, mo e być w ka dym przypadku uto samiane z nieprawdziwą informacją mającą wpływ na jego wynik. Przepis art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. nie mo e w takiej sytuacji zastosowania, gdy niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu / art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pz.p./ stanowi odrębną podstawę wykluczenia. Za taką wykładnią art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. przemawia tak e brzmienie art. 25 p.z.p., który oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawców dzieli na potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu i wymagań określonych przez zamawiającego.

Odwołujący nie wykazał, e prZ.tępujący w sposób celowy i zamierzony zło ył nieprawdziwe informacje, a te miały wpływ na wynik postępowania. Działaniu wykonawcy nie mo na zarzucić woli celowego wprowadzenia w błąd zamawiającego. Wynika to tak e z tego orzeczenia Izby, gdy Izba nie stwierdziła na tym etapie postępowania podstawy do wykluczenia FBSerwis z powodu niespełnienia warunków udziału w wykonawcy postępowaniu, lecz uznała, e w tej kwestii występuje wiele wątpliwości, a te przed wyborem najkorZ.tniejszej oferty winny one zostać przez zamawiającego wyjaśnione.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust 1 i 3 ustawy, zgodnie z tym przepisem wsZ.cy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza, by wsZ.tkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny zło onych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert, a zamawiający nie czynił adnych odstępstw i ró nic w podejściu do oceny ofert poszczególnych wykonawców.
Odwołujący nie wykazał, e zamawiający w sposób nieuzasadniony faworyzował jednych wykonawców, a oferty innych w tym samym zakresie oceniał odmiennie pomimo posiadania wiedzy w tym zakresie. Tym samym zarzut ten z powodu niewykazania podstaw do jego uwzględnienia został przez Izbę oddalony.

Odnosząc się do całości zarzutów rozpatrywanych przez Izbę w tym postępowaniu zwrócić uwagę nale y równie na fakt i Izba nie została powołana do badania zaistnienia prawdy obiektywnej, lecz do oceny prawidłowości czynności zamawiającego w zakresie podniesionych przez odwołującego zarzutów, biorąc pod uwagę ich treść i kwestionowany zakres czynności zamawiającego.

Wskazać nale y, e postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów mających potwierdzać zasadność zarzutów odwołania. Cię ar dowodu, zgodnie z art. 6 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Izba nie ma prawa zastępowania stron w wypełnianiu tego obowiązku, gdy mogło by to naruszać zasadę równości stron w postępowaniu (wyrok Sądu Najwy szego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwy szego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11). Jej rolą jest zadbać o to, aby powy sze reguły postępowania obowiązujące przy rozpatrywaniu odwołań zostały zachowane.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, je eli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mo e mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wy ej względów – miało- w zakresie bazy magazynowo-transportowej, miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powy sze rozwa ania 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,.

42

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 ppkt 2 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 …….
Członkowie: ……
……...

43