

WYROK
z dnia 16 czerwca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Luiza Łamejko

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jacka Wieczorka prowadzącego działalności gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy "Konservacja Terenów Zielonych - Jacek Wieczorek", 41-933 Bytom, ul. Władysława Łokietka 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Bytom- Miejski Zarząd Dróg i Mostów, 41-902 Bytom, ul. Smolenia 35** protestu z dnia 4 maja 2009 r.

przy udziale **Zakładu Oczyszczania Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” Bożena Strach i Waldemar Strach Spółka jawna, 42—274 Konopiska, ul. Spółdzielcza 1/1** oraz **Waldemara Stracha prowadzącego działalności gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta, 42—274 Konopiska, ul. Spółdzielcza 1/1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Jacka Wieczorka prowadzącego działalności pod nazwą Zakład Usługowy "Konservacja Terenów Zielonych- Jacek Wieczorek" 41-933 Bytom, ul. Władysława Łokietka 4

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Jacka Wieczorka prowadzącego działalności pod nazwą Zakład Usługowy "Konservacja Terenów Zielonych- Jacek Wieczorek", 41-933 Bytom, ul. Władysława Łokietka 4,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jacka Wieczorka prowadzącego działalności pod nazwą Zakład Usługowy "Konservacja Terenów Zielonych- Jacek Wieczorek", 41-933 Bytom, ul. Władysława Łokietka 4.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „bieżące utrzymanie czystości i konserwacja zieleni na terenie miasta Bytomia w roku 2009”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 lutego 2009 r., w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod nr 2009/S 31-045603.

W dniu 4 maja 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec zaniechania wykluczenia:

Zakładu Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO–SYSTEM” Bożena Strach i Waldemar Strach Spółka Jawna (dalej EKO–SYSTEM) oraz Konsorcjum firm: ALBA ekoseriws Sp. z o.o., „JOKER” Kubica, Leksowski, Mosińska Sp. j. oraz zaniechania odrzucenia oferty EKO - SYSTEM, zarzucając naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), dalej ustawa Pzp, tj. art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 7 ust. 1 i 3, art. 2 ust. 5, art. 89 i żądając:

2

unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w rejonie I, VI oraz rozważenia unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w rejonie III, IV, V, VIII, powtórzenia czynności badania ofert, wykluczenie wskazanych wykonawców z postępowania, dokonania wyboru oferty Odwołującego się, jako najkorzystniejszej, w rejonie I i VI.

W uzasadnieniu Odwołujący się podnosi, iż EKO-SYSTEM podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z cz. III SIWZ, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. posiadają aktualną umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, na kwotę co najmniej 100.000 zł. Potwierdzeniem tego wymogu winna być polisa, a w przypadku jej braku, inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, w zakresie prowadzonej działalności. Tymczasem w ofercie EKO-SYSTEM, na stronach 327-364, znajduje się polisa innego podmiotu, a mianowicie Prywatnego Zakładu Oczyszczania Miasta Waldemar Strach. Wskazany w polisie podmiot legitymuje się numerem NIP 573-025-01-66 oraz numerem REGON: 150040693. Numery te są przypisane do firmy Prywatnego Zakładu Oczyszczania Miasta Waldemar Strach. Kopię załączonej polisy również można znaleźć w ofercie Prywatnego Zakładu Oczyszczania Miasta Waldemar Strach, która została złożona w ofercie na rejon I, na stronach 369-412. Brak polisy wystawionej na firmę EKO-SYSTEM oznacza, że wykonawca nie dołączył wymaganych dokumentów, co stanowi podstawę do wykluczenia tego wykonawcy.

Przedłożona przez wykonawcę decyzja, zezwalająca na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wydana przez Prezydenta Miasta Bytomia na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu w czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2005 r., Nr 236, poz. 2008 ze zm.) nie potwierdza, że wykonawca ten dysponuje sprzętem, który pozwala zgodnie z wydaną decyzją, przystąpić do realizacji zamówienia. W SIWZ Zamawiający wymagał, by wykonawca ubiegający się o zamówienie wykazał się, że posiada stosowne uprawnienia potrzebne do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz że dysponuje niezbędnym potencjałem technicznym do ich wykonania. W cz. III ppkt 2 SIWZ Zamawiający ustalił, że wykonawca powinien posiadać decyzję zezwalającą na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wydaną przez Prezydenta Miasta Bytomia na podstawie wskazanej ustawy. W ofercie omawianego wykonawcy znajduje się taka decyzja na stronach 101-116. W decyzji tej (strona 111 oferty) Prezydent Miasta Bytomia w pkt 11 zastrzegł, że "wykonywanie działalności może odbywać się tylko przy użyciu specjalistycznych samochodów o numerach: SCZ W657, CES 0884, SCZ W656, CES 5618, CES 0776, CEK 9202, CEK 9117, SCZ 36ES, CES 7614, SCZ 20GJ, SCZ 42NU, SCZ 04MW". Prezydent Miasta wydając decyzję wymagał, by wymienione w niej pojazdy służyły do realizacji obsługiwanych na terenie Gminy kontraktów. Zastrzeżenie to wprowadzono do decyzji, by wykonywanie działalności odbywało się specjalistycznym

3

sprzętem, spełniającym wymagania ochrony środowiska oraz określone przepisami standardy sanitarne. śaden z wymienionych pojazdów z "Wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń" - załącznik nr 17 do SIWZ (str. 197 oferty), nie figuruje w decyzji AKI.0154/11/20/0S, która została załączona do oferty i która uprawniałaby do realizacji kontraktów. Wykazane w decyzji samochody to pojazdy specjalistyczne i śmieciarki. Zamawiający w zakresie postawionych warunków nie oczekiwał śmieciarek a dwóch zamiatarek ssących lub elewatorowych, zamiatarek chodnikowych, samochodów dostawczych i takie też pojazdy zamieszczono w wykazie. Jednak decyzja na odbieranie odpadów takich pojazdów nie obejmuje, co oznacza, że wykonawca ten nie posiada zakwalifikowanego tą decyzją sprzętu, który mógłby zgodnie z przepisami o ochronie środowiska, spełnić stawiane wymagania i uprawniał go do świadczenia takiej działalności.

Odwolujący się zwraca również uwagę, że np. pojazd SCZ 42 NU wykazany jako samochód specjalistyczny w decyzji firmy EKO-SYSTEM figuruje również w decyzji firmy Prywatnego Zakładu Oczyszczania Miasta Waldemara Stracha zawartej w ofercie na rejon 1, na stronie 47, a zatem żaden z ww. Wykonawców nie może swobodnie dysponować tym pojazdem.

Wykonawca podlega również wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ w przedstawionej ofercie złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W swojej ofercie na stronie 12 - załącznik nr 14 do SIWZ, wykonawca oświadczył m. in. że: posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, oraz dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Ponadto Wykonawca ten w formularzu ofertowym na stronie 11 złożył zobowiązanie, że zamierza wykonać całość zamówienia samodzielnie. Oferta tego przedsiębiorcy nie zawiera również żadnego pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępniania temu przedsiębiorcy osób zdolnych do wykonania zamówienia w całości lub w części. W SIWZ Zamawiający wymagał, by przyszły wykonawca dysponował m. in. jedną osobą z ukończonym kursem w zakresie stosowania środków ochrony roślin. W przedłożonym do oferty wykazie, wskazano p. Monikę Sojkę, jako osobę posiadającą ukończony kurs w zakresie stosowania środków ochrony roślin. W tym względzie złożone oświadczenie jest nieprawdziwe, ponieważ załączone do oferty na stronie 221 zaświadczenie nr 322/11/06 o ukończeniu szkolenia przez p. Monikę Sojkę poświadczają, że była ona słuchaczem szkolenia w zakresie obrotu i konfekcjonowania środków ochrony roślin, co pozwala na obrót i konfekcjonowanie środkami ochrony roślin, a nie ich praktyczne stosowanie. Przedłożone zaświadczenie wręcz potwierdza, że p. Monika Sojka nie była uczestnikiem szkolenia w zakresie stosowania środków ochrony roślin sprzętem naziemnym, sprzętem agrolotniczym czy metodą fumigacji. Szkolenia w zakresie stosowania środków ochrony roślin na załączonym do oferty zaświadczeniu są wykreślone przez organizatora kursu. Złożone więc oświadczenie w trybie art. 22 ustawy Pzp, jak

4

również oświadczenie zawarte na stronie 199 oferty, w zakresie posiadania niezbędnych uprawnień do realizacji określonych w zamówieniu czynności i dysponowania wymaganym personelem zdolnym do wykonania zamówienia, jest nieprawdziwe.

W ofercie na stronie 12 - załącznik nr 14 do SIWZ, wykonawca oświadczył m. in. że posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, dysponuje potencjałem technicznym, dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Ponadto, w formularzu ofertowym na stronie 11, złożył zobowiązanie, że zamierza wykonać całość zamówienia samodzielnie. Oferta tego przedsiębiorcy nie zawiera również żadnego pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępniania temu przedsiębiorcy potencjału technicznego, czy też osób zdolnych do wykonania zamówienia w całości lub w części. Po pierwsze, dokumentem który świadczy o nieprawdziwym oświadczeniu zawartym na stronie 12 oraz 199-201 oferty w zakresie dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia jest umowa zlecenie ze strony 313, zawarta z p. Romanem Morawcem. Z przedmiotowej umowy wynika, że wskazana osoba była do dyspozycji firmy EKO-SYSTEM, jedynie do dnia 25.02.2009 r. Oznacza to, że wskazując p. Romana Morawca, w wykazie osób, którymi dysponuje firma EKO-SYSTEM w dniu 01.04.2009 r. oświadczono, być może nieprawdę. Po drugie, w formularzu ofertowym na stronie 11 oferty, właściciele firmy EKO-SYSTEM złożyli deklarację, że zobowiązują się wykonać samodzielnie całość zamówienia. Jednak z analizy innych materiałów w prowadzonym postępowaniu, związanych ze złożonym oświadczeniem o dysponowaniu odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wynika, że część tych osób jest w dyspozycji różnych przedsiębiorców. Wykonawca w swojej ofercie, na stronach 199-201, oświadczył, że wykona zamówienie przy udziale wskazanych w wykazie osób. Wykazał, że dysponować będzie p. Przemysławem Huskiewiczem i p. Arturem Nużyńskim. Ci sami pracownicy zostali wykazani w ofercie Prywatnego Zakładu Oczyszczania Miasta Waldemara Stracha. Przedmiotową informację można powziąć z oferty złożonej przez tego przedsiębiorcę w niniejszym postępowaniu na rejon 1, ze strony 217. Również w tej ofercie, p. Waldemar Strach oświadczył, że ludzie ci będą wykonywać zamówienie, o które on się ubiega. W przypadku realizacji obu tych zamówień, w tym samym terminie, nie jest możliwe pełne dysponowanie tymi samymi pracownikami, przez różnych przedsiębiorców, bez ich współdziałania. Oferty przedsiębiorców EKO-SYSTEM i Prywatny

Zakład Oczyszczania Miasta Waldemara Stracha nie zawierają również żadnego pisemnego zobowiązania o udostępnieniu wzajemnym osób zdolnych do wykonania zamówienia. W tym świetle, złożone oświadczenie o samodzielnym wykonaniu całości zamówienia oraz o dysponowaniu odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest nieprawdziwe, ponieważ zatrudniany personel wskazano w dwóch ofertach. Po trzecie, w formularzu ofertowym na stronie 11 właściciele firmy EKO-SYSTEM złożyli deklaracje, że

5

zobowiązują się wykonać samodzielnie całość zamówienia. Oferta tego przedsiębiorcy nie zawiera również żadnego pisemnego zobowiązania innych podmiotów o udostępnianiu temu przedsiębiorcy w części lub w całości wykazanego w ofercie potencjału technicznego. Oferta tego wykonawcy nie potwierdza, by dysponował on potencjałem technicznym samodzielnie. Wykazane przez niego w ofercie techniczne środki łączności takie jak telefon, fax, e-mail, czy siedziba firmy, są wykorzystywane wspólnie z innym podmiotem, a mianowicie Prywatnym Zakładem Oczyszczania Miasta Waldemara Stracha. W tym zakresie, w obu ofertach, nie wykazano żadnych alternatywnych rozwiązań, co oznacza, że te środki techniczne są wspólne dla obu przedsiębiorców. W tym względzie należy uznać również, że obsługujący ten potencjał techniczny pracownicy nie dysponują nim samodzielnie, a wspólnie w imieniu obu przedsiębiorców. Dla wyników prowadzonego postępowania i realizacji zamówienia oznacza to, że ze środków tych korzystają ci sami pracownicy. Nie wydaje się być możliwe by jeden numer telefonu można było rozdzielić na dwóch przedsiębiorców w taki sposób, by uznać za prawdziwe twierdzenie, że każdy z tych przedsiębiorców dysponuje tym potencjałem technicznym samodzielnie. W przyszłości będzie więc jeden punkt dyspozytorski, jeden dyspozytor, jeden punkt informacyjny, jeden sekretariat, jedno zaplecze techniczne itd. Nie można więc uznać, że zamówienie zostanie wykonane samodzielnie. Zobowiązanie - oświadczenie o samodzielnym wykonaniu zadania, jest nieprawdziwe, a nawet absurdalne. Ponadto, również inne środki techniczne wykorzystywane są przez obu wskazanych przedsiębiorców wspólnie, jak również przez ich wspólnych pracowników. W decyzji zezwalającej na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wydanej przez Prezydenta Miasta Bytomia można wskazać pojazd o nr SCZ 42NU, która występuje wspólnie w decyzjach u obu przedsiębiorców. Wspólny majątek przedsiębiorstw został wykorzystany do wydania decyzji. Firma EKO-SYSTEM wykazała ten pojazd na stronie 111 oferty, a firma Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta Waldemara Stracha, na stronie 47 oferty, złożonej na rejon 1. "Wykazy niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń jakimi dysponuje wykonawca" również zawierają pozycje sprzętowe, które mogą być tożsame dla obu przedsiębiorców, co oznacza, że złożone przez nich deklaracje i oświadczenia, co do dysponowania w sposób samodzielny potencjałem technicznym są nieprawdziwe. Informacje te mają niewątpliwie wpływ na wynik postępowania. Dyspozycja art. 26 ust 3 ustawy Pzp, pozwala Zamawiającemu na zwrócenie się do wykonawców, by ci w określonym terminie uzupełnili wymagane przez Zamawiającego oświadczenia lub dokumenty. Przy czym jest to możliwe wtedy, gdy dokumenty nie zostały złożone w ogóle albo gdy zawierały błędy. Niestety nieprawdziwe oświadczenia nie podlegają tej procedurze, jakiegokolwiek uzupełnianie tych oświadczeń prowadziłoby do ich zmiany.

6

Oferta wykonawcy EKO-SYSTEM powinna zostać odrzucona, ponieważ jej złożenie może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W omawianym postępowaniu poza wskazaną firmą, ofertę złożył przedsiębiorca Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta Waldemara Stracha. Analiza obu tych ofert potwierdziła, że obie zostały podpisane przez p. Waldemara Stracha co oznacza, że dysponował on informacjami co do ich zakresu prac i cen w nich zastosowanych. Ustawa z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (DZ. U. z 2007 r., Nr 50, poz. 331 ze zm.), dalej u.o.k.k., w art. 6 ppkt. 7 zakazuje porozumień, których celem jest uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac i ceny. Takie działanie jest uznawane za naruszenie zasad uczciwej gry rynkowej i winno skutkować, na podstawie art. 89 ustawy Pzp, odrzuceniem złożonej oferty. Przeciwno tym przedsiębiorcom prowadzone jest już postępowanie przez

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów związane z niedozwolonymi porozumieniami przedsiębiorców.

Konsorcjum firm: ALBA ekoseriws Sp. z o.o., „JOKER” Kubica, Leksowski, Mosińska Sp. J. -zadanie nr 1 (Rejon I). Wykonawca podlega wykluczeniu, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ w przedstawionej ofercie nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunku uczestnictwa. Przedłożona przez wykonawcę decyzja zezwalająca na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wydana przez Prezydenta Miasta Bytomia nie potwierdza, że wykonawca ten dysponuje sprzętem, który pozwala zgodnie z wydaną decyzją przystąpić do realizacji zamówienia. W SIWZ Zamawiający wymagał, by wykonawca ubiegający się o zamówienie wykazał się, że posiada stosowne uprawnienia potrzebne do wykonywania określonej działalności lub czynności oraz że dysponuje niezbędnym potencjałem technicznym do ich wykonania. W pkt III ppkt 2 SIWZ Zamawiający ustalił, że wykonawca powinien posiadać decyzję zezwalającą na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wydaną przez Prezydenta Miasta Bytomia. W ofercie omawianego wykonawcy znajduje się taka decyzja na stronach 17-20. W decyzji tej - (strona 18 oferty) - Prezydent Miasta Bytomia w pkt 11 zastrzegł, że "wykonywanie działalności może odbywać się tylko przy użyciu specjalistycznych samochodów o numerach: STA 75WJ, SK 36258, WB 20534, STA 06LH, STA 88Fe, STA 42GK, STA 23GG, STA 83JJ, STA 74NU, STA 63WE, STA 97 JJ, STA 15FA STA 28FR, STA 86JJ, KAF 141G, STA 89HF". Prezydent Miasta wydając decyzję wymagał, by wymienione w niej pojazdy służyły do realizacji obsługiwanych na terenie Gminy kontraktów. Zastrzeżenie to wprowadzono do decyzji, by wykonywanie działalności odbywało się specjalistycznym sprzętem spełniającym wymagania ochrony środowiska oraz określone przepisami standardy sanitarne. Śraden z wymienionych pojazdów w "Wykazie niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń" -załącznik nr 17 do SIWZ (str. 95 oferty) nie

7

figuruje w decyzji AKI.0154/11/30/0G, która została załączona do oferty i która uprawniałaby do realizacji kontraktów. Wykazane w decyzji samochody to śmieciarki. Zamawiający w zakresie postawionych warunków dla rejonu 1 nie oczekiwał śmieciarek a jedną zmiatarkę ssącą lub elewatorową o szerokości zmiatania 2900 mm, jedną zmiatarkę ssącą lub elewatorową o szerokości zmiatania 2300mm, samochodu dostawczego i takie też pojazdy zamieszczono w wykazie. Jednak decyzja na odbieranie odpadów takich pojazdów nie obejmuje, co oznacza, że wykonawca ten nie posiada zakwalifikowanego tą decyzją sprzętu, który mógłby zgodnie z przepisami o ochronie środowiska spełnić stawiane wymagania i uprawniał go do świadczenia takiej działalności.

Pismem z dnia 15 maja 2009 r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu, uwzględniając go w części dotyczącej niespełnienia warunku udziału w postępowaniu przez EKO-SYSTEM z uwagi na nieprzedłożenie polisy ubezpieczeniowej oraz niewłaściwe wskazanie osoby posiadającej uprawnienia w zakresie stosowania środków ochrony roślin, poprzez unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownego badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu 6 (a także w Zadaniu nr 4), a oddalając go w pozostałej części.

Odnosząc się do zarzutów i żądań Odwołującego się, Zamawiający stwierdza, że Odwołujący się słusznie wskazuje, iż w cz. III SIWZ Zamawiający postawił warunek, aby wykonawcy przedłożyli aktualną polisę ubezpieczeniową odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę co najmniej 100.000,00 zł. Faktycznie, w ofercie firmy EKO-SYSTEM złożonej na zadanie nr 1, znajduje się polisa innego podmiotu tj. Prywatnego Zakładu Oczyszczania Miasta Waldemara Stracha. Nie ulega wątpliwości, że nie można uznać polisy wystawionej innemu podmiotowi, należy więc uznać, że wykonawca nie złożył wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Taki stan faktyczny stanowi przesłankę do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający zwraca jednak uwagę, że EKO-SYSTEM złożył oferty w przedmiotowym postępowaniu także na inne zadania. W ofercie złożonej na zadanie nr 4 na stronach 329-337 znajduje się kopia prawidłowej polisy OC wystawionej przez PZU S.A. o nr C8H00006241, dla tego wykonawcy. Zamawiający jest więc w posiadaniu dokumentu bezspornie potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę. Jednak z formalnego punktu widzenia oferta Wykonawcy złożona na zadania nr 6 jest wadliwa, wobec powyższego celem sanowania tej wady, Zamawiający

unieważni wybór najkorzystniejszej oferty na zadanie nr 6 i wezwie Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu.

Zamawiający nie zgadza się z opinią Odwołującego się, że EKO-SYSTEM podlega wykluczeniu z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż wymagane zezwolenie nie potwierdza, że wykonawca ten dysponuje sprzętem, który pozwala na

8

wykonanie zamówienia. Zamawiający zwraca uwagę, że wymagana decyzja stanowi potwierdzenie spełniania przez Wykonawcę warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, natomiast wykaz narzędzi i urządzeń składany przez wykonawcę, ma potwierdzać spełnianie warunku dysponowania potencjałem technicznym, sprecyzowanym przez Zamawiającego w cz. III pkt 4 SIWZ. Oba dokumenty (decyzja i wykaz) odnoszą się do innych warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w zakresie postawionych warunków nie oczekiwał śmieciarek, a dwóch zamiatarek ssących lub elewatorowych, zamiatarek chodnikowych, samochodów dostawczych i takie też pojazdy zamieszczono w wykazie. Celem przedłożenia wykazu nie miało być bowiem

a udokumentowanie

wymagań nałożonych na wykonawcę przedmiotową decyzją, potwierdzenie spełniania warunków udziału w konkretnym postępowaniu. Idąc tokiem myślenia Odwołującego się należałoby stwierdzić, że Zamawiający jest zobowiązany do kontroli prawidłowości działalności wykonawcy i jest uprawniony (czy może nawet zobowiązany) do sprawdzenia spełniania wszelkich nałożonych na niego wymogów, np. posiadania umowy na odbiór odpadów komunalnych na czas prowadzenia działalności. Taka interpretacja nie jest możliwa do zaakceptowania, gdyż każdy wykonawca ponosi odpowiedzialność za prowadzenie swojej działalności zgodnie z obowiązującym prawem. Stawianie zarzutu, że w decyzji nie jest wymieniony sprzęt wymagany przez Zamawiającego jest zupełnym nieporozumieniem, trudno bowiem wymagać od Wykonawcy, aby na moment wydawania decyzji przewidywał, jakie wymagania będzie stawiał w przyszłości Zamawiający. Argumentacja Odwołującego się stanowi polemikę i swoistą interpretację treści decyzji, wyciąganie jej fragmentów z całości treści i interpretację na swoją korzyść. Odwołujący się nie zauważa, że pkt. 11 akapit 3 decyzji stanowi, że "wykonywanie działalności może się odbywać tylko przy użyciu sprzętu specjalistycznego, posiadającego niezbędne atesty homologacji oraz dokumenty potwierdzające dopuszczenie do ruchu na drogach publicznych". Akapit drugi tego punktu dotyczy wyłącznie "specjalistycznych samochodów", służących zbieraniu odpadów, nie zaś wszystkich posiadanych maszyn i urządzeń służących do oczyszczania. Dodatkowo Zamawiający zwraca uwagę, że do przedmiotowej decyzji Wykonawca załączył na str. 127 oferty "Wykaz środków transportowych Dostawcy", w którym wymienia wszystkie pojazdy wskazane w decyzji. Odwołujący się zwraca także uwagę, że jeden z pojazdów jest wymieniony zarówno w decyzji EKO-SYSTEM, jak i Prywatnego Zakładu Oczyszczania Miasta Waldemar Strach podnosząc, że w związku z tym "żaden z ww. wykonawców nie może swobodnie dysponować tym pojazdem." Zamawiający nie zgadza się z takim stanowiskiem, nie znajdując wyjaśnienia postawionej tezy. Nie można wykluczyć sytuacji, gdy sprzęt stanowi współwłasność firm, a zgodnie z zapisami art. 206 k.c. "Każdy ze współwłaścicieli jest uprawniony do współposiadania rzeczy wspólnej oraz do korzystania z niej w takim zakresie, jaki daje się pogodzić ze współposiadaniem i

9

korzystaniem z rzeczy przez pozostałych współwłaścicieli. Nie wiadomo, skąd Odwołujący się wywiódł wniosek, że żaden z Wykonawców nie może swobodnie dysponować współposiadaną rzeczą. Zamawiający dodatkowo wskazuje na niekonsekwencję Odwołującego się: formułuje zarzut w stosunku do oferty innego wykonawcy, gdy jednocześnie w ofercie Odwołującego się znajduje się analogiczna decyzja, również wskazująca na konkretne samochody specjalistyczne oraz analogiczny wykaz narzędzi i urządzeń, w którym Odwołujący się wymienia sprzęt wymagany przez Zamawiającego, nie wskazując sprzętu wymienionego w decyzji.

Zamawiający uznaje zarzut niespełnienia przez EKO-SYSTEM warunku postawionego w cz. III pkt 5 lit. c SIWZ, tj. dysponowania min. 1 osobą z ukończonym kursem w zakresie stosowania środków ochrony roślin, w Zakresie Zadania nr 6 (jak również

w zakresie Zadania nr 3, gdzie za najkorzystniejszą uznano ofertę tego wykonawcy). Jednocześnie Zamawiający nie zgadza się z zarzutem, że złożenie wykazu obarczonego błędem jest oświadczeniem nieprawdy. Zdaniem Zamawiającego, należy odróżnić sytuację, gdy Wykonawca działa pod wpływem błędu (błędnego przekonania) od sytuacji, gdy celowo poświadcza nieprawdę. W tym przypadku niewątpliwie mamy do czynienia z tą pierwszą sytuacją. Trudno bowiem posądzić Wykonawcę o celowe oświadczenie nieprawdy, gdy jednocześnie załącza dokument, z którego wynika stan rzeczywisty niezgodny z tym oświadczeniem. Wykonawca działał tu pod wpływem błędu i można mu przypisać jedynie niedołożenie należytej staranności i brak uwagi w przygotowaniu oferty. Zdaniem Zamawiającego, błędny wykaz złożony przez Wykonawcę podlega uzupełnieniu. Wobec powyższego Zamawiający unieważni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i dokona ponownego badania i oceny ofert, a po przeprowadzeniu tych czynności - dokona wyboru oferty najkorzystniejszej.

Co do zarzutu, iż EKO-SYSTEM nie dysponuje samodzielnie osobami ani sprzętem niezbędnym do wykonania zamówienia, wobec czego złożył on w postępowaniu nieprawdziwe oświadczenia, Zamawiający nie zgadza się z powyższym twierdzeniem. Zamawiający w cz. III pkt 5 SIWZ wymagał aby, Wykonawca wykazał że :

- a) dysponuje lub będzie dysponować min. I osobą-technikiem lub inżynierem ogrodnictwo lub terenów zieleni i min. 3 letnim stażem pracy w branży związanej z utrzymaniem terenów zieleni,
- c) dysponuje lub będzie dysponować min. I osobą z ukończonym kursem w zakresie stosowania środków ochrony roślin.

Zamawiający nie żądał przedstawienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, więc w toku badania ofert nie sprawdzał przedstawionej w tym względzie dokumentacji (nie miał ani takiego uprawnienia, ani obowiązku). Zamawiający zwraca uwagę, że prawo nie przewiduje ograniczenia możliwości zatrudniania pracownika.

10

Nie istnieje ograniczenie możliwości zatrudnienia się jednej osoby u kilku pracodawców, podjęcia pracy w niepełnym wymiarze czasu pracy, czy też łączenia różnych form prawnych zatrudnienia (umowa o pracę, umowy cywilnoprawne). Poza tym wskazane w proteście osoby tj. Roman Morawiec, Przemysław Huskiewicz, Artur Nużyński, nie są osobami, dysponowanymi którymi wymagał Zamawiający (technikiem lub inżynierem ogrodnictwa terenów zieleni, osobą z ukończonym kursem w zakresie stosowania środków ochrony roślin).

Fakt posiadania wspólnej siedziby, środków łączności, jednego pojazdu do odbioru odpadów komunalnych przez dwóch przedsiębiorców nie przesądza o tym, że nie można uznać, że żaden z nich nie jest w stanie wykonać samodzielnie zamówienia i składając oświadczenie takiej treści - oświadcza nieprawdę. Zamawiający zwraca uwagę, że instytucja współwłasności jest częścią obowiązującego prawa oraz doskonale i bezproblemowo funkcjonuje w wielu sferach życia.

Zamawiający uważa, że nic ma podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez EKO-SYSTEM, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający w ślad za wyjaśnieniami złożonymi przez EKO-SYSTEM oraz na podstawie dokumentów znajdujących się w ofertach stwierdza, że p. Waldemar Strach jest właścicielem Prywatnego Zakładu Oczyszczania, Miasta oraz współnikiem Zakładu Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości EKO-SYSTEM uprawnionym do samodzielnej reprezentacji spółki, podpisywania umów, ofert itp. Obie firmy są odrębnymi podmiotami gospodarczymi i korzystają z ochrony art. 6 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Nie ma żadnego przepisu, zabraniającego prowadzenia więcej, aniżeli jedną firmę przez osobę fizyczną. Waldemar Strach podpisując ofertę niewątpliwie znał zakres prac w nich przewidziany (zakres prac jest znany wszystkim wykonawcom z treści SIWZ) i mógł, jednak nie musiał, znać oferowanych cen. Przepis art. 6 pkt 1 ust. 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub cen. Poza stwierdzeniem oczywistego faktu podpisania ofert przez tą samą osobę, Odwołujący

się nie wykazał, że doszło do jakiegokolwiek porozumienia dotyczącego cen obu ofert. Należy także podkreślić, że takie ewentualne porozumienia musiałyby mieć na celu lub skutkować wyeliminowaniem, ograniczeniem lub naruszeniem w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. W analizowanym przypadku nie mamy z niczym takim do czynienia. Należy stwierdzić, że wskazane firmy, nie składały ofert na te same zadania w przedmiotowym postępowaniu, nie może więc być mowy o jakiegokolwiek zмовie cenowej.

11

Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiują pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji. Jest nim działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1). W dalszych przepisach ustawy wskazano, że czynami nieuczciwej konkurencji są m.in. naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, pomówienie lub nieuczciwe zachowanie czy utrudnianie dostępu do rynku. W procedurach zamówieniowych czynem nieuczciwej konkurencji o szczególnym znaczeniu jest utrudnianie innym wykonawcom dostępu do rynku. Na poparcie swojej tezy, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Odwołujący się nie przedstawił żadnych dowodów. Podniesiony zarzut ma wyłącznie charakter subiektywnych przypuszczeń nie popartych dowodami. Odwołujący się nie sprecyzował i nie wykazał, w jaki sposób poprzez złożenie oferty popełniono czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający odnosząc się do tak ogólnie postawionego zarzutu stwierdza, że żadne przeprowadzone czynności w postępowaniu przetargowym, w tym wybór najkorzystniejszej oferty, nie dyskryminują jakiegokolwiek wykonawcy, a jedynie są wyrazem wymagań Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia i realizacji zadań nałożonych na Zamawiającego.

Zamawiający nie zgadza się z opinią Odwołującego się, że konsorcjum firm: ALBA ekoserwis sp. z o.o. i „JOKER” Kubica, Leksowski, Mosińska Spółka Jawna podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując na analogiczną argumentację, jak w przypadku EKO - SYSTEM.

W dniu 25 maja 2009 r. Odwołujący się wniósł odwołanie od oddalenia protestu (w całości), gdyż rozstrzygnięcie protestu zostało doręczone Odwołującemu się po terminu na jego rozstrzygnięcie. Odwołujący się w odwołaniu podtrzymuje zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron i uczestnika postępowania na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W dniu 27 kwietnia 2009 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, w trybie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, o wyborze najkorzystniejszej oferty. Zatem, od tej daty rozpoczyna się bieg terminu na wniesienia protestu, który upływa w dniu 7 maja 2009 r. Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 183 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający rozstrzyga jednocześnie wszystkie protesty dotyczące wykluczenia wykonawcy z postępowania, odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty – w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego – w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu. Rację należy więc przyznać Zamawiającemu, iż termin na rozstrzygnięcie protestu

12

upływał w dniu 18 maja 2009 r. (17 maja – niedziela) i w tym też dniu Odwołujący się otrzymał przedmiotowe pismo. Stąd, twierdzenie Odwołującego się, iż Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie, co uznaje się za jego oddalenie, na podstawie przepisu art. 183 ust. 3 ustawy Pzp, jest nieuprawnione. W tych okolicznościach za bezprzedmiotowy należy uznać zarzut braku wymaganej polisy ubezpieczeniowej, bowiem Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu stwierdził, iż w istocie „nie ulega wątpliwości, że nie można uznać polisy wystawionej innemu podmiotowi, należy więc uznać, że wykonawca nie złożył wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu.” Zamawiający zatem przyznał w powyższym zakresie rację Odwołującemu się i zgodnie z żądaniem protestu i jednocześnie mając na uwadze przepis art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, zobowiązał się do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty na zadanie nr 6.

W przedmiocie zarzutu braku dysponowania wymaganym potencjałem technicznym

stwierdzić należy, iż Zamawiający w cz. III pkt 2 ppkt 4 SIWZ wymagał, aby wykonawca dysponował następującym sprzętem i narzędziami niezbędnymi do wykonania zamówienia, tj. w zakresie zadania nr 6: dwiema zmiatarkami ulicznymi ssącymi lub elewatorowymi, jedną samojezdną zmiatarką mechaniczną, dwiema zmiatarkami mechanicznymi chodnikowymi (pchanymi), jednym samochodem dostawczym, jednym samochodem samowyladowawczym lub ciągnikiem rolniczym z przyczepą, jednym odkurzaczem do zbierania odchodów zwierzęcych, jednym samochodem do obsługi terenów zielonych i wywozu odpadów lub ciągnikiem rolniczym z przyczepą, dwiema kosiarkami samojezdnymi lub ciągnikowymi, jednym ciągnikiem kołowym z przyczepą skrzyniową, czterema kosami mechanicznymi, czterema piłami spalinowymi, czterema podkaszarkami, jednym beczkowszem do podlewania. W celu potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku wykonawca zobowiązany był przedstawić wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, jakimi dysponuje wykonawca, zgodnie z warunkami określonymi w cz. III pkt 2 ppkt 4 – załącznik nr 17 do SIWZ (cz. IV pkt 9 SIWZ).

Na stronie 197 oferty EKO - SYSTEM znajduje się przedmiotowy wykaz, z którego wynika, że wykonawca ten dysponuje sprzętem wymaganym przez Zamawiającego (w zakresie rodzaju, parametrów i ilości), co Odwołujący się potwierdza w treści odwołania stwierdzając, że „Zamawiający w zakresie postawionych warunków nie oczekiwał śmieciarek a dwóch zmiatarek ssących lub elewatorowych, zmiatarek chodnikowych, samochodów dostawczych i takie też pojazdy zamieszczono w wykazie.” Zatem, brak podstaw do uznania, iż przedmiotowy warunek nie został przez EKO - SYSTEM spełniony. Oceny tej nie zmienia również fakt, iż jak wskazuje Odwołujący się, jeden z samochodów specjalistycznych przeznaczonych do wykonania zamówienia, został wskazany zarówno w ofercie złożonej przez EKO - SYSTEM, jak i Waldemara Stracha prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta. Z powyższego nie wynika, iż żaden z ze

13

wskazanych wykonawców nie dysponuje wskazanym sprzętem. Możliwa jest chociażby taka sytuacja, w której wykonawcy są współwłaścicielami i z tego tytułu posiadają uprawnienie do dysponowania rzeczą. Wskazany więc fakt, nie stanowi o niedysponowaniu sprzętem, a okoliczności przeciwnej Odwołujący się nie wykazał.

W tym miejscu zwrócić należy również uwagę, że Odwołujący się w sposób nieuprawniony utożsamia warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego z warunkiem posiadania określonych uprawnień do wykonywania określonej działalności. Otóż, jak wskazano wyżej, EKO-SYSTEM w wykazie sprzętu zaoferował narzędzia i urządzenia niezbędne do wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i tylko na podstawie przedmiotowego wykazu, w świetle postanowień SIWZ, należy oceniać potencjał techniczny EKO-SYSTEM. Zaś, decyzja Prezydenta Miasta Bytomia, zezwalająca na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i wydana na podstawie ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, nie służy, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, potwierdzeniu dysponowania „sprzętem, który pozwala zgodnie z wydaną decyzją przystąpić do realizacji zamówienia”. Przedmiotowa decyzja składana jest w celu potwierdzenia posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności (cz. III pkt 2 ppkt 1 w zw. z cz. IV pkt 3 SIWZ). Należy bowiem zwrócić uwagę, iż jednym z elementów przedmiotu zamówienia jest odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (cz. II pkt 1 SIWZ), a prowadzenie przez przedsiębiorców działalności w przedmiotowym zakresie wymaga zezwolenia, na podstawie art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Wykonawca EKO - SYSTEM przedstawiając przedmiotową decyzję (str. 101-115 oferty) w istocie potwierdził posiadanie wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności. Natomiast postanowienie pkt 11 tiret 2 wskazanej decyzji, zgodnie z którym „wykonywanie działalności może odbywać się tylko przy użyciu specjalistycznych samochodów o numerach: SCZ W 657, CES 0884, SCZ W656, CES 5618, CES 0776, CEK 9202, CEK 9117, SCZ 36ES, CES 7614, SCZ 20GJ, SCZ 42NU, SCZ 04 MW”, oznacza jedynie tyle, iż działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych będzie wykonywana przy użyciu wskazanego sprzętu. Jak wynika bowiem z art. 9 ust. 1 pkt 6 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zezwolenie powinno określać m.in. wymagania dotyczące standardu sanitarnego wykonywania usług i ochrony środowiska. Odwołujący się przedmiotową okoliczność dodatkowo potwierdził. Mianowicie, na str. 127 oferty wskazał

środki transportowe wykonawcy (11 śmieciarek i tzw. „hakowiec”), które są tożsame z tymi, wymienionymi w przedmiotowej decyzji.

Zatem, z jednej strony EKO-SYSTEM potwierdza, iż odbieranie odpadów komunalnych następować będzie przy użyciu sprzętu określonego w przedmiotowej decyzji, z drugiej zaś strony wskazuje również inny sprzęt, nie wymieniony w decyzji, a niezbędny do

14

wykonania zamówienia i wymagany przez Zamawiającego. Czynienie zarzutu, iż sprzęt wymieniony w wykazie nie został wskazany w decyzji, a zatem nie może być wykorzystywany do realizacji przedmiotowego zamówienia, jest nie do przyjęcia. Zauważyć bowiem należy, że w decyzji został wyspecyfikowany jedynie sprzęt do prowadzenia działalności polegającej na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, stąd też nie sposób oczekiwać, że znajdzie się tam sprzęt w postaci zmiatarek, gdyż opróżnianie koszy nie wymaga użycia tego rodzaju sprzętu. Zaś, do wykonania przedmiotu zamówienia potrzebny jest tabor bardziej rozbudowany i zróżnicowany (co znalazło wyraz w postanowieniach SIWZ), gdyż przedmiot zamówienia oprócz wspomnianej działalności obejmuje również letnie czyszczenie i utrzymanie w czystości nawierzchni jezdni ulic, placów, parkingów, ciągów pieszych, przystanków komunikacji autobusowej i tramwajowej, terenów zieleni miejskiej, skarp, a także konserwację i utrzymanie zieleni miejskiej.

W tych okolicznościach, stwierdzić należy, iż EKO-SYSTEM potwierdził sporne warunki udziału w postępowaniu, a tym samym we wskazanym zakresie brak podstaw do wykluczenia EKO-SYSTEM z postępowania. Przyczyny takiej nie stanowi również brak polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, gdyż zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą sądów okręgowych, jak i Krajowej Izby Odwoławczej oraz poglądami doktryny, przedmiotowa okoliczność wymaga wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i dopiero ewentualne zaniechanie uzupełnienia lub złożenie nieprawidłowego dokumentu będzie stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela również zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Zauważyć należy, iż w przedmiocie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający w cz. III pkt 2 ppkt 5 SIWZ postanowił, iż wykonawca winien dysponować osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że dysponuje lub będzie dysponować m.in. minimum 1 osobą – technikiem lub inżynierem ogrodnictwa lub terenów zieleni i 1 osobą z ukończonym kursem w zakresie stosowania środków ochrony roślin. Na potwierdzenie przedmiotowego warunku należało złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, zgodnie z warunkiem określonym w cz. III pkt 2 ppkt 5 lit. a, b, c (cz. IV pkt 10 SIWZ). Wśród osób, przy udziale których EKO-SYSTEM zamierza wykonać zamówienie, znajduje się p. Monika Sojka (str. 199 oferty), która zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy ukończyła kurs w przedmiocie stosowania środków ochrony roślin. Jednocześnie Wykonawca ten załączył zaświadczenie nr 322/II/06 o ukończeniu szkolenia przez ww. osobę w zakresie obrotu i konfekcjonowania środków ochrony roślin.

15

W opinii Odwołującego się, powyższe potwierdza, że ww. nie posiada wymaganych uprawnień, a zatem uznać należy, iż Wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela poglądu Odwołującego się i zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, który w rozstrzygnięciu protestu uznał, iż p. Monika Sojka w istocie nie ma wymaganych kwalifikacji, jednakże o żadnym składaniu nieprawdziwych informacji nie może być mowy. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że w niniejszej sprawie EKO-SYSTEM pozostawał w przekonaniu, iż ukończone szkolenie dotyczyło stosowania środków ochrony roślin. Twierdzenie takie można wywieść po prześledzeniu czynności podjętych przez tego wykonawcę. Otóż, nie tylko wskazuje on p. Monikę Sojkę jako osobę legitymującą się stosownymi uprawnieniami, ale ponadto (mimo, iż taki wymóg nie wynikał z treści SIWZ) przedkłada zaświadczenie o ukończeniu kursu. Gdyby wykonawca miał przeświadczenie, że

wskazana osoba nie spełnia wymagań Zamawiającego, z pewnością nie przedstawiałby dokumentu, nie wymaganego, z którego jasno wynika, że p. Monika Sojka posiada wiedzę jedynie w zakresie obrotu i konfekcjonowania środków ochrony roślin. Uznać zatem należy, iż Wykonawca świadomie nie podał informacji fałszywych, jego zamiarem nie było posłużenie się informacją nieprawdziwą w celu wywarcia wpływu na wynik postępowania. Stwierdzić można jedynie, że Wykonawca ten pozostawał w błędzie co do kwalifikacji wskazanej osoby, co skutkuje brakiem potwierdzenia, iż w tym zakresie dysponuje osobą zdolną do wykonania zamówienia. Jednakże, jak trafnie zauważył Zamawiający, wskazany wykaz osób, podlega w tym przedmiocie uzupełnieniu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do osób p. Romana Morawca, p. Przemysława Huskiewicza i p. Artura Nużyńskiego stwierdzić należy, że nie należą oni do grupy osób, którymi dysponowanie należało wykazać, w celu potwierdzenia warunku dotyczącego potencjału osobowego, o którym mowa w cz. III pkt 2 pkt 5 SIWZ. Zatem, ewentualny obowiązek przedstawienia zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia nie aktualizuje się w niniejszym postępowaniu w odniesieniu do wskazanych osób, nawet, jeśli zostały wymienione w ofercie innego wykonawcy, gdyż osoby te nie zostały wymienione w celu potwierdzenia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Oznacza to, że przedstawione kandydatury nie podlegają weryfikacji w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu.

W tym miejscu należy zauważyć, że Odwołujący się utożsamia warunek udziału w postępowaniu dotyczący potencjału osobowego i konieczności dysponowania lub zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia z instytucją podwykonawstwa. Takie działanie jest nieuprawnione. Argumentacja Odwołującego się w odniesieniu do wskazanych osób mogłaby być uzasadniona, gdyby

16

osoby te zaliczone zostały do grupy osób zdolnych do wykonania zamówienia (w aspekcie warunku udziału w postępowaniu), w świetle postanowień SIWZ.

Natomiast z faktu, iż poza wymaganymi przez Zamawiającego osobami zostały wskazane również inne osoby, które ujęte są również w ofercie innego wykonawcy, nie wynika, że EKO-SYSTEM nie będzie realizował zamówienia samodzielnie. Świadczą o tym następujące okoliczności. Po pierwsze, załącznik nr 18 służył potwierdzeniu warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a nie stanowił wykazu podwykonawców. Po drugie, jeśli nawet przyjąć, że wskazane osoby będą wykonywały zamówienie, to na podstawie informacji, że osoby te wymienione są w innej ofercie nie można stwierdzić, iż będą pełnić rolę podwykonawcy. Nie ma bowiem przeszkód, żeby na moment realizacji zamówienia stanowiły personel Wykonawcy. Ponadto, na podstawie przedmiotowej informacji, nie da się rozstrzygnąć, czy jest to personel EKO-SYSTEM, czy też innego wykonawcy. Zatem, twierdzenie Odwołującego się nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Jeśli idzie o zarzut nieprawdziwych informacji w odniesieniu do potencjału technicznego, stwierdzić należy, iż ani telefon, ani fax, ani siedziba firmy, czy też pojazdy wymienione we wspomnianej wyżej decyzji nie stanowią wymaganego potencjału technicznego, w świetle postanowień SIWZ. Zatem, brak podstaw do weryfikowania przedmiotowych informacji w aspekcie warunku udziału w postępowaniu i ewentualnie rozstrzygania kwestii, czy potencjał ten znajduje się w dyspozycji Wykonawcy, czy też niezbędnie jest zobowiązanie innego podmiotu do jego udostępnienia.

W odniesieniu do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący się wskazał jedynie, iż złożenie oferty przez EKO-SYSTEM może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem w niniejszym postępowaniu ofertę złożył również Waldemar Strach prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta, który to reprezentuje również EKO-SYSTEM, „co oznacza, że dysponuje on informacjami co do ich zakresu prac i cen w nich zastosowanych”. Tymczasem jak wynika z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (DZ. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), dalej u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Posiadanie informacji we wskazanym zakresie trudno uznać za sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, zatem na tej podstawie nie sposób stwierdzić, iż mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji. W literaturze przedmiotu podkreśla się, iż dla

stwierdzenia sprzeczności z prawem, w konkretnych przypadkach powinno się poszukiwać związku między naruszeniem normy prawnej a stosunkami rynkowymi powstałymi w wyniku podjęcia określonych działań – z punktu widzenia reguł, jakie powinny towarzyszyć uczciwej walce konkurencyjnej (E. Nowińska, M. du Vall: *Komentarz do ustawy o zwalczaniu*

17

nieuczciwej konkurencji). Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący się nie wskazał nawet, przekroczenia jakiej prawnej dopuścił się EKO–SYSTEM, poprzez swoje działanie. Krajowa Izba Odwoławcza nie dostrzega również w takim zachowaniu naruszenia dobrych obyczajów, rozumianych jako normy moralne i zwyczajowe stosowne w działalności gospodarczej (M. Kępiński: *Problemy ogólne nowej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*). Przedmiotowych norm Odwołujący się nie wskazał, zaś składanie ofert na różne zadania przez dwóch różnych przedsiębiorców, mimo, iż łączy je osoba p. Waldemara Stracha, stanowi przejaw swobody prowadzenia działalności gospodarczej, a nie przejaw naruszenia dobrych obyczajów. Ponadto należy zauważyć, że konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący się również nie wskazał, zatem uzasadnione jest twierdzenie, iż Odwołujący się nie wykazał naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołanie się zaś do u.o.k.k., a w szczególności do art. 6 ust. 1 pkt 7 (tzw. zmowa przetargowa), nawet gdyby rozpatrywać w zw. z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, nie daje podstaw do odrzucenia oferty z powodu jej nieważności, na podstawie odrębnych przepisów. Odwołujący się bowiem nie wykazał, iż przedmiotem porozumienia są warunki składanych ofert. Tożsamość osoby pełnomocnika nie uprawnia do przedmiotowego twierdzenia.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum firm: ALBA ekoseriws Sp. z o.o., „JOKER” Kubica, Leksowski, Mosińska Sp. j., Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jest chybiony. Sprzęt wymieniony w załączniku nr 17 (str. 95 oferty), wbrew twierdzeniom Odwołującego się, nie musi być objęty decyzją w sprawie zezwolenia na prowadzenie działalności polegającej na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Przedmiotowa tożsamość tego zarzutu w stosunku do zarzutu zgłoszonego wobec EKO–SERWIS, powoduje, iż aktualne pozostaje argumentacja Izby w tym zakresie przedstawiona na kanwie zarzutu dotyczącego EKO–SERWIS.

Brak podstawy do wykluczenia wskazanych wykonawców z postępowania oraz odrzucenia oferty EKO–SYSTEM, przy uwzględnieniu stanowiska Zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu, co do trafności określonych zarzutów, powoduje, iż również zarzuty naruszenia przepisów: art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 2 ust. 5 ustawy Pzp, nie znalazły potwierdzenia. W konsekwencji, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec powyższego, orzeczono, jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

18

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), nie uwzględniając wniosku Zamawiającego w przedmiocie kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie Izby, z uwagi na fakt nieprzedłużenia do akt sprawy rachunków w tym zakresie.

19

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....