

**Sygn. akt KIO/2140/10**

**Sygn. akt KIO/2152/10**

**WYROK**  
**z dnia 18 października 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak - Żuraw**

**Członkowie: Katarzyna Brzeska**

**Anna Chudzik**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 października 2010 r.** w Warszawie odwołań wniesionych:

- A. w dniu 1 października 2010 r. przez Konsorcjum: EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o., SUMA – Servicios Urbanos e Meio Ambiente SA, 41-909 Bytom, ul. Cyryła i Metodego 50,**
- B. w dniu 4 października 2010 r. przez Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o., 41-503 Chorzów, ul. Bytkowska 15,**

skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **7 października 2010 r.** do łącznego rozpoznania, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Chorzów - Zakład Komunalny "PGM", 41-500 Chorzów, ul. Bałtycka 8**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o., 41-503 Chorzów, ul. Bytkowska 15,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego **sygn. akt KIO/2140/10**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołania;**

**2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o., SUMA – Servicios Urbanos e Meio Ambiente SA, 41-909 Bytom, ul. Cyryla i Metodego 50 oraz Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o., 41-503 Chorzów, ul. Bytkowska 15 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A** koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy zero groszy z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o., SUMA – Servicios Urbanos e Meio Ambiente SA, 41-909 Bytom, ul. Cyryla i Metodego 50;**
  - B** koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o., 41-503 Chorzów, ul. Bytkowska 15;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 330 zł 00 gr (słownie: trzysta trzydzieści złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty stron, w tym:
  - A** kwoty 165 zł 00 gr (słownie: sto sześćdziesiąt pięć złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o., SUMA – Servicios Urbanos e Meio Ambiente SA, 41-909 Bytom, ul. Cyryla i Metodego 50** na rzecz **Miasto Chorzów - Zakład Komunalny "PGM", 41-500 Chorzów, ul. Bałtycka 8** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów dojazdu,
  - B** kwoty 165 zł 00 gr (słownie: sto sześćdziesiąt pięć złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA Sp. z o.o., 41-503 Chorzów, ul. Bytkowska 15** na rzecz **Miasto Chorzów - Zakład Komunalny "PGM", 41-500 Chorzów, ul. Bałtycka 8** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów dojazdu.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

**Sygn. akt KIO/2140/10**

**Sygn. akt KIO/2152/10**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miasto Chorzów - Zakład Komunalny „PGM” w Chorzowie, ul. Bałtycka 8, 41-500 Chorzów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na zadanie pn. „Świadczenie usług wywozu nieczystości stałych i odpadów gabarytowych z nieruchomości zarządzanych przez Z.K. „PGM” w Chorzowie”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2010/S 143-220682 w dniu 27 lipca 2010 r.

Dnia 1 października 2010 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wpłynęło odwołanie wniesione przez konsorcjum: EKOŚRODOWISKO Sp. z o.o. i SUMA SERVICOS URBANOS E MEIO AMBIENTE S.A., z siedzibą dla lidera w Bytomiu, ul. Cyryla i Metodego 50, 41-909 Bytom (dalej „Konsorcjum Ekośrodowisko” lub „Odwołujący”). Odwołanie dotyczyło czynności wykluczenia z postępowania, o której informację Konsorcjum Ekośrodowisko powzięło w dniu 23 września 2010 r. Konsorcjum Ekośrodowisko zarzucało Zamawiającemu:

1. naruszenie § III.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) poprzez błędną interpretację warunków udziału w postępowaniu, skutkującą uznaniem, iż Konsorcjum Ekośrodowisko nie złożyło dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu;
2. naruszenie § IX. pkt 1 a) SIWZ poprzez błędną interpretację postanowień treści SIWZ, skutkującą uznaniem, iż Konsorcjum Ekośrodowisko nie złożyło dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu;
3. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców;
4. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust 4 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż Konsorcjum Ekośrodowisko nie wykazało spełniania warunków

udziału w postępowaniu, skutkujące nieuzasadnionym wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania oraz uznaniem jego oferty za odrzuconą;

5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp skutkujące nieuzasadnionym odrzuceniem oferty Konsorcjum Ekośrodowisko z postępowania;
6. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W związku z powyższym Odwołujący żąda:

1. nakazania unieważnienia czynności z dnia 23 września 2010 roku w przedmiocie wykluczenia Konsorcjum Ekośrodowisko z postępowania oraz uznania jego oferty za odrzuconą,
2. nakazania unieważnienia czynności z dnia 23 września 2010 roku w przedmiocie wyboru oferty wykonawcy PTS ALBA Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
3. nakazania przywrócenia Konsorcjum Ekośrodowisko do postępowania,
4. nakazania powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami prawa.

W toku badania i oceny oferty Konsorcjum Ekośrodowisko Zamawiający zwrócił się w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dwukrotnym wezwaniem do uzupełnienia dokumentów. Pierwsze z wezwań dotyczyło uzupełnienia dokumentu Załącznika nr 5 oraz informacji banku, w którym Konsorcjum Ekośrodowisko posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy. Dokumenty zostały uzupełnione w określonym przez Zamawiającego terminie. Drugie z wezwań dotyczyło przedłożenia:

1. zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku (polegającym na sortowaniu) o kodzie 20 03 01, wymagane na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2007 r. Nr 39, poz. 251, z późn. zm.) (dalej „ustawa o odpadach”),
2. zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta Chorzów wydane przez Prezydenta Miasta Chorzowa wymagane na podstawie art. 7 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2005 r. Nr 236, poz. 2008, z późn. zm.) (dalej „ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach”), uprawniające do odbioru odpadów o kodzie 20 01 34 (baterie i akumulatory inne niż wymienione w 20 01 33\*),

3. zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów - obejmujące co najmniej teren miasta Chorzowa i tereny obejmujące trasy przewozu odpadów do miejsc ich odzysku lub unieszkodliwiania - w trybie art. 28 ustawy o odpadach, uprawniające do transportu odpadów o kodzie 20 01 33\* (baterie i akumulatory łącznie z bateriami i akumulatorami wymienionymi w 16 06 01, 16 06 02 lub 16 06 03 oraz niesortowane baterie i akumulatory zawierające niebezpieczne składniki).

W odpowiedzi na wezwanie, w określonym terminie Konsorcjum Ekośrodowisko przedłożyło decyzję nr ZE. 7604-8/07, zmieniającą decyzję nr KS. 7604-10/06, uprawniającą Konsorcjum Ekośrodowisko do świadczenia usługi transportu odpadów niebezpiecznych ze strumienia odpadów komunalnych (tj. baterii) uwzględniającą odpady o kodzie 20 01 33\*.

W kwestii związanej z wezwaniem do przedłożenia zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych uprawniającego do odbioru odpadów o kodzie 20 01 34 (baterie i akumulatory inne niż wymienione w 20 01 33\*) Konsorcjum Ekośrodowisko oświadczyło, iż zapis pkt III.1 SIWZ nie wskazywał poszczególnych kodów odpadów, określając w sposób ogólny, iż przedmiotem zamówienia jest m.in. odbiór odpadów niebezpiecznych pochodzących ze strumienia odpadów komunalnych (tj. baterii i akumulatorów) bez wskazania kodu odnoszącego się do danego rodzaju odpadu. Zezwolenie na odbiór odpadów uwzględniające odpady o kodzie 20 01 34 (baterie i akumulatory inne niż wymienione w 20 01 33\*) nie było wymagane przez Zamawiającego treścią SIWZ, w związku z czym, poprzez przedłożenie Zamawiającemu decyzji nr UK 70622/10/2007 uprawniającej do odbioru baterii i akumulatorów (kod 20 01 33\*) Konsorcjum Ekośrodowisko spełniło warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu.

W kwestii związanej z wezwaniem do przedłożenia zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku (polegającym na sortowaniu) o kodzie 20 03 01 Konsorcjum Ekośrodowisko oświadczyło, iż zgodnie z zapisem pkt IX pkt 1 lit. a) tiret 3 SIWZ, warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu było m.in. wykazanie się przez oferenta zezwoleniem na prowadzenie działalności w zakresie odzysku (polegającym na sortowaniu) i unieszkodliwiania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01, wymagane na podstawie ustawy o odpadach, albo przedstawienie oświadczenia o posiadaniu składowiska odpadów lub stosownej umowy ze składowiskami odpadów. Jako że Konsorcjum Ekośrodowisko nie prowadzi działalności w zakresie odzysku odpadów ustawa o odpadach nie nakłada na niego obowiązku posiadania stosownego zezwolenia w tymże zakresie, a zatem zgodnie z zapisem pkt IX pkt 1 lit. a) tiret 3 SIWZ Konsorcjum Ekośrodowisko nie było zobowiązane do przedłożenia Zamawiającemu żądanego zezwolenia

na prowadzenie działalności w zakresie odzysku (polegającym na sortowaniu) o kodzie 20 03 01. Jednocześnie oświadczone, iż jako że postanowienie SIWZ zawiera alternatywę, do oferty dołączono umowę ze składowiskiem odpadów zawartą pomiędzy Ekośrodowisko Sp. z o.o. a Miejskim Ośrodkiem Sportu i Rekreacji w Zabrze (dalej „MOSIR”) prowadzącym składowisko odpadów. Dodatkowo dołączono wymagane w zdaniu drugim oświadczenie wykonawcy, że przed podpisaniem umowy z Zamawiającym będzie posiadał umowę o przyjęcie odpadów na legalnym wysypisku śmieci.

W odpowiedzi na przekazane dokumenty oraz wyjaśnienia Zamawiający wykluczył Konsorcjum Ekośrodowisko z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W opinii Zamawiającego, Odwołujący nie przedłożył pomimo wezwania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku (polegającym na sortowaniu) o kodzie 20 03 01, wymagane na podstawie ustawy z o odpadach oraz zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta Chorzów wydane przez Prezydenta Miasta Chorzowa wymagane na podstawie art. 7 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, uprawniające do odbioru odpadów o kodzie 20 01 34 (baterie i akumulatory inne niż wymienione w 20 01 33\*).

Odwołujący nie zgadzał się z przyjętym przez Zamawiającego stanowiskiem stanowiącym podstawę wykluczenia go z postępowania. Konsorcjum Ekośrodowisko argumentowało, że zgodnie z zapisem pkt IX pkt 1 lit. a) tiret 3 SIWZ warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu było m.in. wykazanie się przez oferenta zezwoleniem na prowadzenie działalności w zakresie odzysku (polegającym na sortowaniu) i unieszkodliwiania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01, wymagane na podstawie ustawy o odpadach. Wymóg określony w SIWZ został sformułowany warunkowo, a zatem obowiązek jego realizacji został uzależniony od zapisów ustawy o odpadach i wynikających z niej obowiązków. Tak więc w przypadku, gdy przepisy ustawy o odpadach wymagały od wykonawcy posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku odpadów komunalnych, wykonawca byłby zobowiązany do przedłożenia stosownego dokumentu w przedmiotowym postępowaniu, natomiast w przypadku, gdy przepisy ustawy o odpadach nie nakładały na wykonawcę obowiązku posiadania zezwolenia, wykonawca nie był zobowiązany do przedłożenia Zamawiającemu stosownego zezwolenia. Odnosząc powyższe do przedmiotowego stanu faktycznego, zgodnie z art. 26 ust. 1. ustawy o odpadach posiadacz odpadów, który prowadzi odzysk lub unieszkodliwianie odpadów obowiązany jest do uzyskania zezwolenia na prowadzenie tej działalności. A contrario posiadacz odpadów, który nie prowadzi odzysku lub unieszkodliwiania odpadów nie jest

obowiązany do uzyskania zezwolenia. Tym samym jako, że Konsorcjum Ekośrodowisko nie prowadzi działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, nie było zobowiązane do przedłożenia Zamawiającemu stosownego zezwolenia. Celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu koniecznym więc było przedłożenie pozostałych dokumentów wymaganych zapisem pkt IX pkt 1 lit. a) SIWZ, który to obowiązek został przez Konsorcjum Ekośrodowisko spełniony. Konsorcjum Ekośrodowisko dodatkowo wykazało się wymaganą SIWZ umową zawartą ze składowiskiem odpadów oraz oświadczyło, iż zobowiązuje się posiadać umowę o przyjęcie odpadów na legalnym wysypisku śmieci w zakresie wymaganym do wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym Konsorcjum Ekośrodowisko spełniło zarówno formalnie, jak i merytorycznie, warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, wyłączając możliwość skutecznego wykluczenia go w oparciu o regulację art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Również w kwestii drugiej z przyczyn wykluczenia, odnoszącej się do braków zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych, Konsorcjum Ekośrodowisko kwestionowało prawidłowość stanowiska Zamawiającego. Argumentowało, że zgodnie z treścią pkt III.1 SIWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie wywozu niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 wraz z odpadami niebezpiecznymi pochodzącymi ze strumienia odpadów komunalnych (tj. zużytych urządzeń elektrycznych i elektronicznych, baterii, akumulatorów, olejów, detergentów, rozpuszczalników itp.) i odpadów wielkogabarytowych oraz selektywna zbiórka surowców wtórnych (szkło, makulatura, tworzywa sztuczne itp.). Tym samym celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca zobowiązany był przedłożyć Zamawiającemu zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta Chorzów wydane przez Prezydenta Miasta Chorzowa wymagane na podstawie art. 7 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, uprawniające do odbioru odpadów o kodzie 20 03 01 oraz odpadów niebezpiecznych pochodzących ze strumienia odpadów komunalnych. Zgodnie z załącznikiem do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 roku w sprawie katalogu odpadów (Dz.U. z 2001 roku, nr 112, poz. 1206) (dalej „rozporządzenie w sprawie katalogu odpadów”) odpady niebezpieczne pochodzące ze strumienia odpadów komunalnych zostały oznaczone przez ustawodawcę znakiem „\*„. W zakresie baterii i akumulatorów kodem określającym odpad niebezpieczny pochodzący ze strumienia odpadów komunalnych jest kod 20 01 33\* (Baterie i akumulatory łącznie z bateriami i akumulatorami wymienionymi w 16 06 01. 16 06 02 lub 16 06 03 oraz niesortowane baterie i akumulatory zawierające te baterie). Przedmiotowy zakres, a więc i uprawnienie wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SIWZ został wyszczególniony na w przedłożonej Zamawiającemu wraz z ofertą decyzji nr UK



70622/10/2007. Tym samym w jego ocenie Konsorcjum Ekośrodowisko spełniło warunek udziału w przedmiotowym postępowaniu określony w pkt IX pkt 1 lit. a) tiret 1.

Mając na względzie powyższe argumenty, Konsorcjum Ekośrodowisko zwracało także uwagę na niedopuszczalną praktykę Zamawiającego polegającą na rozszerzającej wykładni zapisów SIWZ skutkującą krzywdzącą dla tego wykonawcy interpretacją złożonej przezeń oferty. Z ugruntowanego, zarówno w orzecznictwie jak i w literaturze przedmiotu, stanowiska wynika, że wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z niedostatecznego sprecyzowania przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, jak i warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli bowiem wymaga się od wykonawców przedłożenia określonych co do rodzaju dokumentów, warunkując tenże wymóg od zapisów ustawowych, nie jest dopuszczalnym tworzenie na tej podstawie bezwzględnego warunku w przypadku, gdy przepisy takowy wyłączają. Z drugiej natomiast strony w przypadku gdy właściwa regulacja nie wymagała przedłożenia wskazanych w SIWZ dokumentów, Zamawiający wskazuje alternatywnie w sposób wysoce ogólny dokumenty w oparciu, o które dokonuje dowolnej interpretacji spełnienia przez danego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Konsorcjum Ekośrodowisko podkreślało, że aby szczegółowo i jednoznacznie interpretować dane cechy wykonawcy w kontekście przedmiotu zamówienia, koniecznym jest jasne i precyzyjne określenie zarówno przedmiotu zamówienia jak i warunków udziału w postępowaniu. Niedopuszczalne jest natomiast z jednej strony określenie przedmiotu zamówienia jako świadczenie usług w zakresie wywozu niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 wraz z odpadami niebezpiecznymi pochodzącymi ze strumienia odpadów komunalnych, po czym tworzenie na tej podstawie wymogu, iż warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu (wbrew treści SIWZ) było wykazanie się uprawnieniem do odbioru odpadów o kodzie 20 01 34. Podobnie niedopuszczalne jest wymaganie od wykonawcy przedłożenia zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku (polegającym na sortowaniu) o kodzie 20 03 01, w przypadku gdy właściwa regulacja nie przewiduje takiego obowiązku. Działania takie świadczą wyłącznie o prowadzeniu postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W konkluzji odwołania wskazano, iż Konsorcjum Ekośrodowisko jasno sprecyzowało, że przedłożone do treści oferty zezwolenie UK 70622/10/2007 uprawnia do odbioru odpadów niebezpiecznych pochodzących ze strumienia odpadów komunalnych, czym zarówno spełniło warunek udziału w postępowaniu, jak i wykazało się uprawnieniem do wykonania przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie. Ponadto Konsorcjum Ekośrodowisko jednoznacznie wykazało, iż na mocy regulacji szczegółowej nie było zobowiązane do przedłożenia Zamawiającemu zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku

odpadów (polegającym na sortowaniu) o kodzie 20 03 01, albowiem takowe nie jest od niego wymagane na podstawie ustawy o odpadach. Ponadto wszelkie wymagane przez Zamawiającego w sposób wysoce ogólny i niejednoznaczny dokumenty dotyczące składowiska odpadów zostały Zamawiającemu przedłożone wykazując, iż Konsorcjum Ekośrodowisko jest uprawnione do wykonania przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie obejmującym odbiór, transport i odzysk odpadów. Mając na uwadze powyższe Konsorcjum Ekośrodowisko wskazywało, że spełniło wszystkie warunki SIWZ, a zatem nie podlegało wykluczeniu.

W dniu 1 października 2010 roku Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, przekazując kopię odwołania. Dnia 4 października 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniesione przez Przedsiębiorstwo Techniki Sanitarnej ALBA sp. z o.o., ul. Bytkowska 15; 41-503 Chorzów (zwany dalej „PTS ALBA” lub „Odwołujący”). Kopię odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłaszający przystąpienie otrzymał w dniu 1 października 2010 roku. Przystąpienie zostało zatem wniesione z zachowaniem 3 dniowego terminu na jego wniesienie, Zamawiający i Odwołujący Konsorcjum otrzymali kopie przystąpienia (potwierdzenie załączone do zgłoszenia przystąpienia). Zgłaszający przystąpienie uzasadniał, iż posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego z uwagi na fakt, że oferta złożona przez PTS ALBA została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Oddalenie odwołania wniesionego przez Konsorcjum Ekośrodowisko umożliwi tym samym zawarcie umowy o zamówienie publiczne pomiędzy PTS ALBA a Zamawiającym.

Zamawiający w dniu 8 października 2010 r. wniósł odpowiedź na odwołanie, w której domagał się odrzucenia odwołania z uwagi na fakt, iż zostało wniesione do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a nie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, względnie oddalenie jako niezasadne, podając argumentację na poparcie swojego stanowiska.

W dniu 4 października 2010 r. Zamawiający wniósł wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy w trybie art. 183 ust. 1 ustawy Pzp. Postanowieniem z dnia 8 października 2010 r. sygn. akt KIO/W/92/ 2010 Izba odmówiła uchylenia zakazu zawarcia umowy.

W dniu 4 października 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie PTS ALBA., w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3, art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oraz

innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania, w szczególności poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Ekośrodowisko i odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie innych okoliczności niż wskazanych w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, a tym samym zaniechanie wskazania wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych na podstawie, których Konsorcjum Ekośrodowisko powinno zostać wykluczone z postępowania a jego oferta odrzucona.

Odwołujący PTS Alba wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. wykluczenie Konsorcjum Ekośrodowisko z postępowania i odrzucenie jego oferty na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
2. uzupełnienie informacji o wykluczeniu Konsorcjum Ekośrodowisko z postępowania i odrzuceniu jego oferty o zarzuty przedstawione w odwołaniu;

ewentualnie

z ostrożności procesowej, w przypadku uznania, iż oferta Konsorcjum Ekośrodowisko nie podlega odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny, wezwanie Konsorcjum Ekośrodowisko do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 23 września 2010 roku, bowiem w tym dniu został powiadomiony o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, a także o podstawie prawnej i faktycznej odrzucenia oferty Konsorcjum Ekośrodowisko. Biorąc pod uwagę przepis art. 115 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp oraz art. 165 §1 Kpc w związku z art. 185 ust. 7 ustawy Pzp w związku z art. 13 §2 Kpc, odwołanie wniesione w dniu 4 października 2010 roku jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowych terminów. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

Odwołujący PTS ALBA wskazywał, że jest wykonawcą w przedmiotowym postępowaniu i posiada interes w złożeniu odwołania. Argumentował, że zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym w opinii dotyczącej konstrukcji środków ochrony prawnej po nowelizacji ustawy, która weszła w życie z dniem 29 stycznia 2010 roku wydanej przez Urząd Zamówień Publicznych „*legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaze, że:* 1) *posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie 2) poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp*” (Środki ochrony prawnej w świetle nowelizacji prawa zamówień publicznych, opublikowana na stronie internetowej UZP). Oferta

PTS ALBA została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, a to oznacza, że posiada ona interes w uzyskaniu zamówienia. Jednakże biorąc pod uwagę, iż terminy na wniesienie odwołania są terminami zawitymi, a jednocześnie Zamawiający wykluczając Konsorcjum Ekośrodowisko z udziału w postępowaniu i odrzucając jego ofertę nie wskazał wszystkich uchybień, które oferta Konsorcjum Ekośrodowisko posiada, to ewentualna ponowna ocena ofert może uniemożliwić odwołującemu PTS ALBA wskazanie tych uchybień ze względu na uchybienie terminowi. Brak możliwości wskazania uchybień w ofercie Konsorcjum na późniejszym etapie postępowania spowoduje powstanie szkody u Odwołującego, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Innymi słowy, jedyną prawnie skuteczną możliwością zapobieżenia powstania szkody u Odwołującego jest wniesienia odwołania na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Potwierdzeniem posiadania przez PTS ALBA interesu uprawniającego do wniesienia odwołania jest orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, które wskazuje na konieczność odrzucania odwołań wykonawców pierwotnie wybranych z dalszych miejsc niż pierwsze (oferty wykonawców z wcześniejszych miejsc pierwotnie był odrzucane) na czynność wyboru oferty „wykonawcy przywróconego do postępowania” wskazujące na inne uchybienia niż w pierwotnej decyzji o odrzuceniu takiej oferty (postanowienie KIO z dnia 30 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1670/09, postanowienie KIO z dnia 26 lutego 2010r. sygn. akt KIO/UZP 191/10, postanowienie KIO z dnia 28 kwietnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 490/09, postanowienie KIO z dnia 1 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 958/10).

Odwołujący PTS ALBA podnosił, iż Zamawiający pomimo, iż zasadnie dokonał wykluczenia Konsorcjum Ekośrodowisko z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, to oferta Konsorcjum Ekośrodowisko posiada także inne wady, które powinny być podstawą wykluczenia z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący PTS ALBA wskazywał na następujące okoliczności.

#### 1. Rażąco niska cena

Jak wynika z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 11.674.871,81 zł, co przy założeniu, iż Zamawiający szacował wartość zamówienia na okres 4 lata daje kwotę 243.226,50 zł netto miesięcznie. W związku z tym Zamawiający musiał przeznaczyć na finansowanie realizacji zamawianej usługi na miesiąc kwotę 260.252,35 zł. Konsorcjum Ekośrodowisko zaoferowało kwotę 145.778,49 zł brutto miesięcznie tj. cenę niższą od szacowanej wartości przedmiotu zamówienia o ponad 43%. Cena zaoferowana przez Konsorcjum odbiega nie tylko od wartości przedmiotu zamówienia, ale także od ceny zaoferowanej przez drugiego z

wykonawców o ponad 30%. Biorąc pod uwagę przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający pismem z dnia 14 września 2010r. (znak: NZ/405/2010) wezwał Konsorcjum Ekośrodowisko „w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, do złożenia wyjaśnienia dotyczącego *„rażąco niskich cen jednorazowego wywozu pojemników - w oparciu o które m.in. ustalono wartość usługi wywozu nieczystości stałych (śmieci bytowych) z posesji będących w zarządzie Z.K. „PGM” w Chorzowie (...) W wyjaśnieniach należy wskazać elementy związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, które uwzględniono w kalkulacji przy szacowaniu ceny wywozu nieczystości stałych (śmieci bytowych)“*. Konsorcjum Ekośrodowisko w odpowiedzi na wezwanie przedstawiło zestawienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z wyjaśnieniami udziału procentowego poszczególnego elementu w cenie oferty. Nie wskazało jednak żadnych obiektywnych czynników, które umożliwiły mu zaoferowanie tak niskiej ceny. Odwołującego PTS ALBA podnosił, że pomimo nieobalenia domniemania rażąco niskiej ceny i jednokrotnego charakteru wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający pismem z dnia 20 września 2010 roku ponownie wezwał Konsorcjum Ekośrodowisko do złożenia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Konsorcjum Ekośrodowisko w dniu 22 września 2010 roku odpowiedziało, przedstawiając kalkulację wskazującą na koszty, które ponosi każdy podmiot świadczący usługi będące przedmiotem zamówienia. Konsorcjum Ekośrodowisko nie wskazało okoliczności, które by umożliwiły zaoferowanie tak niskiej ceny.

Odwołujący PTS ALBA podkreślał, że zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Następnie Zamawiający dokonuje oceny złożonych wyjaśnień w sposób określony w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp tj. biorąc pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Wreszcie w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wynika, iż to na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia iż cena zaoferowana w jego ofercie nie jest ceną rażąco niską. Odwołujący PTS ALBA wskazywał, że potwierdza to m.in. wyrok KIO z dnia 3 lipca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 769/09 *„Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone w przywołanym przez odwołującego w treści odwołania wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie, zgodnie*

z którym (..) w przypadku wszczęcia procedury ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, to na wykonawcy spoczywa ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena jest rażąco niska". To rolą wykonawcy jest wykazać w drodze wyjaśnień jakie to okoliczności wpłynęły na to że cena nie jest rażąco niska. Bowiern przepisy art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp stwarzają domniemanie, że cena oferty wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień jest rażąco niska. Skoro Konsorcjum Ekośrodowisko zgodziło się na takie domniemanie (nie kwestionując wezwania do wyjaśnień), to jego zadaniem było udowodnienie, że cena nie jest rażąco niska. Zadaniem Zamawiającego jest natomiast ocena złożonych wyjaśnień i w przypadku stwierdzenia, że wyjaśnienia są niewystarczające tzn. nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny, zobowiązany jest do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Według odwołującego PTS ALBA Konsorcjum Ekośrodowisko, wbrew ciężącym na nim ciężarze dowodu, nie wykazało, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, musi wskazać konkretne i obiektywne okoliczności, które pozwoliły mu zaoferować tak niską cenę w porównaniu z innymi wykonawcami świadczącymi takie same usługi na tym samym rynku. Oznacza to, że nie może opierać swych wyjaśnień o kalkulację kosztów, które w żaden sposób nie zostały doprecyzowane, bo te okoliczności w żaden sposób nie rozróżniają go od innych wykonawców. Wyjaśnienia Konsorcjum są gołosłowne i nie opierają się na żadnych konkretnych i obiektywnych elementach, które pozwoliły Konsorcjum Ekośrodowisko na zaoferowanie tak niskiej ceny. Należy zatem stwierdzić, iż Konsorcjum Ekośrodowisko nie wskazało żadnych obiektywnych czynników, które obaliłyby domniemanie rażąco niskiej ceny. Standardowe wyjaśnienia dotyczące obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość ceny, które wskazywało Konsorcjum Ekośrodowisko, nie odnoszą się do elementów oferty stanowiących o wyjątkowo sprzyjających okolicznościach przy kalkulowaniu ceny tejże oferty. Są to bowiem czynniki uwzględniane powszechnie przez wykonawców przy kalkulacji ofert w przetargach. Odwołujący PTS ALBA odwoływał się w tej mierze do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 14 stycznia 2010r. (sygn. akt: KIO/UZP 1831/09) stwierdziła „(...) Mimo, iż Zamawiający wzywając Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sposób jednoznaczny wskazał nie tylko pozycje, które wzbudziły jego wątpliwości, podając iż chodzi o ceny materiałów, które mają być użyte do realizacji zamówienia, jak również ceny pracy sprzętu, Odwołujący do tych kwestii się nie odniósł, podejmując polemikę w zakresie zasadności odnoszenia rażąco niskiej ceny do cen jednostkowych. Odwołujący nie kwestionował czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień na okoliczność rażąco niskiej ceny nie wnosząc na tą czynność środka odwoławczego (protestu). Same wyjaśnienia, a tym bardziej zawierające tak niekonkretne i ogólne

*stwierdzenia, jakich niewątpliwie Odwołujący użył w niniejszym stanie faktycznym, można uznać za niezłożone (stanowisko takie zawarł SO w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05), gdyż to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby Zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest ceną rażąco niską. A ponieważ składa je podmiot zainteresowany w sprawie to same i do tego ogólne wyjaśnienia nie mogą być obiektywne". Wskazywał, że Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując analogiczny stan faktyczny w wyroku z dnia 12 sierpnia 2010r. sygn. akt 1605/10 orzekło: „należy wskazać, iż przesłanką odrzucenia oferty wynikającą z procedury ustalania, czy cena oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, unormowaną w art. 90 ust. 3 ustawy, jest brak wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny lub ocena wyjaśnień, z której wynika, że oferta zawiera rażąco niską cenę. (...) Izba nie kwestionuje uprawnień wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości ceny co do wyboru przez niego przyjętej metody kalkulacji i uzasadnienia szczególnych okoliczności wpływających na wysokość ceny. Należy jednak zauważyć, że celem wyjaśnień jest obalenie domniemania wynikającego z przepisu art. 90 ust. 1 tj. wykazanie, że przedstawiona cena nie jest rażąco niska. W tym zakresie na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu. W ocenie Izby w przedstawionych wyjaśnieniach wykonawca nie udowodnił wyjątkowo sprzyjających i dostępnych mu warunków wykonania zamówienia. (...) W konsekwencji Izba stwierdza, że Zamawiający miał podstawy odrzucić ofertę odwołującego z uwagi na domniemanie złożenia oferty z rażąco niską ceną wobec braku wyjaśnień mających potwierdzić, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”.*

Odwołujący PTS ALBA podnosił, że skoro przepis art. 90 ustawy Pzp stwarza domniemanie że cena jest rażąco niska, a wykonawca ma to domniemanie obalić poprzez wyjaśnienia, to Zamawiający musi mieć możliwość dokonania weryfikacji tych wyjaśnień. Jediną możliwością weryfikacji przez Zamawiającego wyjaśnień jest zadanie konkretnych pytań dotyczących określonych elementów. Tym samym Zamawiający był uprawniony do zadawania wykonawcy konkretnych pytań w związku z ceną zaoferowaną w ofercie. W doktrynie i orzecznictwie od dawna utrwalony jest pogląd, iż pytanie do wykonawcy powinno zawsze wskazywać elementy oferty, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień, albowiem to Zamawiający powinien określić, które z elementów oferty budzą jego wątpliwości co do ich rzetelności i w związku z tym żądać wyjaśnień. Zespół Arbitrów w uzasadnieniu wyroku z dnia 25.07.2006 r. (UZP/ZO/0-2116/06) stwierdził, iż: „Zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji wynikającą z art. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych, ponieważ przyjmując wyjaśnienia, które nie odpowiadały jego żądaniom i nie zawierały odpowiedzi na jego pytanie, naruszył obowiązek wynikający z art. 90 ust. 3 ustawy

- *Prawo zamówień publicznych*". Z kolei Zespół Arbitrów w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 stycznia 2005 r. (UZP/ZO/0-48/05) stwierdził, iż zamawiający nie miał podstawy do uznania, że wybrany wykonawca złożył wymagane wyjaśnienia oraz że treść częściowych wyjaśnień pozwała na uznanie, iż zaproponowana cena nie jest rażąco niska, skoro w piśmie od wybranego wykonawcy nie odniesiono się do żądania zamawiającego odnośnie do wyjaśnienia poszczególnych cen jednostkowych. Wynika stąd, iż to zamawiający poprzez postawienie pytań w wezwaniu do wyjaśnień wskazuje co musi się znaleźć w wyjaśnieniach, aby pozwoliło obalić domniemanie rażąco niskiej ceny. Zamawiający wskazuje tym samym na te elementy złożonej oferty, co do których w szczególności oczekuje wyjaśnień w kontekście podejrzenia rażąco niskiej ceny. Ustalenie poziomu szczegółowości zadawanych pytań jest uprawnieniem Zamawiającego. Dlatego też w interesie wykonawcy jest udzielenie wyczerpujących odpowiedzi na pytania postawione przez Zamawiającego, w celu wykazania braku rażąco niskiej ceny. Dodatkowo wykonawca może użyć innych argumentów, nie podnoszonych przez Zamawiającego, w celu wykazania, że cena złożonej przez niego oferty nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W wyroku sygn. akt KIO/UZP 847/10, sygn. akt KIO/UZP 882/10 z dnia 28 maja 2010r, Izba stwierdziła: (...) *to wykonawca, który składa ofertę zobowiązany jest do wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Przepis art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje bowiem co do zasady domniemanie, że oferty złożone przez wykonawców zawierają ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, uwzględniające wszystkie koszty wykonania zamówienia oraz pewien zysk, przy czym to domniemanie może zostać obalone przez uzasadnioną mającą oparcie w obiektywnych przyczynach wątpliwość zamawiającego, wyrażoną w wystąpieniu skierowanym do wykonawcy o wyjaśnienie kalkulacji ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wraz ze złożeniem tego żądania przez zamawiającego, w świetle brzmienia art. 90 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ciężar wykazania faktu, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy składającym ofertę. Podkreślenia dalej wymaga, że przedstawione przez wykonawcę składającego ofertę wyjaśnienia podlegają ocenie zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do przesądzenia czy cena jest poprawnie skalkulowana z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r. sygn. akt V Ca 2214/06). Powyższe pociąga za sobą wymóg, aby owe wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych były wyczerpujące, miały charakter skonkretyzowany do sytuacji wykonawcy, a przede wszystkim odnosiły się do tych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej ofercie ceny. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo*



*zamówień publicznych wyraźnie nawiązuje do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wyjaśnienia te zatem winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, takie jak przykładowo koszt osób wykonujących czynności składające się na zamówienie, organizację biura, koszty biurowo-administracyjne, zaangażowanie odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy".*

Próbie kwestionowania sposobu zadania pytania na obecnym etapie postępowania należało będzie uznać za spóźnione. Tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2009r. sygn. akt KIO/UZP 1443/09. *„Odwołujący się nie wniósł protestu wobec dokonanego wezwania, a zastosował się do zawartego w nim żądania. Obecnie kwestionowanie dopuszczalności żądania szczegółowej kalkulacji ceny oferty z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, stanowi zarzut skierowany przeciwko treści wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zarzut ten mógł być skutecznie podniesiony w terminie 7 dni od otrzymania przez odwołującego się wezwania. Zgłaszanie go w proteście wobec czynności odrzucenia oferty jest dokonane z uchybieniem ustawowego terminu i uznać je należy za spóźnione".* W wyroku z dnia 13 stycznia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 1511/08: Izba stwierdziła, iż *„w przypadku, gdy zamawiający poweźmie wątpliwość co możliwości wykonania zamówienia za wskazaną przez wykonawcę cenę, to wówczas badanie tej ceny, na etapie żądania wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, winno odbywać się na poziomie elementów oferty, tj. jak w przedmiotowym postępowaniu na poziomie cen jednostkowych."*

W ocenie Odwołującego PTS ALBA przytoczona w odwołaniu argumentacja i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyżej przedstawione potwierdza, iż Konsorcjum Ekośrodowisko nie obaliło domniemania, że cena jest rażąco niska, a tym samym Zamawiający powinien także odrzucić ofertę Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

## 2. Nieposiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności, pomimo, że przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania oraz składanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania

Odwołujący PTS ALBA podnosił, że zgodnie z pkt III.1 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca poddawał odpady o kodzie 20 03 01 sortowaniu w ilości co najmniej 50% z ogólnej ilości tych odpadów wywiezionych z posesji Zamawiającego. Konsorcjum Ekośrodowisko w ofercie, że podda odzyskowi 50% ogólnej ilości odpadów i nie załączyło do oferty zezwolenia na odzysk, a jednocześnie oświadczyło, że przy realizacji zamówienia nie będzie korzystało z podwykonawców. Innymi słowy z treści oferty Konsorcjum Ekośrodowisko wynika, że będzie poddawało odpady odzyskowi samodzielnie.

Z kolei zgodnie pkt IX pkt 1 lit. a SIWZ Zamawiający wymagał, aby Wykonawca posiadał:

1. zezwolenie na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta Chorzów wydane przez Prezydenta Miasta Chorzowa wymagane na podstawie art. 7 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach,
2. zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów - obejmujące co najmniej teren miasta Chorzowa i tereny obejmujące trasy przewozu odpadów do miejsc ich odzysku lub unieszkodliwiania - w trybie art. 28 ustawy o odpadach;
3. zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku (polegającym na sortowaniu) o kodzie 20 03 01, wymagane na podstawie ustawy o odpadach. Akapit niżej został zmieszczony dodatkowy wymóg dla wykonawców, którzy nie będą poddawać odzyskowi całej ilość odpadów (100%). Wykonawcy tacy mieli dołączyć do oferty (oprócz zezwolenia na odzysk) także oświadczenie o posiadaniu składowiska odpadów lub stosowne umowy ze składowiskiem odpadów lub oświadczenie, że Wykonawca będzie posiadał umowę o przyjęcie odpadów na legalnym wysypisku śmieci, przy czym Zamawiający nie określił że ten dokument jest wystarczający na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego PTS ALBA ten dokument był żądany dodatkowo, niejako obok zezwolenia na odzysk. Trudno by sobie wyobrazić sytuację, w której wykonawca, który z punktu widzenia ochrony środowiska i ustawy o odpadach przewiduje „gorszy” system utylizacji odpadów musiał mniej niż ten, który by w 100% poddawał odzyskowi. Wskazuje na to nie tylko treść warunku, ale także graficzny układ wymogu.

Jakkolwiek podstawą wykluczenia Konsorcjum Ekośrodowisko z postępowania i odrzucenia jego oferty było nieposiadanie zezwolenia na odzysk i odbiór, to Odwołujący PTS ALBA wskazywał na następujące okoliczności. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (na prowadzenie przez przedsiębiorców działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych, wymagane jest uzyskanie zezwolenia. Ustęp 3a tego przepisu stanowi natomiast, że rada gminy określi, w drodze uchwały, wymagania, jakie powinien spełniać przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia, uwzględniając opis wyposażenia technicznego niezbędnego do realizacji zadań, a w przypadku zezwolenia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - również wynikające z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych, do których odpady mają być przekazywane. Art. 9 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach określa natomiast elementy składowe zezwolenia. Zgodnie z tym przepisem zezwolenie powinno określać

rodzaje odpadów komunalnych odbieranych od właścicieli nieruchomości, sposób postępowania z poszczególnymi rodzajami odpadów komunalnych oraz miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych. Innymi słowy jeżeli zezwolenie nie wymienia odpadu o określonym kodzie to przedsiębiorca nie może w tym zakresie prowadzić działalności gospodarczej, analogicznie jeżeli zezwolenie określa sposób postępowania z odpadami danego rodzaju to przedsiębiorca nie może postępować z nimi w inny sposób. Ponadto zgodnie z §10 ust. 2 lit. a uchwały Nr XLVIII/996/06 Rady Miasta Chorzów z dnia 31 sierpnia 2006 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta Chorzów odpady należy przekazywać do sortowni odpadów komunalnych, zapewniających poziomy odzysku wybranych frakcji strumienia odpadów komunalnych. Natomiast zgodnie z §1 ust. 4 uchwały Nr XLIII/830/09 Rady Miasta Chorzów z dnia 26 listopada 2009r. w sprawie określenia wymagań, jakie powinien spełniać przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych *„Miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych winny być zgodne z Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Śląskiego oraz odpowiadać zapisom zawartym w art. 9 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 27.04.2001 r. o odpadach (tekst jednolity z 2007 r. Dz. U. Nr 39, poz. 261 późn. zm.), zgodnie z uchwałą nr XLVIH/996/06 Rady Miasta Chorzów z dnia 31.08.2006r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta Chorzów odpady komunalne o kodzie 20 03 01 powinny trafiać do sortowni.”* Konsorcjum Ekośrodowisko załączyło do oferty decyzję z dnia 22 sierpnia 2007r. nr UK 70622/10/2007 zezwalającą na prowadzenie działalności polegającej na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Chorzowa. Do powyższej decyzji Konsorcjum dołączyło umowę z MOSiR na składowanie odpadów o kodzie 20 03 01. Dołączona do oferty Konsorcjum Ekośrodowisko decyzja nie była na dzień składania ofert aktualna. Odwołujący PTS ALBA w trybie ustawy o dostępie do informacji publicznej uzyskał od Prezydenta Miasta Chorzowa decyzję z dnia 10 marca 2009r. nr 2/2009 zmieniającą decyzję załączoną do oferty Konsorcjum (ww. decyzja w załączeniu do odwołania). Decyzja z dnia 10 marca 2009r. zmieniła dopuszczalny sposób unieszkodliwiania odpadów o kodzie 20 03 01, w ten sposób, że możliwość unieszkodliwiania odpadów na składowisku MOSiR zostało zastąpiona odzyskiem na sortowni ALBA ekoserwis Radzionków. Odwołujący PTS ALBA wskazywała zatem, iż wbrew temu co próbuje wywieźć ze swojej oferty Konsorcjum Ekośrodowisko (poprzez przedłożenie umowy z MOSiR), decyzja na odbiór nie zezwala mu na składowanie odpadów na powyższym składowisku. Z decyzji zezwalającej na odbiór odpadów wynika, że jedyną prawnie dopuszczalną formą unieszkodliwiania odpadów o kodzie 20 03 01 przekazanych przez Ekośrodowisko sp. z o.o. (lider) jest poddawanie go odzyskowi w 100%. Konsorcjum

Ekośrodowisko tym samym nie wykazało, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w postaci posiadania niezbędnych uprawnień do wykonywania określonej działalności, ponieważ, jak wynika z powyższego, Konsorcjum Ekośrodowisko nie będzie mogło świadczyć usługi zgodnie z przepisami prawa w sposób wskazany w swojej ofercie. Nie posiada bowiem decyzji zezwalającej na prowadzenie działalności w zakresie odbioru odpadów 20 03 01 i składowaniu ich na składowiskach.

Konsorcjum Ekośrodowisko oświadczyło, że posiada niezbędne uprawnienia do wykonywania działalności związanej z realizacją zamówienia, a z oferty i dokumentów dołączonych do odwołania wynika, że Konsorcjum Ekośrodowisko nie posiada takowych uprawnień. Tym samym wykonawca podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w przypadku, gdy wykonawca złoży nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania podlega wykluczeniu z postępowania.

### 3. Brak aktualnych i ważnych informacji o niekaralności wszystkich osób wchodzących w skład organów zarządzających

Odwołujący PTS ALBA podnosił, iż na potwierdzenie niekaralności członków organów zarządzających członków Konsorcjum Ekośrodowisko, w szczególności: Pablo B. B., Rui Manuel F. S. L. oraz Ricardo J. T. R. M. de P. (stosownie do wymogów § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) (dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”) w związku z § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia w sprawie dokumentów) Konsorcjum Ekośrodowisko przedstawiło zaświadczenia z rejestru skazanych wydane przez Generalną Dyрекcję ds. Administracji Wymiaru Sprawiedliwości Ministerstwa Sprawiedliwości Republiki Portugalii (Direccao-General de Administracao da Justica, Ministerio da Justica). W treści dokumentu wskazano, że zaświadczenie o niekaralności jest ważne trzy miesiące, licząc od daty jego wydania. W przypadku pierwszych dwóch osób zaświadczenia te zostały wydane w dniu 5 maja 2010r., zaś w przypadku Pana Ricardo Jorge Teixeira Rego Martins de Pinho w dniu 12 kwietnia 2010r. a więc zgodnie z treścią powyższych dokumentów termin ich ważności upłynął odpowiednio w dniu 5 sierpnia 2010r. i 12 lipca 2010r. Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upłynął w dniu 2 września 2010r. W związku z powyższym, w dniu składania ofert dokument potwierdzający niekaralność członka zarządu spółki był nieważny i nieaktualny. Tym samym nie stanowił dokumentu wykazującego brak podstaw do wykluczenia Konsorcjum Ekośrodowisko z postępowania. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej ważność jak i treść dokumentu określa się według regulacji

prawnych obowiązujących w kraju, którego organ wydał dany dokument. Decydująca jest bowiem regulacja prawna kraju, w którym dany członek organu zarządzającego ma miejsce zamieszkania. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 330/09, wyroku z dnia 14 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 735/10, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 14 września 2005r., sygn. akt UZP/ZO/0-2520/05, wyrok KIO z dnia 22.12.2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1791/09). Odwołujący PTS ALBA podnosił, iż z powyższego wynika, że w przypadku, gdy w kraju, w którym dana osoba zamieszkuje został wydany dany dokument i dokument ten jest ważny przez okres trzech miesięcy, to podmioty polskie muszą respektować ograniczony czas ważności takiego dokumentu. W związku z tym należy uznać, że wskazany dokument w momencie upływu terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu był nieważny i nie mógł potwierdzać, że wobec wykonawcy nie zachodzą podstawy do wykluczenia z postępowania.

#### 4. Niepotwierdzenie spełnienia warunku w zakresie doświadczenia

Zgodnie pkt IX pkt 1 lit. b SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się „*w ciągu 3 ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym terminie, wykonaniem lub wykonywaniem min. 2 usług zgodnych z przedmiotem zamówienia - każda o wartości nie mniejszej niż 2.200.000,00 zł rocznie oraz o czasie świadczenia nie krótszym niż 24 miesiące*”. W wyjaśnieniach SIWZ z dnia 16 sierpnia 2010r. potwierdził, iż wykonawca musi wykazać się realizacją minimum 2 usług, gdzie każda będzie trwała nie krócej niż 24 miesiące i każda z nich będzie o wartości nie mniejszej niż 2.200.000 złotych rocznie, w co najmniej 2 latach. Na potwierdzenie spełniania tego warunku Konsorcjum Ekośrodowisko przedstawiło wykaz usług wskazując w nim trzy usługi, jednakże wykaz ten nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu. Nie potwierdza też warunku uzupełniony przez Konsorcjum Ekośrodowisko na wezwanie Zamawiającego wykaz usług. Wykaz usług przedstawiony przez Konsorcjum nie potwierdza bowiem, że wartość realizowanych usług polegających na wywozie nieczystości stałych i odpadów gabarytowych (bo tylko takie będą zgodne z przedmiotem zamówienia) wynosiła co najmniej 2.200.000 złotych rocznie w każdym w co najmniej 2 lat świadczenia usługi. Pierwsze dwie usługi wskazane w wykazie dotyczą dużego zakresu usług, w skład których co prawda wchodzi wywóz nieczystości jednakże nie wiadomo jaka była wartość usług polegających na wywozie nieczystości w ramach wskazanej umowy a także nie wiadomo jaka była wartość tych usług w poszczególnych latach świadczenia usługi. Biorąc pod uwagę brzmienie warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego nie można się posługiwać średniorocznymi wartościami usług, bowiem sam fakt że średnioroczna wartość zamówienia przekroczyła kwoty określone przez

Zamawiającego nie oznacza, że spełniony został warunek realizacji usług o wartość 2.200.000 złotych w każdym roku. Mogło się bowiem zdarzyć tak, że jednego roku wykonawca wykonał więcej usług a w drugim mniej i sam fakt przekroczenia progu przez średnią tych kwot nie będzie oznaczał, że wartość usług w drugim roku ten próg przekroczyła. Analogicznie także trzecia usługa wskazana przez Konsorcjum Ekośrodowisko nie może być uwzględniona z podobnych względów jak powyższe. Konsorcjum Ekośrodowisko nie wykazało, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i jako takie powinno zostać wykluczone z postępowania.

5. Brak dokumentu potwierdzającego, że wobec członka Konsorcjum Ekośrodowisko nie toczy się żadne postępowanie likwidacyjne lub upadłościowe

Konsorcjum Ekośrodowisko nie złożyło dokumentu potwierdzającego, że wobec jednego z partnerów Konsorcjum (spółki SUMA SERVICOS URBANOS E MEIO AMBIENTE S.A. z siedzibą w Portugalii) nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Obowiązek złożenia takiego dokumentu przez wykonawcę mającego siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej statuuje §4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia w sprawie dokumentów. Złożony przez wskazanego wykonawcę wypis z Archiwum Rejestru Handlowego (zaświadczenie Kancelarii Rejestru Handlowego w Porto) (Conservatoria do Registo Comercial) nie zawiera informacji potwierdzających, że wobec wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Dokumentem potwierdzającym, iż wystawiający je Sąd nie prowadzi żadnego postępowania upadłościowego ani likwidacyjnego wobec wykonawcy z siedzibą w Portugalii jest zaświadczenie (ang. Certificate) Sekcji Centralnej Sądu Gospodarczego (ang. Trade Court, Central Section). SUMA SERVICOS URBANOS E MEIO AMBIENTE S.A. nie złożył wskazanego dokumentu potwierdzającego, że wobec spółki nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Tym samym nie wykazał braku podstaw do wykluczenia go z postępowania. Konsorcjum Ekośrodowisko nie złożyło także dokumentu zastępującego w/w zaświadczenie o nie prowadzeniu wobec niego postępowania likwidacyjnego i upadłościowego na podstawie § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Jednakże, podkreślić należy, że nawet w przypadku, gdyby wykonawca złożył dokument zawierający oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, to taki dokument także mógłby być traktowany jako potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zgodnie bowiem z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów jedynie: *Jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę też lub miejsce zamieszkania nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje je się dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego*

*odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Na potwierdzenie powyższego odwołujący PTS ALBA przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia lipca 2010 r. sygn. akt KIO 1214/2010, wyrok z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 330/09, wyrok z dnia 22 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO 1791/09)).*

#### 5. Brak dokumentu potwierdzającego niezaleganie ze składkami na ubezpieczenie zdrowotne

Wykonawca nie przedłożył dokumentu potwierdzającego, że nie zalega w uiszczaniu składek na ubezpieczenie zdrowotne. Złożone przez SUMA SERVICOS URBANOS E MEIO AMBIENTE S.A. oświadczenie wydane przez Urząd Bezpieczeństwa Społecznego, Instytut Bezpieczeństwa Społecznego potwierdza jedynie niezaleganie w uiszczaniu składek na ubezpieczenie społeczne, nie wskazuje natomiast czy wykonawca nie zalega z uiszczaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne. Tym samym Konsorcjum Ekośrodowisko nie wykazało braku podstaw do wykluczenia go z postępowania.

Odwołujący PTS ALBA wskazał na jednokrotność wezwania w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Argumentował, że biorąc pod uwagę, iż Konsorcjum Ekośrodowisko było już wzywane do uzupełnienia wykazu usług, a także zezwoleń na odzysk oraz odbiór to należy stwierdzić, iż na obecnym etapie postępowania nie jest możliwe ponowne żądanie tych dokumentów. Odwołujący PTS ALBA powołał stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w publikacji „Omówienie zmian w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych”, UZP 2007r., Jacek Sadowy, Wydział Opinii, Orzecznictwa i Spraw Sadowych, Departament Prawny UZP, str. 138), zgodnie z którym: *„Żądanie uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp może być czynnością jednokrotną i nie może być powtórzone. Zgodnie z wyrokiem Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 sierpnia 2006 r., Sygn. akt V Ca 806/06: „Przepis ten mógł by w fazie postępowania o zamówienia publiczne zastosowany tylko jednorazowo i tylko w sytuacji zagrożonej unieważnieniem całego postępowania. Przemawia za taką wykładnią literalne brzmienie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. Przepis ten w ocenie Sądu Okręgowego ma charakter wyjątkowy i nie może być nadużywany. Wielokrotne skorzystanie przez zamawiającego z możliwości przedłużania terminu do uzupełniania dokumentów, których brak skutkować może wykluczeniem z przetargu [odrzućeniem oferty], mogło doprowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, o której mowa w art. 7 Pzp”* oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie (wyrok z dnia 20 marca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 207/08 KIO/UZP 210/08, wyrok z dnia 24 lipca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 708/08, wyrok z dnia 27 marca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 324/09, KIO/UZP 325/09, wyrok z dnia 27 stycznia 2009 r. sygn. akt

KIO/UZP 27/09). Zdaniem Odwołującego PTS ALBA argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza zasadność i konieczność wniesienia odwołania.

W dniu 5 października 2010 roku Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, przekazując kopię odwołania. W ustawowym terminie 3 dni nie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym dokumentacji postępowania, odwołaniach, przystąpieniu do postępowania odwoławczego, jak również wyjaśnieniach i dokumentach złożonych na rozprawie, zważyła, co następuje.**

Izba rozpoznała łącznie oba odwołania w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 października 2010 r. wydanego w tym przedmiocie. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. W szczególności Izba na posiedzeniu oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania w sprawie o sygn. akt KIO/2140/10, uznając, iż oznaczenie jako adresata odwołania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a nie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej stanowi jedynie mylne oznaczenie pisma, które nie wstrzymuje nadania mu biegu zgodnie z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp i nie stanowi podstawy do odrzucenia odwołania.

Izba ustaliła, że zarówno Konsorcjum Ekośrodowisko, jak i PTS ALBA spełniają przesłanki do wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

1. dokumentację postępowania,
2. odwołania,
3. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO/2140/10,
4. odpowiedź Zamawiającego na odwołanie z dnia 8 października 2010 r. w sprawie sygn. akt KIO/2140/10,



5. uchwałę Nr XLVIII/996/06 Rady Miasta Chorzów z dnia 31 sierpnia 2006 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta Chorzów,
6. uchwałę Nr XLIII/830/09 Rady Miasta Chorzów z dnia 26 listopada 2009r. w sprawie określenia wymagań, jakie powinien spełniać przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych.

### **Sygn. akt KIO 2140/10**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący Konsorcjum Ekośrodowisko zgodnie z treścią odwołania, zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. § III.1 SIWZ oraz § IX.1.a SIWZ poprzez błędną interpretację warunków udziału w postępowaniu i wskazanych postanowień SIWZ, co skutkowało przyjęciem iż odwołujący Konsorcjum Ekośrodowisko nie złożyło dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie iż Konsorcjum Ekośrodowisko sp. z o.o. nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało jego wykluczeniem z postępowania i uznaniem jego oferty za odrzuconą,
4. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp skutkujące nieuzasadnionym odrzuceniem jego oferty,
5. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W związku z powyższymi zarzutami Izba stwierdza, iż zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy (Pzp) czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (Pzp). Oznacza to zatem, iż naruszenie postanowień SIWZ nie może stanowić samodzielnej podstawy do wniesienia odwołania ani powoływanych zarzutów, lecz podlega interpretacji w kontekście naruszenia odpowiednich postanowień ustawy Pzp.

Odnosząc się do powoływanego w treści odwołania naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp Izba stwierdza, co następuje.

Izba nie podziela wskazanej przez Odwołującego Konsorcjum Ekośrodowisko w treści odwołania interpretacji pkt III.1 SIWZ zawierającego opis przedmiotu zamówienia ani pkt IX.1 a tiret trzecie SIWZ ustalającego warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganego zezwolenia na odzysk. Odwołujący na rozprawie podnosił, iż w jego opinii przedmiotem zamówienia jest wywóz odpadów, a nie sposób ich zagospodarowania, którego przykład stanowi poddanie ich odzyskowi. Ponadto wskazywał, iż regulacje obowiązujące w zakresie odpadów nie posługują się pojęciem wywozu. Powyższa interpretacja pomija jednak literalne brzmienie SIWZ, gdzie wyraźnie stwierdzono w pkt III. 1 akapit trzeci i czwarty, że niesegregowane (zmieszane odpady komunalne – kod 20 03 01) - wykonawca jest zobowiązany poddawać odzyskowi lub unieszkodliwianiu we własnym zakresie bądź przekazywać je do odzysku lub unieszkodliwienia podwykonawcy, z zastrzeżeniem, że zgodnie z zapisami uchwały nr XLVIII/996/06 Rady Miasta Chorzów z dnia 31 sierpnia 2006 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Chorzów odpady o kodzie 20 03 01 należy poddawać odzyskowi poprzez sortowanie odpadów. Zamawiający wymagał, aby wykonawca poddawał odpady o kodzie 20 03 01 sortowaniu w ilości co najmniej 50% z ogólnej ilości odpadów wywiezionych z posesji Zamawiającego. Powyższe potwierdza także treść § 1 i 3 wzoru umowy. W § 1 pkt 1 wzoru umowy wskazano, że wykonawca przyjmuje do realizacji „wywóz niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych wraz z odpadami niebezpiecznymi pochodzącymi ze strumienia odpadów komunalnych (...) wraz z ich odzyskiem w ilości ... %”. Z kolei w § 3 wzoru umowy w pkt 9 określono, że w zakresie wywozu odpadów bytowych do obowiązków wykonawcy należy poddanie odpadów odzyskowi lub unieszkodliwieniu we własnym zakresie bądź przekazywanie do odzysku lub unieszkodliwienia podwykonawcy. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż odzysk nie był objęty przedmiotem zamówienia. W związku z powyższym nie można również podzielić przedstawionego przez Odwołującego stanowiska odnośnie kwestii podwykonawstwa. W opinii Odwołującego o podwykonawstwie można by mówić jedynie wówczas, gdyby wykonawca (tu: Konsorcjum Ekośrodowisko) zamierzał powierzyć podmiotowi trzeciemu wykonanie części przedmiotu zamówienia, tj. wywóz. O podwykonawstwie decydują bowiem przepisy prawa a nie błędne postanowienia SIWZ. Izba stwierdza, iż z treści SIWZ jednoznacznie wynikało, iż dla Zamawiającego powierzenie odzysku innemu podmiotowi jest tożsame z podwykonawstwem – wyraził to *expressis verbis* w treści pkt III.1 SIWZ. Ponadto, jak zostało wskazane powyżej, odzysk był objęty przedmiotem zamówienia, ponieważ, analizując zakres zamówienia ujęty w opisie przedmiotu zamówienia, należy odnieść się do całej treści pkt III.1, a nie tylko jego

początkowych wersów oraz nazwy zadania określonej przez Zamawiającego. Niezależnie od oceny sposobu sformułowania postanowień SIWZ w tym zakresie (Odwołujący zarzucał, iż w odniesieniu do przekazywania odpadów nie poddawanych odzyskowi na składowisko śmieci składowiska nie były uznawane za podwykonawcę), należy uznać, iż postanowienia SIWZ były jednoznaczne i nie pozostawiały wątpliwości, iż powierzenie odzysku innemu podmiotowi jest dla Zamawiającego tożsame z podwykonawstwem. Zgodnie z pkt VII SIWZ Zamawiający dopuścił udział podwykonawców i żądał dołączenia do oferty stosownego oświadczenia wraz z opisem części zamówienia powierzanej podwykonawcom. Odwołujący takiego oświadczenia do oferty nie dołączył, co było równoznaczne ze złożeniem oświadczenia o samodzielnym wykonaniu zamówienia. Zadeklarował także w ofercie, iż 50% odpadów poddawał będzie odzyskowi oraz załączył umowę z MOSiR, iż odpady nie poddane odzyskowi przekazywał będzie na składowisko. Powyższe oznacza, iż aby wykonać umowę w zadeklarowany sposób Odwołujący winien dysponować zezwoleniem na odzysk, którego to zezwolenia nie posiadał.

Ponadto w ocenie Izby można w ramach przedmiotowego postępowania ustanowić różnicę pomiędzy statusem podmiotu prowadzącego składowisko, na które wywożone są odpady nie poddane odzyskowi a podmiotu trzeciego prowadzącego odzysk na zlecenie wykonawcy w sytuacji, gdy wykonawca nie będzie go prowadzić samodzielnie. Przedmiotem zamówienia objęte jest bowiem prowadzenie przez wykonawcę odzysku na określonym minimalnym poziomie, zaś konieczność przekazania odpadów na składowisko stanowi konsekwencję przyjętego sposobu wykonania zamówienia (tj. tego, że wykonawca decyduje, iż odzyskowi poddawać będzie mniej niż 100% odpadów). Prowadzenie składowiska nie jest objęte przedmiotem zamówienia – wykonawca ma jedynie dysponować możliwością wywozu nie poddanych w 100% odzyskowi odpadów komunalnych na odpowiednie składowisko. Argumentacja o podobieństwie sytuacji prawnej podmiotu realizującego na rzecz wykonawcy odzysk i składowiska, na które miałyby być wywożone nie poddane odzyskowi odpady jest tym samym chybiona.

Izba nie podziela także przedstawionej przez Odwołującego interpretacji pkt IX pkt 1 a tiret trzecie SIWZ. Wedle opinii Odwołującego z powołanego postanowienia SIWZ wynika, iż wymóg posiadania zezwolenia na odzysk był określony warunkowo - obowiązek jego realizacji był uzależniony od postanowień ustawy o odpadach. Taki wniosek można byłoby wysnuć wówczas, gdyby w SIWZ posłużono się np. sformułowaniem „o ile”. W ocenie Izby w odpowiednim postanowieniu SIWZ znalazła się po prostu konstatacja, iż takie zezwolenie jest wymagane ustawą o odpadach. W ocenie Izby nie można także podzielić wnioskowania Odwołującego, iż w przedmiotowym postanowieniu SIWZ ustanowiona została alternatywa –

tj. albo jest wymagane zezwolenie na odzysk, gdy wykonawca prowadzić będzie odzysk samodzielnie albo wystarczy oświadczenie o posiadaniu składowiska lub oświadczenie wykonawcy, iż przed podpisaniem umowy będzie posiadał umowę o przyjęcie odpadów na legalnym wysypisku śmieci, jeżeli nie będzie poddawał odzyskowi całości odpadów. Powyższej opisana sytuacja nie ma jednak charakteru alternatywnego. Konieczność odprowadzania odpadów na składowisko dotyczy bowiem tylko przypadku, gdy wykonawca nie poddaje ich odzyskowi w 100%. Tym samym Zamawiający, który dopuściłby sytuację, w której wykonawca oświadcza, iż dokonywał będzie odzysku na określonym poziomie, nie mając przy tym odpowiedniego zezwolenia, a przy tym nie wskazując, iż tę część zamówienia powierzy podwykonawcy, nie miałby pewności, czy zamówienie będzie wykonywane w wymagany przez niego sposób. Co do zasady należy zgodzić się z Odwołującym, iż niejasne postanowienia SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy, jednak w przedmiotowym stanie faktycznym taka interpretacja mogłaby co najwyżej doprowadzić do wniosku, iż zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku mogłoby nie być wymagane jedynie wówczas, gdy wykonawca posługiwał się będzie w tym zakresie podwykonawcą, na co wskazał w formularzu ofertowym. Należy jednak podkreślić, iż jest to wykładnia hipotetyczna, ponieważ postanowienie pkt IX pkt 1 a tiret trzecie SIWZ nie zawiera takiego rozróżnienia, ustanawiając bezwzględny wymóg przedstawienia zezwolenia na odzysk, niezależnie od okoliczności, kto odzysk będzie realizował. Powyższe sformułowanie, w szczególności w kontekście brzmienia SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, jest być może niedoskonałe, jednak podnoszenie przez Odwołującego nieprawidłowości takiego sformułowania warunku udziału w postępowaniu należy interpretować jako próbę kwestionowania treści SIWZ, co na obecnym etapie postępowania jest spóźnione. Odwołujący miał możliwość wskazywania nieprawidłowych czy niejasnych jego zdaniem postanowień SIWZ, jednak winien to uczynić w stosownym czasie (art. 182 ust. 2 ustawy Pzp). Ponadto miał możliwość zadawania pytań, o ile treść SIWZ budziła wątpliwości, z której to możliwości zresztą i w przedmiotowym zakresie skorzystał. Pkt IX.1 a tiret drugie i trzecie był bowiem modyfikowany na skutek zapytania wykonawcy (Odwołującego). Po dokonanej modyfikacji SIWZ Odwołujący nie zwracał się już do Zamawiającego o wyjaśnienia ani nie kwestionował zmodyfikowanego brzmienia pkt IX.1 a tiret trzecie SIWZ. Nie złożył także odwołania od wezwania go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 20 września 2010 r., gdzie Zamawiający wymagał złożenia zezwolenia na odzysk Ograniczył się jedynie do polemiki z Zamawiającym co do zasadności wezwania w tym zakresie. Powyższe nie ma jednak w stanie faktycznym niniejszej sprawy przesądzającego znaczenia, ponieważ Odwołujący w treści oferty zadeklarował odzysk na poziomie 50% oraz nie wskazał, iż powierzy go podwykonawcom, stąd, niezależnie od interpretacji SIWZ, był on bezwzględnie zobowiązany do przedstawienia

zezwolenia na odzysk, którego to dokumentu nie przedstawił pomimo wezwania. Ponowne wezwanie w tym zakresie uznać należy natomiast za niedopuszczalne, a ponadto bezcelowe, jako że z treści odwołania wynika jednoznacznie, iż Odwołujący takiego zezwolenia nie posiada.

Uwzględniając powyższe, należy zatem uznać, iż zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w powyżej opisanym zakresie nie potwierdził się, podobnie jak zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowiący konsekwencję wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Natomiast w odniesieniu do wskazanego przez Zamawiającego braku odnośnie zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych polegającego na niewskazaniu w zezwoleniu, którym dysponował Odwołujący, kodu 20 01 34, Izba podziela stanowisko Odwołującego Konsorcjum Ekośrodowisko, iż Zamawiający nie był uprawniony do żądania od niego zezwolenia w tym zakresie. W SIWZ Zamawiający określił bowiem, iż przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług w zakresie wywozu niesegregowanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 wraz odpadami niebezpiecznymi pochodzącymi ze strumienia odpadów komunalnych (tj. zużytych urządzeń elektrycznych i elektronicznych, baterii akumulatorów, olejów, detergentów, rozpuszczalników itp.) i odpadów wielkogabarytowych oraz selektywna zbiórka surowców wtórnych (szkło makulatura tworzywa sztuczne itp.). Z kolei w pkt IX SIWZ nie wskazał zakresu wymaganego zezwolenia na odbiór. Odpady o kodzie 20 01 34 nie są zaliczane do odpadów niebezpiecznych zgodnie z katalogiem odpadów zawartym w rozporządzeniu w sprawie katalogu odpadów. Zamawiający na etapie oceny ofert nie może rozszerzać swoich wymogów o kody, które wyraźnie w SIWZ nie były wymagane, a które nie mają też oparcia w szczegółowych innych postanowieniach SIWZ. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie określił, iż przedmiotem zamówienia jest również wywóz odpadów pochodzących ze strumienia odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne. Takie żądanie może być również uznane za przejaw naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym nie było zasadne wykluczenie Odwołującego z powodu braku w zezwoleniu na odbiór odpadów kodu 20 01 34. Nie wpływa to jednak na skuteczność samej czynności wykluczenia.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis przewiduje, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odwołujący Konsorcjum Ekośrodowisko ani w treści odwołania ani na rozprawie nie sprecyzował, w jaki sposób Zamawiający przedmiotowy przepis naruszył. Odwołujący kwestionował bowiem sposób

oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie prawidłowość zastosowanego kryterium oceny ofert. Zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności postępowania odwoławczego przedmiotowy zarzut należy zatem uznać za nieudowodniony.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy (Pzp), które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z uwagi na okoliczność, że Odwołujący Konsorcjum Ekośrodowisko nie wykazał spełnienia niezbędnego warunku udziału w postępowaniu o zamówienie w postaci posiadania zezwolenia na odzysk, wskazane powyżej naruszenie przepisów ustawy Pzp nie miało wpływu ani też nie będzie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Tym samym odwołanie nie mogło zostać przez Izbę uwzględnione.

### **Sygn. akt KIO/2152/10**

Odwołanie podlega oddaleniu.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, Odwołujący PTS ALBA, uzasadniając przedmiotowy zarzut, wskazywał, iż w jego opinii Konsorcjum Ekośrodowisko nie obaliło domniemania rażąco niskiej ceny, którego powstaniem skutkowało wszczęcie przez Zamawiającego procedury wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia przedstawione przez Konsorcjum Ekośrodowisko Odwołujący PTS ALBA postrzegał jako gołosłowne, nie odwołujące się do obiektywnych okoliczności, które uzasadniałyby zaoferowanie tak niskiej ceny. Zdaniem PTS ALBA powyższe pozwala na przyjęcie, iż wyjaśnienia nie zostały złożone, a oferta podlega odrzuceniu w trybie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Równocześnie Odwołujący PTS ALBA nie wskazał na inne powody, które wskazują na potwierdzenie, że zaoferowana przez Konsorcjum Ekośrodowisko cena rzeczywiście jest rażąco niska (tj. nie jest ceną rynkową). Izba podkreśla, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, w tym ETS (C-103/88), niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucania ofert poniżej pewnego poziomu bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Tym samym dopiero wyjaśnienia mogą stanowić podstawę decyzji zamawiającego o uznaniu lub nie złożenia oferty z rażąco niską ceną. Sama znacząca różnica ceny oferty w odniesieniu do wartości szacunkowej zamówienia oraz średniej ceny pozostałych ofert może jedynie uzasadniać wszczęcie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie może zaś przesądzać wyników tej oceny. Należy zauważyć, że w sytuacji wszczęcia procedury wyjaśniającej elementy ceny, to na wykonawcy, którego cena oferty podlega wyjaśnianiu,

spoczywa ciężar wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Natomiast w przypadku złożenia wyjaśnień poddanych następnie ocenie przez Zamawiającego ciężar dowodu co do niewystarczalności złożonych wyjaśnień dla uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na odwołującym. Potwierdza to np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym Sąd stwierdził iż *„Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 Kc, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutki prawne”* (wyrok KIO z dnia 17 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1068/08). W przedmiotowej sprawie Zamawiający pismem z dnia 14 września 2010 r. wezwał Konsorcjum Ekośrodowisko w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskich cen jednorazowego wywozu pojemników – w oparciu o które m.in. ustalono wartość usługi wywozu nieczystości stałych (śmieci bytowych) z posesji będących w zarządzie Zamawiającego. W wyjaśnieniu należało wskazać elementy związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, które uwzględniono w kalkulacji przy szacowaniu ceny wywozu nieczystości stałych (śmieci bytowych). Wyjaśnienia takie zostały przez Konsorcjum Ekośrodowisko przedstawione, które w piśmie z dnia 17 września 2010 r. wskazało, że cena jednorazowego wywozu pojemników nie stanowi elementu oferty mającego wpływ na wysokość ceny, gdyż jest wynikiem, a nie podstawą kalkulacji ceny ofertowej. Niezależnie od powyższego wykonawca przedstawił zestawienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z wyjaśnieniem udziału procentowego poszczególnych elementów w cenie oferty. Wskazał ponadto, że przedstawiony procentowy udział wartości dotyczy w takim samym zakresie elementów mających wpływ na wysokość ceny całej usługi, jak i ceny jednostkowej wywozu pojemników, gdyż stanowią one pochodną tego samego (sumarycznego lub jednostkowego) rozliczenia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Pismem z dnia 20 września 2010 r. Zamawiający ponownie wezwał go do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie usługi wywozu nieczystości stałych, wskazując na konieczność przedstawienia dokładnej kalkulacji przy szacowaniu ceny wywozu nieczystości stałych. W dniu 22 września 2010 r. wykonawca taką kalkulację przedstawił w ujęciu sumarycznym (za 48 miesięcy) i miesięcznym. Przedmiotowa kalkulacja uwzględniała koszty wpływające na cenę oferty oraz zakładany zysk. Zamawiający dokonał analizy tych wyjaśnień oraz złożonych dowodów i uznał, że dokonana ocena nie potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, co warunkuje jej odrzucenie na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby należy uznać, iż Konsorcjum Ekośrodowisko zastosowało się do wezwania Zamawiającego i złożyło wyjaśnienia zgodnie z jego wymaganiami, wyjaśnienia te zaś odnoszą się do elementów cenotwórczych (koszty pracownicze, sprzęt, pojemniki wraz z wyposażeniem, utylizacja

odpadów, koszty zmienne i zysk). Nie można zatem uznać, jak chce tego Odwołujący PTS ALBA, że wyjaśnień tych nie było. Art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przewiduje konieczność odrzucenia oferty, gdy wykonawca nie złoży wyjaśnień albo gdy dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Skoro zatem nie można uznać, iż wyjaśnienia nie zostały złożone i odrzucić na tej podstawie oferty, Odwołujący winien wykazać, dlaczego Zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień, w tym przedstawić dowody uzasadniające twierdzenie, że nie jest możliwym wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie Konsorcjum Ekośrodowisko. Izba zwraca uwagę na okoliczność, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny i zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to strony postępowania są zobowiązane w pierwszej kolejności wykazywać dowody na potwierdzenie stawianych zarzutów (wyrok KIO z dnia 12 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 37/10, KIO/UZP 38/10). Izba wskazuje, że w jej ocenie do przeprowadzenia takiego dowodu nie jest konieczna wiedza specjalna, a Odwołujący PTS ALBA jako profesjonalista w dziedzinie gospodarowania odpadami był w stanie wykazać, z jakich względów cenę oferty Konsorcjum Ekośrodowisko należy uznać za rażąco niską, czyli nierynkową.

W odniesieniu do zarzutu nieposiadania uprawnień do wykonywania działalności objętej zamówieniem, uznanego przez Zamawiającego w toku rozprawy, Odwołujący PTS ALBA wskazał i załączył na potwierdzenie swojego twierdzenia decyzję z dnia 10 marca 2009 r. nr 2/2009 zmieniającą decyzję nr UK 70622/10/2007 załączoną do oferty Konsorcjum Ekośrodowisko z dnia 22 sierpnia 2007 r. udzielającą zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Chorzów określonych w decyzji, która zmieniła dopuszczalny sposób unieszkodliwiania odpadów w odniesieniu do odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01. Wskazane w tej decyzji miejsce unieszkodliwiania lub przetwarzania odpadów, tj. MOSiR (składowisko) zastąpiono sortownią ALBA ekoserwis Radzionków. Izba podziela zatem ustalenie, iż powyższe oznacza, że wskazany w treści oferty Konsorcjum Ekośrodowisko sposób realizacji zamówienia, tj. odzysk 50% odpadów we własnym zakresie oraz w pozostałej części wywóz odpadów na składowisko MOSiR nie może być przez Konsorcjum Ekośrodowisko zrealizowany, ponieważ jedyną dopuszczalną dla tego podmiotu formą unieszkodliwiania odpadów o kodzie 20 03 01 jest wywóz do sortowni wskazanej w zezwoleniu. Potwierdził się zatem zarzut braku uprawnień do wykonywania działalności w sposób wskazany w ofercie, jak i zarzut złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Uwzględniając orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie należy wskazać, że wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy



bezsposornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego (wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe – chciał je przedłożyć) lub na zamiaru ewentualnego (wykonawca wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził), bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć. Zamawiający zatem, powołując się na podstawę prawną wykluczenia, o której mowa powyżej powinien w pierwszej kolejności wykluczyć, iż przedłożone oświadczenia i dokumenty nie są skutkiem błędnej interpretacji np. SIWZ zarówno przez wykonawcę jak i Zamawiającego, czy też omyłki oraz jaki ma to skutek na wynik prowadzonego postępowania, albowiem tylko takie ustalenie pozwoliłoby postawić tezę, że przedłożone informacje są nieprawdziwe, a ich przedłożenie miało, w konsekwencji na celu niezgodne z ustawą Pzp uzyskanie zamówienia przez wykonawcę, a zatem miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ponadto orzecznictwo podkreśla, że dokonując wykluczenia na podstawie powyższej przesłanki nie można pomijać zasady prawnej in dubio pro reo interpretowanej na gruncie prawa zamówień publicznych w ten sposób, iż wątpliwości nie dających się rozstrzygnąć nie można tłumaczyć na niekorzyść wykonawcy (wyrok KIO z dnia 2 lipca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 766/09). W ocenie Izby w przedmiotowym stanie faktycznym można uznać, iż przesłanki wykluczenia zostały spełnione. Nie sposób bowiem przyjąć, aby wykonawca – Konsorcjum Ekośrodowisko składając ofertę wraz z dokumentami przedkładanymi na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które w chwili jego złożenia nie były aktualne i nie odzwierciedlały rzeczywistego zakresu posiadanych przez wykonawcę uprawnień do wykonania zamówienia, czynił to w sposób nieświadomy czy omyłkowy. Niezaprzeczalnie też powyższe mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Co do zarzutu braku aktualnych zaświadczeń potwierdzających niekaralność członków organów zarządzających członków Konsorcjum Ekośrodowisko w szczególności: Pablo B. B., Rui Manuel F. S. L. oraz Ricardo Jorge T. R. M. de P. (stosownie do wymogów § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów w związku z § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia), Izba uznała, iż zarzut jest zasadny. Konsorcjum Ekośrodowisko przedstawiło bowiem zaświadczenia z rejestru skazanych wydane przez Generalną Dyрекcję ds. Administracji Wymiaru Sprawiedliwości Ministerstwa Sprawiedliwości Republiki Portugalii (Direcção-geral de Administração da Justiça, Ministerio da Justiça), w treści których wskazano, że zaświadczenie o niekaralności jest ważne trzy miesiące, licząc od daty jego wydania. Izba

podziela stanowisko przedstawione przez Odwołującego PTS ALBA, iż kwestię ważności dokumentu przedstawionego przez podmiot zagraniczny należy oceniać z punktu widzenia prawa obcego. Wprawdzie przytoczone przez Odwołującego PTS ALBA orzecznictwo dotyczy sytuacji odmiennej, tj. gdy dokument w świetle prawa obcego był ważny, jednak wydano go z przekroczeniem terminu określonego przez przepisy prawa polskiego. Nie zmienia to jednak wniosku, iż nie jest dopuszczalne posługiwanie się dokumentem, który na gruncie prawa obcego jest nieważny, na potwierdzenie okoliczności w nim stwierdzonej. Przedwczesna jest jednak konkluzja, iż wykonawca na tej podstawie podlegałby wykluczeniu, gdyż Zamawiający w tym zakresie nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z kolei w zakresie niewykazania spełnienia warunku doświadczenia Odwołujący PTS ALBA zarzucał, iż wykaz usług przedstawiony przez Konsorcjum Ekośrodowisko nie potwierdza spełniania tego warunku. Pierwsze dwie usługi wskazane w wykazie dotyczą dużego zakresu usług (a za zgodne z przedmiotem zamówienia, jak wskazano w warunku, należy, zdaniem PTS ALBA, uznać tylko wywóz nieczystości stałych i odpadów gabarytowych) i nie wiadomo, czy wartość usług w tym zakresie wynosi co najmniej 2.200.000 zł rocznie w każdym z 2 lat świadczenia usługi. Ponadto nie jest wiadome, jaka była wartość tych usług w poszczególnych latach, a nie można posługiwać się w tym zakresie wartościami średniorocznymi.

W ocenie Izby przyjęcie, iż tylko usługi w zakresie w wywozu nieczystości stałych i odpadów gabarytowych spełniają warunek zgodności z przedmiotem zamówienia jest zbyt daleko idący. Pojęcie zgodności nie oznacza bowiem, iż muszą być to usługi tożsame. Ponadto takie założenie wykluczyłoby dopuszczalność powoływania na świadczone usługi, nawet długoletnie i o znacznej wartości, natomiast mające charakter kompleksowy, gdzie cena określona jest łącznie za całość usług i nie ma możliwości wydzielenia wartości poszczególnych ich typów. Natomiast w odniesieniu do kwestii podanych wartości usług w poszczególnych latach, to Izba podziela wątpliwość Odwołującego PTS ALBA, że przedmiotowy wykaz rzeczywiście może być uznany za taki, który nie daje pełnego obrazu spełnienia warunku postawionego w SIWZ. Jednakże co do niemożliwości wezwania do wyjaśnień Izba uznaje, iż jest to dopuszczalne. W treści wezwania do uzupełnienia dokumentu nie został zakwestionowany sposób sporządzenia wykazu w zakresie wskazania wartości usług w poszczególnych latach, a jedynie określenie ich wartości w euro. Tym samym nie ma w ocenie Izby powodu, dla którego wartość usług w poszczególnych latach miałyby nie podlegać wyjaśnieniu, zwłaszcza, że do tych samych wartości odwołano się w treści załączonych referencji.

Izba podziela także wątpliwości Odwołującego PTS ALBA co do nieprzedstawienia przez Konsorcjum Ekośrodowisko prawidłowego dokumentu, że wobec członka Konsorcjum Ekośrodowisko – spółki SUMA SERVICOS URBANOS E MEIO AMBIENTE S.A., nie toczy się żadne postępowanie likwidacyjne ani upadłościowe. Konsorcjum Ekośrodowisko przedstawiło wypis z Archiwum Rejestru Handlowego (zaświadczenie Kancelarii Rejestru Handlowego w Porto) (Conservatoria do Registo Comercial), który jednak nie zawiera informacji potwierdzających, że wobec tego wykonawcy nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Z kolei zaświadczenie Generalnej Dyrekcji ds. Podatków Oddział Finansowy w Lizbonie potwierdza uregulowaną sytuację podatkową i brak postępowania likwidacyjnego spowodowanego zaległościami fiskalnymi. Odwołujący PTS ALBA powoływał, iż właściwym dokumentem jest zaświadczenie sekcji Centralnej Sądu Gospodarczego. Izba uznała, iż z treści ww dokumentów załączonych do oferty nie wynika w sposób jednoznaczny okoliczność, iż wobec członka Konsorcjum Ekośrodowisko – spółki SUMA SERVICOS URBANOS E MEIO AMBIENTE S.A nie toczy się postępowanie likwidacyjne i upadłościowe w zakresie wymaganym rozporządzeniem w sprawie dokumentów. Powyższe powinno było zatem skutkować wezwaniem wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a następnie ewentualnym wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu braku dokumentu potwierdzającego niezaleganie ze składkami na ubezpieczenie zdrowotne Odwołujący PTS ALBA nie wykazał, iż przedmiotowe zaświadczenie zostało wydane przez podmiot niewłaściwy (odpowiednik polskiego ZUS) czy też iż jego treść nie odpowiada właściwemu zakresowi (tj. jak rozumiane jest pojęcie ubezpieczenia społecznego w prawie portugalskim i jakie obowiązki w tym zakresie spoczywają na przedsiębiorcy oraz jakie zaświadczenia są w tej mierze wydawane). Jednakże przyznać należy, iż Zamawiający mógł mieć w tym zakresie wątpliwości (zaświadczenie dotyczy tylko ubezpieczenia społecznego) i zasadnym byłoby zwrócenie się do wykonawcy o wyjaśnienia, jeżeli nie posiadał w tym zakresie niezbędnej wiedzy, czego Zamawiający zaniechał.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba podnosi jednak, że niezależnie od stwierdzonych naruszeń ustawy Pzp, odwołanie nie może zostać uwzględnione. Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy (Pzp), które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z uwagi na okoliczność, że Izba potwierdziła prawidłowość wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Ekośrodowisko w rozstrzygnięciu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO/2140/10 z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków

udziału w postępowaniu, nie jest spełniona przesłanka wymieniona w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Wskazane powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp nie miały zatem wpływu ani też nie będą mogły mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. Tym samym odwołanie nie mogło zostać przez Izbę uwzględnione.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) i 2) oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), uwzględniając koszty dojazdu na podstawie okazanych biletów PKP (kserokopia w aktach sprawy). Izba nie zasądziła natomiast wynagrodzenia pełnomocnika, ponieważ złożony przez pełnomocnika Zamawiającego dokument określany w jego treści jako „rachunek” w ocenie Izby stanowił spis kosztów, a nie rachunek wymagany przepisami ww rozporządzenia. W treści rachunku wymieniono bowiem koszt dojazdu wszystkich pełnomocników Zamawiającego oraz koszt wynagrodzenia jednego pełnomocnika, przy czym nie wskazano w nim z jakiego tytułu wynagrodzenie to było należne, w szczególności brak było odniesienia do reprezentacji Zamawiającego w przedmiotowej sprawie, co stanowi przesłankę do zasądzenia kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....