

Sygn. akt: KIO 891/11
KIO 898/11

WYROK
z dnia 11 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 maja 2011 r.** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **26 kwietnia 2011 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum: **1. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe EKO-FIUK s.c. (lider): Arkadiusz Fiuk, Tomasz Fiuk, Jadwiga Fiuk, Anna Fiuk prowadzący spółkę cywilną Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „EKO-FIUK” s.c. ul. Świerczewskiego 2b, 78-320 Połczyn-Zdrój; 2. Adam Beim, Władysław Piszczek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Płynnych z siedzibą w Wałczu; 3. Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Choszcznie; 4. Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Świdwinie, adres do doręczeń ul. Świerczewskiego 2b, 78-320 Połczyn-Zdrój (KIO 891/11),**
- B. w dniu **27 kwietnia 2011 r.** przez wykonawcę: **REMONDIS Szczecin Sp. z o.o., ul. Żołnierska 56, 71-210 Szczecin, (KIO 898/11),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury Szczecin Narutowicza 17b, 70-240 Szczecin,**
przy udziale:

- A. wykonawcy **RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. ul. Postępu 15 C, 02-676 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 898/11, po stronie zamawiającego.

orzeka:

A 1. Uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum: **1. Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe EKO-FIUK s.c. (lider): Arkadiusz Fiuk, Tomasz Fiuk, Jadwiga Fiuk, Anna Fiuk prowadzący spółkę cywilną Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „EKO-FIUK” s.c. ul. Świerczewskiego 2b, 78-320 Połczyn-Zdrój; 2. Adam Beim, Władysław Piszczek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Płynnych z siedzibą w Wałczu; 3. Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Choszcznie; 4. Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Świdwinie, adres do doręczeń ul. Świerczewskiego 2b, 78-320 Połczyn-Zdrój (KIO 891/11),**

1.1. nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na część II i VI zamówienia,

1.2. nakazuje powtórzenie czynności badania, oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na wymienione części II i VI zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury Szczecin Narutowicza 17b,70-240 Szczecin** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum: **1. Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe EKO-FIUK s.c. (lider): Arkadiusz Fiuk, Tomasz Fiuk, Jadwiga Fiuk, Anna Fiuk prowadzący spółkę cywilną Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „EKO-FIUK” s.c. ul. Świerczewskiego 2b, 78-320 Połczyn-Zdrój; 2. Adam Beim, Władysław Piszczek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Płynnych z siedzibą w Wałczu; 3. Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Choszcznie; 4. Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Świdwinie, adres do doręczeń ul. Świerczewskiego 2b, 78-320 Połczyn-Zdrój** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa - Rejonowego Zarządu Infrastruktury Szczecin Narutowicza 17b,70-240 Szczecin**, na rzecz: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum: **1. Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe EKO-FIUK s.c. (lider): Arkadiusz Fiuk, Tomasz Fiuk, Jadwiga Fiuk, Anna Fiuk prowadzący**

spółkę cywilną Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „EKO-FIUK” s.c. ul. Świerczewskiego 2b, 78-320 Połczyn-Zdrój; 2. Adam Beim, Władysław Piszczek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Płynnych z siedzibą w Wałczu; 3. Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Choszcznie; 4. Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Świdwinie, adres do doręczeń ul. Świerczewskiego 2b, 78-320 Połczyn-Zdrój kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

B 1. Uwzględnia odwołanie wykonawcy: **REMONDIS Szczecin Sp. z o.o., ul. Żołnierska 56, 71-210 Szczecin, (KIO 898/11),**

1.1. nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na część I zamówienia,

1.2. nakazuje powtórzenie czynności badania, oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na wymienioną część I zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża **zamawiającego Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury Szczecin Narutowicza 17b,70-240 Szczecin** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **REMONDIS Szczecin Sp. z o.o., ul. Żołnierska 56, 71-210 Szczecin,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza **od Skarbu Państwa - Rejonowego Zarządu Infrastruktury Szczecin Narutowicza 17b,70-240 Szczecin,** na rzecz wykonawcy: **REMONDIS Szczecin Sp. z o.o., ul. Żołnierska 56, 71-210 Szczecin,** kwotę **19 842 zł 90 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy osiemset czterdzieści dwa złote dziewięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:...

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Wywóz odpadów komunalnych stałych (segregowanych i niesegregowanych) oraz nieczystości płynnych z jednostek instytucji i obiektów wojskowych zlokalizowanych na terenie działania Rejonowego Zarządu Infrastruktury Szczecin od 01.05.2011 do 30.04.2012 r.,” z podziałem na 6 części, ogłoszonym w dniu 25 lutego 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (nr ogłoszenia 2011 /S 39-064279), zostały wniesione odwołania:

A. W dniu 26 kwietnia 2011 r. formie elektronicznej w trybie art. 180 ust. 4 ustawy Pzp, przez konsorcjum firm: 1. PHU EKO-FIUK s.c. (lider): Arkadiusz Fiuk, Tomasz Fiuk, Jadwiga Fiuk, Anna Fiuk prowadzący spółkę cywilną Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „EKO-FIUK” s.c. 2. Adam Beim, Władysław Piszczek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Płynnych 3. Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Choszcznie 4. Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Świdwinie, (KIO 891/11), w zakresie części II i VI zamówienia, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

B. W dniu 27 kwietnia 2011 r. przez REMONDIS Szczecin Sp. z o.o. (KIO 898/11) w zakresie części I zamówienia, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Podstawą wniesienia odwołań było powiadomienie w dniu 14 kwietnia 2011 r. za pośrednictwem faksu o wyborze najkorzystniejszej oferty na część II i VI zamówienia - konsorcjum REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. oraz powiadomienie w dniu 18 kwietnia 2011 r. za pośrednictwem faksu o wyborze najkorzystniejszej oferty na część I zamówienia oferty wykonawcy RAGN SELLS Polska sp. z o.o.

Odwołujący zarzucili wobec podjętych czynności i zaniechań czynności zamawiającego Skarbu Państwa - Rejonowego Zarządu Infrastruktury Szczecin naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

KIO 891/11

Odwołujący konsorcjum: PHU EKO-FIUK s.c. zarzucił naruszenie art. 22 ust. 1 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp, przez to, iż zamawiający zaniechał wykluczenia wykonawcy i nie uznał za odrzuconą oferty konsorcjum firm: REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o., ALTVATER Piła sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eugeniusz Grabowski w zakresie części II i VI zamówienia oraz wybrał ofertę tego wykonawcy jako najkorzystniejszą.

W związku ze zgłoszonymi zarzutami odwołujący żądał nakazania zamawiającemu:

1) wykluczenia wykonawcy i uznania za odrzuconą oferty konsorcjum firm: REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o., ALTVATER Piła sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eugeniusz Grabowski oraz o nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej dla części II i części VI zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, że wybrany wykonawca usługi:

1) nie posiada przewidzianych prawem zezwoleń i uprawnień wydanych w formie decyzji administracyjnej przez Burmistrza Świdwina do wykonywania odbioru odpadów komunalnych z terenu miasta Świdwina przez REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o., choć z § 3 umowy tego konsorcjum z dnia 5 kwietnia 2011 roku wynika, że umowę w części VI obejmującej zadanie Świdwin, w całości wykona lider konsorcjum czyli REMONDIS Sanitech Poznań spółka z ograniczoną odpowiedzialnością;

2) nie posiada przewidzianych prawem zezwoleń i uprawnień wydanych w formie decyzji administracyjnej przez Burmistrza Drawna do wykonywania odbioru odpadów komunalnych z terenu Gminy Drawno przez ALTVATER Piła sp. z o.o., choć z § 3 umowy konsorcjum z dnia 5 kwietnia 2011 roku wynika, że umowę w części II obejmującej m.in. zadanie Drawno, w całości wykona partner konsorcjum czyli ALTVATER Piła spółka z ograniczoną odpowiedzialnością;

3) nie posiada przewidzianych prawem zezwoleń i uprawnień wydanych w formie decyzji administracyjnej przez Burmistrza Wąlcza do wykonywania odbioru odpadów płynnych przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eugeniusz Grabowski. Konsorcjum nie przedstawiło zamawiającemu żadnego dokumentu w szczególności decyzji administracyjnej, która zezwalałaby któremukolwiek podmiotowi będącemu w konsorcjum do odbioru odpadów płynnych z terenu Gminy Wąlcz;

4. w przedstawionej decyzji administracyjnej zezwalającej REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. na odbiór odpadów komunalnych, w wykazie odpadów, brak odpadu o kodzie 20 03 01 - niesegregowane zmieszane odpady komunalne, choć z § 3 umowy konsorcjum z dnia 5 kwietnia 2011 roku wynika, że umowę w części II obejmującej zadanie Cybowo, wykona lider konsorcjum czyli REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o. o.;

5) wybrany wykonawca załączył do oferty decyzję administracyjną Burmistrza Choszczna zezwalającą na odbiór odpadów komunalnych REMONDIS Szczecin sp. z o.o., która nie uczestniczy w tym konsorcjum. REMONDIS Szczecin i REMONDIS Poznań to dwa odrębnie występujące w obrocie gospodarczym podmioty co potwierdzają ich różne numery wpisów w Rejestrze Przedsiębiorców KRS (odpowiednio 62386 oraz 168556). Tym samym żaden z podmiotów konsorcjum nie miał zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy Choszczno;

6) załączył zaświadczenie banku o posiadanych rachunkach bankowych i dokonywanych na nich obrotach, co jawnie stoi w sprzeczności z częścią VII SIWZ ust. 1 pkt. 4, który wymaga potwierdzenia w zaświadczeniu posiadania i dysponowania środkami finansowymi lub zdolnością kredytową, wystawionym nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów finansowych we właściwej wysokości ustalonej w SIWZ na okres korzystania przy wykonaniu zamówienia. Zaświadczenie o dokonywanych obrotach na rachunkach dołączone przez konsorcjum nie potwierdza posiadania i dysponowania środkami finansowymi lub zdolnością kredytową. Obrót środkami finansowymi potwierdza jedynie dokonywanie czynności bankowych a nie ustala posiadania i dysponowania tymi środkami.

Ponadto zamawiający nie wzywał konsorcjum REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. zgodnie z procedurą zamówień publicznych do uzupełnienia braków, które odwołujący wyżej wykazał.

Na poparcie zasadności swego stanowiska, odwołujący przytoczył wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 5 marca 2007 r. XIX Ga 34/2007, w którym stwierdzono, że „Zarówno doktryna jak orzecznictwo rozróżnia obowiązki dotyczące wymagań związanych z koniecznością posiadania zezwoleń ustawowych od wymaganego potencjału technicznego i ekonomicznego, uznając, iż ten ostatni należy liczyć kumulatywnie, natomiast stosowne zezwolenia wymagane na mocy obowiązujących ustaw każdy członek konsorcjum winien posiadać odrębnie.”

Na wezwanie zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2011 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pismem wniesionym dnia 28 kwietnia 2011 r. zgłosił przystąpienie wykonawca konsorcjum: Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. 2. ALTVATER Piła Sp. z o.o. z siedzibą w Pile, 3. Eugeniusz Grabowski prowadzący działalność gospodarcza pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe reprezentowane przez: Jacka Żyłka - pełnomocnika konsorcjum, po stronie zamawiającego. Kopia przystąpienia została przesłana do zamawiającego. Nie została przesłana do odwołującego.

Powołując się na interes prawny w uzyskaniu zamówienia, wykonawca - konsorcjum: Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. wnosił o oddalenie odwołania i utrzymanie wyboru jego oferty. Jednocześnie ustosunkował do zarzutów odwołania w następujący sposób.

Ad. 1.

W odniesieniu do braku posiadania przewidzianych prawem zezwoleń i uprawnień wydanych w formie decyzji administracyjnej przez Burmistrza Świdwina do wykonywania odbioru odpadów komunalnych z terenu miasta Świdwina, wyjaśnił, że Spółka Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu posiada stosowne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta Świdwina w formie decyzji Burmistrza Świdwina z dnia 4 czerwca 2007 r. Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. przedłożył decyzję.

Ad. 2.

W odniesieniu do braku posiadania przewidzianych prawem zezwoleń i uprawnień wydanych w formie decyzji administracyjnej przez Burmistrza Drawna do wykonywania odbioru odpadów komunalnych z terenu Gminy Drawno przez spółkę ALTVATER Piła Sp. z o.o. z siedzibą w Pile, podał, że zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W niniejszej sprawie przystępujący złożył ofertę jako konsorcjum wykonawców, załączając do oferty umowę konsorcjum. Wskazywał, iż umowa konsorcjum nie jest elementem oferty i na obecnym etapie została złożona przez przystępującego dobrowolnie. Umowa taka ustala jedynie stosunki wewnętrzne między członkami konsorcjum. Powołał się na okoliczność, iż przedłożył wraz z ofertą zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Drawno udzielone spółce Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o., a więc jednemu z członków konsorcjum. To, że umowa konsorcjum przewiduje, iż to inny podmiot (ALTVATER Piła Sp. z o.o. z siedzibą w Pile) będzie się zajmował odbieraniem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych w Gminie Drawno nie ma żadnego wpływu, ani na treść oferty, ani na stwierdzenie czy spełnia ona warunki zamówienia. Podnosił, że umowa taka może w każdej chwili zostać zmieniona. Jednocześnie zapowiedział, iż przedłoży aneks do umowy konsorcjum, z którego będzie wynikać, iż to spółka Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu będzie odbierać odpady komunalne z terenu Gminy Drawno.

Ad. 3.

W odniesieniu do braku posiadania przewidzianych prawem zezwoleń i uprawnień wydanych w formie decyzji administracyjnej przez Burmistrza Wąlcza do wykonywania odbioru odpadów komunalnych z terenu Gminy Drawno przez Eugeniusza Grabowskiego, wyjaśnił, że p. Eugeniusz Grabowski posiada stosowne zezwolenie na prowadzenie działalności w

zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta Wałcza w formie decyzji Burmistrza Wałcza z dnia 7 marca 2006 r. i przedłożył tą decyzję.

Ad. 4.

W odniesieniu do braku w wykazie odpadów w decyzji zezwalającej na odbieranie odpadów obejmującej zadanie Cybowo, odpadów o kodzie 20 03 01, wskazywał, iż w decyzji Burmistrza Kalisza Pomorskiego z dnia 5 grudnia 2006 r. zezwolono spółce Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na odbiór wszystkich odpadów komunalnych z grupy 20, a więc również tych o kodzie 20 03 01.

Ad. 5.

W odniesieniu do braku posiadania przewidzianych prawem zezwoleń i uprawnień wydanych w formie decyzji administracyjnej przez Burmistrza Choszczna do wykonywania odbioru odpadów komunalnych z terenu Gminy Choszczno przez Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, wykonawca stwierdził, że Spółka Remondis Sanitech Poznań posiada stosowne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Choszczno w formie decyzji Burmistrza Choszczna z dnia 10 stycznia 2011 r, którą przedłożył.

Ad. 6.

W odniesieniu do braku zaświadczenia posiadania i dysponowania środkami finansowymi lub o zdolności kredytowej, Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. stwierdził, że posiada właściwe zaświadczenie i przedłożył je do przystąpienia.

Izba postanowiła nie dopuścić wymienionego konsorcjum firm: REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. ALTVATER Piła sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eugeniusz Grabowski (zwane dalej konsorcjum REMONDIS Sanitech Poznań), wybranego do realizacji części II i VI zamówienia, do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Wykonawca wykazał interes w myśl art. 184 ust. 3 ustawy Pzp, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego. Nie spełnił jednak wymogu przesłania kopii przystąpienia do odwołania wraz z istotnymi dokumentami, odwołującemu konsorcjum EKO-FIUK. Okoliczność ta została przyznana wprost. Warunkiem skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego jest kumulatywne spełnienie wszystkich przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania określone przepisem art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania i pismem z dnia 9 maja 2011 r. podtrzymał swoje stanowisko, przedstawione w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, wnosząc jednocześnie o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów. Zamawiający w

sposób ogólnikowy stwierdził, że w jego ocenie wybrany wykonawca spełnił warunki udziału, a z treści załączonych decyzji wynikało, że wykonawcy byli w stanie wspólnie wykonać zamówienie. Fakt wykonywania czynności przez członków konsorcjum bez posiadania wymaganego zezwolenia narażał by ich co najwyżej na odpowiedzialność administracyjną bądź wobec zamawiającego. W odniesieniu do kwestionowanej opinii banku o wysokości posiadanych obrotów na koncie uznał ją za prawidłową.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, z protokołu postępowania z załączonymi dokumentami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. pism stron złożonych w postępowaniu odwoławczym wraz z załącznikami. Z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 ustawy Pzp Izba dopuściła jako dowód w sprawie pismo Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. z wnioskiem o przystąpienie do postępowania odwoławczego wraz z załącznikami. Nadto rozważyła stanowiska pełnomocników stron, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Na część II i VI zamówienia oferty złożyli: konsorcjum: PHU EKO-FIUK s.c., cena – 1 025 334,00 zł oraz konsorcjum firm: REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o., cena 651 646,08 zł. W oparciu o ustanowione kryterium oceny, zamawiający wybrał wykonawcę oferującego wykonanie przedmiotu zamówienia za niższą cenę, tj konsorcjum REMONDIS.

W Rozdziale VII pkt 1 ppkt 1) SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków – wymagane dokumenty i oświadczenia, zamawiający podał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki: posiadają uprawnienia wykonywania określonej usługi oraz do odbioru i transportu nieczystości komunalnych stałych i płynnych na terenie objętym zamówieniem na podstawie decyzji organów administracji państwowej, o których mowa w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13.09.1996 r. (Dz. U. z 1996 r. Nr 132, poz. 622 z późn. zm.) oraz ustawy o odpadach z dnia 27.04.2001 r. (tekst jednolity Dz. U. 2010 r. Nr 185. poz. 1243 z późn. zm.).

Sytuacja ekonomiczna i finansowa wykonawcy zapewnia wykonanie zamówienia:

Dla części II posiada on lub dysponuje środkami finansowymi lub zdolnością kredytową minimum 900 000,00 zł.

Dla części VI posiada lub dysponuje środkami finansowymi lub zdolnością kredytową minimum 500 000, 00 zł.

W przypadku oferty składanej na kilka części, należało wykazać kwotę stanowiącą sumę dla poszczególnych części.

Rozdział VII.2.7 SIWZ opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków. Zamawiający uzna, że wykonawcy spełniają warunki, jeżeli do oferty załączą następujące oświadczenia i dokumenty, między innymi:

- przedłożą decyzje organów administracji terenowej zezwalające na odbiór nieczystości stałych i płynnych oraz ich transport po terenie objętym zamówieniem, zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13.09.1996 r. (Dz. U. z 1996 r. Nr 132, poz. 622 z późn. zm.).

Teren objęty zamówieniem to na część II: Choszczno, Wałcz, Drawno, Cybowo, Oleszno;

Na część VI: Złocieniec, Szczecinek, Świdwin, Mirosławiec.

Rozdział VII pkt 4 Brak jakiegokolwiek dokumentu, o którym mowa w ust. 1 i 2, spowoduje wykluczenie wykonawcy i uznanie oferty za odrzuconą.

Rozdział VII pkt 8 ocena spełnienia warunków określonych w ust. 1 dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia- niespełnia” w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniach i dokumentach wyszczególnionych w ust. 2. Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, czy wymienione w ust. 2 oświadczenia i dokumenty spełniają wymogi określone przez zamawiającego. Niezłożenie chociażby jednego z dokumentów, lub złożenie niewłaściwego, skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Rozdział VII pkt 9, zamawiający zapowiedział wezwanie wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów, lub złożą dokumenty zawierające błędy, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, do ich złożenia w wyznaczonym terminie (...).

W formularzu oferty zał. nr 1 do SIWZ, zamawiający podał, że integralną częścią oferty są między innymi:

- kopie decyzji organów administracji terenowej zezwalające na odbiór nieczystości stałych i płynnych oraz ich transport po terenie objętym zamówieniem.

W dokumentach oferty wybrany wykonawca na część II i VI zamówienia konsorcjum firm: REMONDIS Sanitech Poznań sp z o.o. na stronach 99 -329 oferty zawarł decyzje organów administracji terenowej zezwalające na odbieranie odpadów komunalnych, zbieranie i transport odpadów oraz na odbiór nieczystości płynnych i ich transport. Wśród tych decyzji, na stronie 107 oferty widnieje Decyzja Burmistrza Choszczna z dnia 30 maja 2008 roku wydana dla REMONDIS Szczecin sp. z o.o. odbierania odpadów komunalnych oraz opróżniania zbiorników bezodpływowych od właścicieli nieruchomości i transportu nieczystości płynnych w Gminie Choszczno. Wymieniony podmiot nie uczestniczy w konsorcjum. Decyzję w tym zakresie Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. przedłożył w przystąpieniu. Nie stwierdził, iż jego oferta zawierała tą decyzję.

Na potwierdzenie wymaganej sytuacji ekonomiczno - finansowej wybrany wykonawca REMONDIS Sanitech Poznań przedłożył w dokumentach oferty zaświadczenie Banku Zachodniego WBK S.A. o posiadanym rachunku bankowym wydany dla Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. z dnia 10 marca 2011 r., które potwierdza dokonywane obroty, a nie wymagany stan środków na koncie lub zdolność kredytową. Stan środków na koncie, został potwierdzony dokumentem załączonym do przystąpienia.

W decyzji Burmistrza Kalisza Pomorskiego z dnia 5 grudnia 2006 r. zezwolono spółce Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na odbiór wszystkich odpadów komunalnych z grupy 20, a więc również tych o kodzie 20 03 01.

Wykonawca Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. przedłożył wraz z ofertą zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Drawno udzielone spółce Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, a więc jednemu z członków konsorcjum. U umowa konsorcjum przewiduje, iż podmiot (ALTVATER Piła Sp. z o.o. z siedzibą w Pile) będzie się zajmował odbieraniem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych w Gminie Drawno.

Okoliczność bezsporną stanowiło, że wykonawca konsorcjum REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o. nie był dotychczas wzywany przez zamawiającego o uzupełnienie dokumentów oferty.

W piśmie z wnioskiem o przystąpienie do odwołania, wybrany wykonawca załączył:

1. Zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta Świdwina w formie decyzji Burmistrza Świdwina z dnia 4 czerwca 2007 r,
2. Zezwolenie dla Eugeniusza Grabowskiego na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu miasta Wąlcza w formie decyzji Burmistrza Wąlcza z dnia 7 marca 2006 r.,
3. Zezwolenie dla Spółki Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Choszczno w formie decyzji Burmistrza Choszczna z dnia 10 stycznia 2011 r.
4. Przedłożył zaświadczenie z Raiffeisen Bank Polska o wysokości posiadanych środków na rachunkach.

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania, skoro jego oferta, jako jedna z dwóch złożonych na część II i VI zamówienia, została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Zatem jest uprawniony aby skarżyć, jak uważa - niezgodne z ustawą Pzp, czynności i zaniechania zamawiającego wobec oferty konkurenta, które godzą w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia.

Oceniając przytoczony wyżej, materiał dowodowy sprawy, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że skoro wybrany wykonawca przedłożył wraz z ofertą zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Drawno, udzielone liderowi konsorcjum Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, to tym samym spełnił warunek dotyczący uprawnień do odbierania odpadów komunalnych na terenie wymienionej Gminy. Odwołujący nie kwestionował, a nawet podkreślał istnienie wyłącznie po stronie lidera wybranego konsorcjum, takich uprawnień. Okoliczność, że umowa konsorcjum przewiduje, iż to inny podmiot (ALTVATER Piła Sp. z o.o. z siedzibą w Pile) - członek konsorcjum będzie się zajmował odbieraniem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych w Gminie Drawno nie ma żadnego wpływu, ani na treść oferty, ani na stwierdzenie czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Umowa konsorcjum nie powinna być i nie była wymagana, zatem nie może także stanowić podstawy dla oceny spełnienia przez wykonawcę postawionych warunków uczestnictwa w przetargu. Istotne dla oceny spełnienia wymienionego warunku było, że w dokumentach oferty, zawarte było stosowne zezwolenie dla uczestnika wybranego konsorcjum na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Drawno.

Izba również oceniła, iż zarzut braku w wykazie odpadów, w decyzji zezwalającej na odbieranie odpadów obejmującej zadanie Cybowo, tj. odpadów o kodzie 20 03 01, nie znalazł potwierdzenia. W decyzji Burmistrza Kalisza Pomorskiego z dnia 5 grudnia 2006 r. zezwolono spółce Remondis Sanitech Poznań Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na odbiór wszystkich odpadów komunalnych z grupy 20, a więc również tych o kodzie 20 03 01.

Powyższe zarzuty odnosiły się do dokumentów zawartych w ofercie wybranego wykonawcy, które zamawiający poddał badaniu i ocenie, w aspekcie spełnienia przez wykonawcę postawionych warunków udziału. Stały się one podstawą dla czynności zamawiającego wyboru oferty tego wykonawcy, a więc także Izba władna była wypowiedzieć się na temat, czy ocena zamawiającego w tym zakresie była prawidłowa.

Izba miała wszelkie podstawy do przyjęcia, że skoro przystępujący lider konsorcjum: Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. dopiero do pisma, którym przystąpił do postępowania odwoławczego, załączył dokumenty, które jego zdaniem potwierdzają spełnienie warunków

udziału w postępowaniu w zakresie zarzutów odwołania, to tym samym przyznał okoliczności podnoszone w odwołaniu, że jego oferta była dotknięta brakami. Poza sytuacją, gdzie wykazywał, że złożone do dokumentów oferty zezwolenie, zostało udzielone nie temu uczestnikowi konsorcjum, który umownie został wyznaczony do wykonania obsługi oznaczonego rejonu.

Należało zważyć, iż jak postanawia art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zamawiający dokonał badania i oceny ofert, przyjmując ofertę konsorcjum w takim stanie, w jakim się ona znajdowała na dzień tej oceny.

Przez sam fakt, że wybrany wykonawca, złożył w piśmie wniosującym o przystąpienie do odwołania brakujące dokumenty stosownych opisanych wyżej decyzji administracyjnych, umożliwiających wykonywanie usługi odbierania nieczystości stałych i płynnych oraz ich transport po terenie objętym zamówieniem, potwierdził, że dokumentacja jego oferty była niepełna. Nie wskazał, które z tych dokumentów były dołączone do oferty. W takich okolicznościach zamawiający nie był uprawniony aby dokonać wyboru tej oferty. Zatem czynność wyboru oferty konsorcjum Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. była wadliwa, podjęta z naruszeniem prawa, t.j. art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wykonawca nie wykazał w sposób opisany w SIWZ spełnienia wyznaczonych warunków udziału w postępowaniu. Nie przedłożył kompletu decyzji administracyjnych, umożliwiających podjęcia się realizacji usługi.

Przedłożone nowe zaświadczenie z Raiffeisen Bank Polska o wysokości posiadanych środków na rachunkach, oznaczało, że wykonawca wybrany sam uznał poprzednie zaświadczenie zawarte w ofercie dla wykazania wymaganej sytuacji finansowej za wadliwe. Niespełnienie chociażby jednego warunku, opisanego w SIWZ, jak zapowiedział zamawiający, będzie powodowało skutek wykluczenia z postępowania. Zamawiający jest na równi z wykonawcami związany warunkami uczestnictwa w przetargu, które ustanowił i podał do publicznej wiadomości w drodze ogłoszenia. Na etapie oceny ofert nie może od tych warunków odstępować.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie przysługuje od czynności zamawiającego, bądź od zaniechań czynności, do których przeprowadzenia zamawiający jest zobowiązany zgodnie z tą ustawą. Oznacza to, że Izba nie jest władna przeprowadzić takiej oceny, w oparciu o nowe dokumenty, których oferta w jej pierwotnym kształcie nie zawierała. Gdyby tak uczyniła, nie dokonywałaby oceny czynności zamawiającego w odniesieniu do przestrzegania przepisów ustawy Pzp, wobec kwestionowanej oferty, lecz zastępowała zamawiającego w czynnościach, które mu przynależą. Zarzuty ze strony

odwołującego, podnoszone w odwołaniu, były oparte o stan oferty konsorcjum Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o., przyjęty do oceny ofert. Zatem nie zachodziły podstawy, aby strony wypowiedziały się na temat nowych dokumentów, nie będących uprzednio przedmiotem oceny zamawiającego. Również Izba nie miała podstaw, aby w jakimkolwiek stopniu zajmować stanowisko oceniając prawidłowość lub nieprawidłowość nowych dokumentów. Nie stanowiły one bowiem materiału, w oparciu o który odwołujący sformułował zarzuty odwołania. Ustawa Pzp przyznaje Izbie kompetencje rozpatrywania sprawy w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 tej ustawy.

Postępowanie dowodowe wykazało, że oferta konsorcjum Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. dotknięta była brakami, a jej wybór na część II i VI zamówienia, w takim stanie, w jakim się znajdowała, naruszył art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp. Wykonawca, który nie wykazał spełnienia warunków udziału, określonych w SIWZ, w odniesieniu do posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w niniejszym przypadku uprawnień do wykonywania oznaczonych usług odbioru i transportu nieczystości komunalnych stałych i płynnych na terenie objętym zamówieniem na podstawie decyzji upoważnionych organów, kwalifikuje się do wykluczenia z postępowania oraz do odrzucenia jego oferty. To samo dotyczy braku wykazania sytuacji finansowej, która by potwierdzała odpowiedni wymagany w SIWZ stan środków na koncie lub zdolność kredytową w oznaczonej kwocie.

Zanim jednak zamawiający byłby uprawniony do podjęcia takich czynności, eliminujących konsorcjum Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. z postępowania, zobowiązany jest uprzednio wyczerpać procedurę określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwać wykonawcę do uzupełnienia wymaganych dokumentów, których oferta nie zawiera, bądź błędnych, wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Okolicznością bezsporną jest, że wybrany wykonawca dotychczas nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów. Ewentualność taka, była wprost objęta treścią odwołania. Oznacza to zdaniem Izby, że zamawiający, przed podjęciem czynności ponownej oceny ofert, ma formalnie zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać wykonawcę do złożenia dokumentów, które zostały samodzielnie dostarczone przez konsorcjum REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o., w ramach postępowania odwoławczego. Przystąpienie do postępowania odwoławczego nie stanowi bowiem momentu, który wyznaczył ustawodawca na uzupełnianie dokumentów oferty.

Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp, miało istotny wpływ na wynik postępowania, skoro zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy: REMONDIS Sanitech

Poznań sp. z o.o., ALTVATER Piła sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eugeniusz Grabowski dla części II i VI, niespełniającego podanych w SIWZ warunków udziału.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania na podstawie § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

KIO 898/11

Odwołujący: REMONDIS Szczecin Sp. z o.o. zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust 1 Pzp, przez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 tej ustawy, przez uznanie, że wybrany wykonawca na część I zamówienia: RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany w Rozdziale VII pkt 1 ppkt 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a tym samym zaniechanie wykluczenia z postępowania RAGN - SELLS Polska sp. z o.o.,
- 3) art. 24 ust. 4 Pzp, przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu uznania za odrzuconą ofertę RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o.,
- 4) art. 90 ust. 1 Pzp, przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu żądania od RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o. udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez RAGN - SELLS Polska sp. z o.o.,
- 2) dokonania ponownej oceny i badania ofert, a jej efekcie wykluczenie RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. z postępowania oraz odrzucenie oferty RAGN - SELLS Polska sp. z o.o.
- 3) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

jak również:

zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazywał, iż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jako że złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w kolejności, co oznacza, że wykluczenie oraz odrzucenie oferty RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o. z postępowania spowoduje, że oferta odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą. Podnosił, że naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o., który winien być wykluczony z postępowania, a

oferta odrzucona i zaniechanie wyboru oferty odwołującego, sprawia, że poniesie on szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia.

I. W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że na część I zamówienia: Szczecin, Szczecin Podjuchy, Stargard Szczeciński, Glewice, Mosty zamawiający dokonał bezpodstawnie wyboru oferty RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku nr 4 do SIWZ wywóz odpadów komunalnych stałych (nieczystości stałych) odbywać się będzie z miejscowości: Szczecin, Szczecin Podjuchy, Stargard Szczeciński, Bielkowo, Glewice i Mosty, natomiast wywóz nieczystości płynnych odbywać się będzie z miejscowości: Szczecin, Szczecin Podjuchy i Stargard Szczeciński. Zamawiający żądał od wykonawców przedłożenia decyzji organów administracji terenowej zezwalających na odbiór nieczystości stałych i płynnych oraz ich transport po terenie objętym zamówieniem.

W takiej sytuacji przedkładane przez wykonawców decyzje na potwierdzenie spełnienia powyższych warunków powinny zezwalać im na odbiór odpadów komunalnych stałych i nieczystości płynnych oraz ich transport z wyżej wymienionych miejscowości.

Zdaniem odwołującego przedłożone w celu potwierdzenia spełnienia warunku, przez RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o. następujące dokumenty są niewłaściwe:

- 1) decyzja Prezydenta Miasta Stargard Szczeciński z dnia 20 sierpnia 2009 r. (znak sprawy: TI.II.6.6431-1/09) w sprawie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na obszarze Gminy - Miasta Stargard Szczeciński - (dla miejscowości Stargard Szczeciński),
- 2) decyzja Burmistrza Gminy Goleniów z dnia 23 października 2008 r. (znak sprawy: WAOŚ-AM-7660/5/2008) w sprawie zezwolenia na prowadzenie działalności polegającej na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zlokalizowanych na terenie Gminy Goleniów - (dla miejscowości Glewice i Mosty),
- 3) decyzja Prezydenta Miasta Szczecina z dnia 17 lipca 2008 r. (znak:WGKiOŚ.IV.LR-7062/7/2008) w sprawie udzielenia zezwolenia na prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy - Miasto Szczecin - (dla miejscowości Szczecin i Szczecin Podjuchy),
- 4) decyzja Prezydenta Miasta Szczecina z dnia 1 grudnia 2010 r. (znak: WGKiOŚ/IV/LR/7062/I 1/2010 w sprawie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych na terenie Gminy - Miasto Szczecin - (dla miejscowości Szczecin i Szczecin Podjuchy),
- 5) decyzja Wójta Gminy Kobylanka w sprawie zezwolenia na prowadzenie działalności na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie gminy Kobylanka - (dla miejscowości Bielkowo).

Mając powyższe na uwadze odwołujący stwierdził, iż przedkładając ww. dokumenty wykonawca: RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale VII pkt 1 ppkt 1) SIWZ. Dokumenty te, w opinii odwołującego, potwierdzają jedynie posiadanie przez RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o. uprawnień do wykonywania działalności w zakresie odbioru odpadów komunalnych stałych na terenie miejscowości Szczecin, Szczecin Podjuchy, Stargard Szczeciński, Bielkowo, Glewice oraz Mosty. Posiadanie powyższych uprawnień, jak utrzymywał odwołujący, nie jest jednak wystarczające, aby można było stwierdzić, że przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu został przez RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o. spełniony. Zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego postępowania posiadali nie tylko uprawnienia do odbioru odpadów komunalnych stałych, ale także do ich transportu. Powyższe jednoznacznie zostało opisane w Rozdziale VII pkt 1 ppkt 1) SIWZ tj. „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (...).Posiadają uprawnienia (...) do odbioru i transportu nieczystości komunalnych stałych (...) na terenie objętym zamówieniem na podstawie decyzji organów administracji państwowej, o których mowa w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13.09.1996 r. (Dz. U. z 1996 r. Nr 132, poz. 622 z późn. zm.) oraz ustawy o odpadach z dnia 27.04.2001 r. (tekst jednolity Dz. U. 2010 r. Nr 185. poz. 1243 z późn. zm.)". Oznacza to, że wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia musi wykazać posiadanie zezwolenia na transport odpadów komunalnych wydanego na podstawie art. 28 ustawy o odpadach przez właściwego starostę ze względu na miejsce siedziby lub miejsce jego zamieszkania. Bez posiadania ww. zezwolenia wykonawca nie będzie mógł wykonywać przedmiotowego zamówienia.

Ponadto zaznaczał, iż posiadanie zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych nie obejmuje zezwolenia na ich transport, gdyż oba te zakresy prowadzenia działalności gospodarczej zostały odrębnie uregulowane w dwóch różnych ustawach. Odrębnie też określono zakresy działalności wymagającej uzyskania właściwej decyzji administracyjnej. Wymóg posiadania zezwolenia na prowadzenie przez przedsiębiorców działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości został uregulowany w art. 7 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 236, poz. 2008 z późn. zm.), natomiast wymóg posiadania zezwolenia na transport odpadów komunalnych uregulowany został w art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 z późn. zm.).

Podobne stanowisko w zakresie wzajemnych relacji art. 7 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn.: Dz. U. z 2005 r. Nr 236, poz. 2008 z późn. zm.) i art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach

(tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 z późn. zm.) zostało zaprezentowane przez Ministerstwo Środowiska Departament Prawny w piśmie z dnia 22 października 2004 r. znak: DP 024 -368/04/MD (zamieszczonym w Systemie Informacji Prawnej Lex) „(...) na prowadzenie przez przedsiębiorców działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wymagane jest uzyskanie zezwolenia wójta, burmistrza lub prezydenta miasta właściwego ze względu na miejsce świadczenia usług, które jest wydawane na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Wyjątek stanowią gminne jednostki organizacyjne prowadzące taką działalność na obszarze własnej gminy, które nie mają obowiązku uzyskania zezwoleń na odbieranie odpadów komunalnych. Niezależnie od zezwoleń na odbiór odpadów komunalnych wymagane są na podstawie ustawy o odpadach zezwolenie na zbieranie, transport, odzysk lub unieszkodliwianie odpadów komunalnych wydawane przez starostów lub wojewodów na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2004 r. o odpadach.” Odwołujący wywodził, że RAGN SELLS Polska Sp. z o.o., w celu potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia działalności zobligowany był do przedłożenia także decyzji właściwego starosty zezwalającej na transport odpadów komunalnych, czego jednak nie uczynił, a tym samym nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w tym zakresie.

Ponadto zgodnie z opisanym w Rozdziale VII pkt 1 ppkt 1) SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien wykazać, że posiada „(...) uprawnienia do (...) odbioru i transportu nieczystości (...) płynnych na terenie objętym zamówieniem na podstawie decyzji organów administracji państwowej, o których mowa w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13.09.1996 r. (Dz. U. z 1996 r. Nr 132, poz. 622 z późn. zm.) (...)”. Przez nieczystości ciekłe (płynne) zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1) ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach należy rozumieć ścieki gromadzone przejściowo w zbiornikach bezodpływowych. W ramach wykonywania usługi polegającej na wywozie nieczystości ciekłych (płynnych) należy opróżniać zbiornik bezodpływowy i odstawiać nieczystości ciekłe (płynne) do stacji zlewnych. Na taką działalność zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 2) cytowanej ustawy wymagane jest zezwolenie w zakresie opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych. Zezwolenie to zgodnie z art. 7 ust. 6 ustawy udziela w drodze decyzji wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce świadczenia usługi. Jak to zostało podane wyżej wywóz nieczystości płynnych w ramach przedmiotowego zamówienia odbywać się będzie z miejscowości Szczecin, Szczecin Podjuchy i Stargard Szczeciński. Stosownie do powyższego RAGN SELLS Polska Sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego posiadania uprawnień w zakresie odbioru i transportu nieczystości

płynnych (ciekłych) przedłożył wraz z ofertą jedynie decyzję Prezydenta Miasta Szczecina z dnia 1 grudnia 2010 r. w sprawie udzielenia zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości na terenie Gminy - Miasto Szczecin, a co za tym idzie potwierdził, że wybrany wykonawca uprawniony jest do odbioru i transportu nieczystości płynnych (ciekłych) z miejscowości: Szczecin i Szczecin Podjuchy. Tymczasem w ofercie przedłożonej przez RAGN SELLS Polska Sp. z o.o. brak jest decyzji Prezydenta Miasta Stargardu Szczecińskiego zezwalającej na opróżnianie zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości na terenie Gminy - Miasta Stargard Szczeciński. Wobec tego, odwołujący uznał, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w omawianym zakresie.

W świetle powyższego, odwołujący przyjął, iż wykonawca RAGN SELLS Polska sp. z o.o. nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale VII pkt 1 ppkt 1) SIWZ. W przedłożonej przez wykonawcę ofercie brak jest decyzji zezwalającej na odbiór nieczystości płynnych i ich transport na terenie Stargardu Szczecińskiego, a także decyzji zezwalającej na transport odpadów komunalnych. Wobec tego stwierdził, iż wybierając ofertę RAGN SELLS Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszą zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 pkt 1) w zw. art. 24 ust. 2 pkt 4) oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zobligowany był bowiem wykluczyć RAGN SELLS Polska sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a ofertę uznać za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 tej ustawy.

II. Zgodnie z informacją podaną bezpośrednio przed otwarciem ofert na realizację usługi polegającej na wywozie odpadów komunalnych stałych (segregowanych i niesegregowanych) oraz nieczystości płynnych z jednostek, instytucji i obiektów wojskowych zlokalizowanych na terenie działania RZI Szczecin w okresie od 01.05.2011 do 30.04.2012 r. dla części I, zamawiający przeznaczył kwotę w wysokości 1 223 444,74 zł. Tymczasem cena oferty najkorzystniejszej złożonej przez RAGN SELLS Polska Sp. z o.o. wynosi 657 754,12 zł, czyli jest prawie o połowę mniejsza od kwoty jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia oraz od oferty odwołującego, która wynosi 1 234 364, 40 zł.

W opinii odwołującego, cena wskazana w ofercie najtańszej nie gwarantuje rzetelnego oraz zgodnego z wymogami zamawiającego wykonania zamówienia, a tym samym narusza zasady uczciwej konkurencji. W związku z powyższym utrzymywał, że oferta firmy RAGN SELLS Polska Sp. z o.o., powinna zostać odrzucona z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W takim przypadku przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej, według odwołującego, zamawiający powinien mieć uzasadnione wątpliwości co do faktu czy cena oferty wybranej nie jest rażąco niską i wszcząć procedurę

zmierzającą do wyjaśnienia tej kwestii. Tymczasem wybierając ofertę najkorzystniejszą bez żądania od firmy RAGN SELLS Polska Sp. z o.o., udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, naruszył postanowienia art. 90 ust. 1 Pzp.

Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej a wcześniej Zespołów Arbitrów, że w sytuacji takiej, jak zaistniała w niniejszym postępowaniu zamawiający powinien wezwać wykonawcę do przedłożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W wyroku z dnia 23 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1443/08) Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż: „Na aprobatę zasługuje w ocenie Izby podnoszone w doktrynie stanowisko, że odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10 % od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20 % od wartości szacunkowej zamówienia (vide; G. Wicik, P. Wiśniewski w Prawo zamówień publicznych. Komentarz. C.H. Beck. Warszawa 2007, str. 467).” Z kolei w wyroku z dnia 26 lipca 2005 r. UZP/ZO/0-1866/05 Zespół Arbitrów orzekł: „W celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania określonej ceny, co do której postawiono zarzut rażąco niskiej. W świetle ustalonej przez Zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia wyższej o około 45% od wysokości kwoty oferty najtańszej - Zamawiający powinien mieć uzasadnione wątpliwości co do faktu czy cena oferty wybranej za najkorzystniejszą nie jest rażąco niską.” Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień. W wyroku z dnia 14 lutego 2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt KIO/UZP 73/08; KIO/UZP 74/08) uznała, iż cenę za rażąco niską można uznać w wypadku, jeżeli jest ona wyraźnie niższa od pozostałych zaoferowanych cen lub od wartości szacunkowej zamówienia. Zgodnie z internetowym Słownikiem języka polskiego PWN "rażący" to: rzucający się w oczy, wyraźny, bardzo duży". Mając powyższe na uwadze założył, iż oferta złożona przez RAGN SELLS Polska Sp. z o.o. jest ofertą z rażąco niską ceną. Nie jest możliwe, jak twierdził odwołujący, wykonanie przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę bez poniesienia straty. Przede wszystkim biorąc pod uwagę cenę zaoferowaną przez RAGN SELLS Polska Sp. z o.o. tj. 657 754,12 zł oraz koszty, jakie w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia należy ponieść np. koszt zakupu pojemników 11001 na odpady, koszt podstawienia i zabrania pojemników, koszt transportu odpadów, koszt przyjęcia odpadów na składowisko, koszt przyjęcia nieczystości do oczyszczalni/punktów zlewnych itp., to uznał, iż strata jaką wykonawca ten poniesie w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia będzie wynosić ok. 225 528, 51 zł, a tym

samym zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska, gdyż wskazuje na realizację zamówienia poniżej kosztów wykonania usługi. Przedstawił własną kalkulację ceny, z której miałyby wynikać strata jaką poniesie RAGN SELLS Polska sp. z o.o. w związku z podjęciem się realizacji tego zamówienia.

Na wezwanie zamawiającego z dnia z dnia 29 kwietnia 2011 r., pismem z dnia 2 maja 2011 r., w kopii przesłanym stronom postępowania, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wybrany wykonawca na część I - RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. jednocześnie wnioskując o:

1. odrzucenie odwołania w całości;

w przypadku skierowania odwołania na rozprawę:

2. oddalenie odwołania w całości. Przystępujący wnosił o rozstrzygnięcie sporu na korzyść zamawiającego ze względu na bezsporną korzyść wynikającą z wyboru oferty najkorzystniejszej, a za taką uważał tę którą złożył.

1. W odniesieniu do zastrzeżenia opisanego w punkcie I odwołania a odnoszącego się do braku uprawnień przystępującego RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. do transportu odpadów komunalnych stałych na terenie objętym przedmiotowym przetargiem, wyjaśnił co następuje:

a) Ragn-Sells Polska sp. z o.o. posiada zezwolenie na transport odpadów innych niż niebezpieczne na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie decyzji Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 18 czerwca 2003 roku, z późniejszymi zmianami nr 866/OŚ/2004 z dnia 18 listopada 2004 r., nr 341/OŚ/2005 z dnia 6 kwietnia 2005 r., nr 590/OŚ/2005 z dnia 17 czerwca 2005 r., nr 1419/OŚ/2008 z dnia 31 grudnia 2008 r., i nr 45/OŚ/2010 z dnia 19 stycznia 2010 r. uwzględniającymi również zezwolenie na transport odpadów niebezpiecznych,

b) Powyższa decyzja obejmująca cały obszar Rzeczypospolitej Polskiej i jest pierwotną w stosunku do możliwości wnioskowania i uzyskania zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych w dowolnych gminach na terenie całego kraju. Przedstawił;

- kopię wymienionej decyzji wraz z późniejszymi zmianami zezwalającymi na transport odpadów na terenie całego kraju.

2. W odniesieniu do zastrzeżeń opisanych w punkcie I odwołania, a odnoszących się do braku decyzji zezwalającej na odbiór nieczystości płynnych i ich transportu na terenie Stargardu Szczecińskiego, przystępujący informował, że spółka RAGN –SELLS Polska sp. z o.o. posiada zezwolenie na transport nieczystości płynnych wydane przez Prezydenta Miasta Warszawy w postaci Załącznika Nr1 Bbb do Decyzji Nr 778/OŚ/2010 z dnia 13.09.2010 roku. Dodatkowo, wykonawca (Ragn-Sells Polska) posiada umowę z dnia 2 kwietnia 2011 roku z

podwykonawcą, firmą PHU Krzysztof Szymecki na współpracę w dziedzinie odbioru nieczystości płynnych na terenie Stargardu Szczecińskiego. Firma PHU Krzysztof Szymecki posiada zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych z terenu Gminy - Miasta Stargard Szczeciński z dnia 15.02.2010 r., wydaną przez Prezydenta Miasta Stargard Szczecińskiego. Na dowód przedstawił kopię umowy współpracy pomiędzy RAGN-SELLS Polska Sp. z o.o. a firmą PHU Krzysztof Szymecki oraz zezwolenie dla firmy PHU Krzysztof Szymecki na prowadzenie działalności w zakresie opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych z terenu Gminy - Miasta Stargard Szczeciński.

Do przystąpienia wykonawca RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. dołączył plik decyzji na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów wydanych na jego rzecz oraz w zakresie opróżniania i transportu nieczystości ciekłych z terenu Gminy Miasta Stargard Szczeciński wydane na rzecz p. K. Szymeckiego, wraz z umową o współpracy.

3. W odniesieniu do zastrzeżenia punktu II, odnoszącego się do „zaferowanie cen niewiarygodnych, nierealistycznych w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień,” przystępujący wyjaśnił, że analiza poziomu cen rynkowych w oparciu o zestawienie ostatnich przetargów publicznych na terenie województwa zachodniopomorskiego wskazuje na zupełnie inny obraz aniżeli ten, który rysuje odwołujący. Przetargi organizowane w latach 2010 i 2011 przez instytucje publiczne (w tym m.in. Komendę Wojewódzką Policji w Szczecinie, Zachodniopomorski Uniwersytet Technologiczny w Szczecinie czy Szpital Kliniczny Unii Lubelskiej) były wygrywane przez spółkę Remondis oferującą ceny znacznie niższe aniżeli najkorzystniejsza cena jaką zaferował przystępujący w przedmiotowym przetargu. Na dowód przedstawił zestawienie przetargów, zamawiających i cen uznanych za najbardziej korzystne.

Data przetargu	Zamawiający	Okres świadczenia	Wybrana oferta/ cena za 1m3		Wygrywający	Uwagi
				odpady gruz		
19.03.2010	Akademia Morska	01.05.2010-31.12.2011	41,60 zł		40,00 zł	TOMPOL Szczecin
25.03.2010	Komenda Wojewódzka	01.05.2010-30.04.2011	42,70 zł			REMONDIS Szczecin

26.03.2010	Zachodniopomorski Uniwersytet Technologiczny w Szczecinie	01.05.2010-30.04.2013	30,00 zł*	1,00 zł	60,00 zł	REMONDIS Szczecin	* średnia arytmetyczna wynikająca z ceny za m3 odpadów komunalnych
22.04.2011	Szpital Kliniczny Unii Lubelskiej	01.05.2011-30.04.2012	45,45 zł	0,01 zł		REMONDIS Szczecin	
19.04.2011	Gmina Chociwel,	01.05.2011-30.04.2012	54,09 zł			REMONDIS Szczecin	Miejsce świadczenia
08.04.2011	RZI Szczecin	01.05.2011-30.04.2012	50,00 zł	1,00 zł	50,00 zł	Ragn - Selis Polska Sp. z o.o.	

Przystępujący stwierdził, że kalkulacja cenowa w oparciu o niesprawdzone dane, przygotowana i załączona do odwołania przez spółkę Remondis, zmierza do zdyskredytowania go jako wybranego wykonawcy i zawiera szereg podstawowych błędów. Do najważniejszych zaliczył należy:

- zawyżony koszt zakupu wymaganych pojemników,
- błędnie skalkulowana odległość transportu pojemników wymaganych do podstawienia i odebrania ze wskazanych lokalizacji,
- zawyżony koszt przejazdu w przeliczeniu na 1 km (zwraca uwagę daleko idąca dowolność w doborze kosztu przy różnych lokalizacjach - od 3,5 PLN za km do 10 PLN za km)
- błędnie skalkulowane odległości przejazdów na poszczególnych trasach wywozowych
- nie uwzględniony efekt redukcji kosztu przy rozsądnie logistycznie przygotowanych trasach zbiórki odpadów uwzględniających również odbiór odpadów od innych klientów,
- błędne założenie wskazujące na konieczność codziennego, nieefektywnego ekonomicznie przejazdu do każdej lokalizacji określonej w przetargu,
- zawyżona cena utylizacji gruzu (270 PLN za tonę) wynikająca prawdopodobnie z błędnego założenia, że gruz będzie przez wykonawcę wywożony do stacji przeładunkowej SITA Jantra,

- zaniżone ceny dalszej sprzedaży odpadów segregowanych np. 250 PLN za 1Mg papieru przy aktualnie obowiązującej cenie rynkowej wynoszącej około 550 PLN,
- przelicznik 1 m³ odpadów komunalnych na Mg wskazujący na zwiększoną wagę, a tym samym koszt przyjęcia odpadów na składowisko.

Przystępujący oświadczył, że posiada szczegółową kalkulację opłacalności usługi. Niemniej jednak ze względu na poufność zawartych w niej komercyjnych informacji wykonawca nie chciałby załączać wyżej opisanej kalkulacji do ogólnie dostępnego pliku danych na tym etapie.

W podsumowaniu zauważył, że zastrzeżenia odwołującego - Remondis w stosunku do czynności zamawiającego wobec oceny oferty RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. są bezpodstawne i wynikają z poczucia utraty kontraktu, przy którym odwołujący spodziewał się uzyskać ponad standardowe zyski. W związku z tym, obwinianie w treści odwołania spółki Ragn-Sells Polska o stosowanie „rażąco niskich cen” uznał za niczym nieusprawiedliwione, zwłaszcza w kontekście cen oferowanych przez odwołującego w stosunku do innych zamawiających na terenie Szczecina i okolic. Uznał także, że wybór jego oferty jest słuszny, ponieważ zapewnia zamawiającemu (a przez to budżetowi Państwa) oszczędności oraz wprowadza na rynek konieczność podniesienia jakości usług dzięki wprowadzeniu zwiększonej konkurencji w branży.

Izba postanowiła dopuścić wymienionego wykonawcę: RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o. wybranego do realizacji części I zamówienia, do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący wykazał interes w myśl art. 185 ust. 3 ustawy Pzp, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego.

Izba ustaliła, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania określone przepisem art. 198 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania i podtrzymał swoje stanowisko, przedstawione w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 maja 2011 r. podnosił, że oferta odwołującego zawiera cenę wyższą niż wartość szacunkowa, co spowodowałoby unieważnienie postępowania przetargowego, gdyby doszło do wyboru oferty odwołującego. Zamawiający przyznał, że oferta firmy RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o. nie zawiera zezwolenia na transport odpadów komunalnych na terenie miasta Stargard Szczeciński, ale w decyzji Prezydenta Miasta Stargard Szczeciński z 20.08.2009 r. w uzasadnieniu powołuje się na decyzję Prezydenta Miasta Warszawy,

potwierdzającą posiadanie zezwolenia na prowadzenie na terenie kraju działalności w zakresie transportu odpadów, na co przed wyborem tej oferty uzyskał potwierdzenie telefoniczne. Wobec czego zaniechał czynności wezwania firmy RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia braków i wybrał tą ofertę do realizacji zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny, zamawiający podzielił poglądy przystępującego, że podane stawki nie odbiegają od stosowanych na terenie województwa zachodniopomorskiego i przedstawił zestawienie tych stawek.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, z protokołu postępowania z załączonymi dokumentami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty przystępującego, pism stron i uczestnika złożonych w postępowaniu odwoławczym wraz z załącznikami. Nadto rozważyła stanowiska pełnomocników stron i przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Na część I zamówienia oferty złożyli: RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o., cena – 657 754,12 zł oraz REMONDIS Szczecin sp. z o.o. cena 1 234 367,14 zł. W oparciu o ustanowione kryterium oceny, zamawiający wybrał wykonawcę oferującego wykonanie przedmiotu zamówienia za niższą cenę, tj RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, dla:

- części: I – w wysokości brutto - 1 223 444,74 zł, cena oferty wybranej – 657 754,12 zł, RAGN – SELLS,
- części: II – w wysokości brutto - 1 115 669,38 zł, cena oferty wybranej – 651 646,08 zł, konsorcjum REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o.,
- części: III – w wysokości brutto - 278 316,00 zł, cena oferty wybranej – 185 403,00 zł, REMONDIS Szczecin sp. z o.o. (odwołujący),
- części: IV – w wysokości brutto – 585 220,90 zł, cena oferty wybranej – 530 995,64 zł,
- części: V – w wysokości brutto – 272 076,11 zł, cena oferty wybranej – 257 059,83 zł,
- części: VI – w wysokości brutto - 490 258,31 zł, cena oferty wybranej – 304 320,24 zł.

W Rozdziale VII pkt 1 ppkt 1) SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu, opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków – wymagane dokumenty i oświadczenia, zamawiający podał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy

spełniają następujące warunki: posiadają uprawnienia wykonywania określonej usługi oraz do odbioru i transportu nieczystości komunalnych stałych i płynnych na terenie objętym zamówieniem na podstawie decyzji organów administracji państwowej, o których mowa w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13.09.1996 r. (Dz. U. z 1996 r. Nr 132, poz. 622 z późn. zm.) oraz ustawy o odpadach z dnia 27.04.2001 r. (tekst jednolity Dz. U. 2010 r. Nr 185, poz. 1243 z późn. zm.).

Rozdział VII.2.7 SIWZ opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków. Zamawiający uzna, że wykonawcy spełniają warunki, jeżeli do oferty załączą następujące oświadczenia i dokumenty, między innymi:

- decyzje organów administracji terenowej przedłożenia decyzji organów administracji terenowej zezwalające na odbiór nieczystości stałych i płynnych oraz ich transport po terenie objętym zamówieniem, zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13.09.1996 r. (Dz. U. z 1996 r. Nr 132, poz. 622 z późn. zm.)

Teren objęty zamówieniem to na część I: Szczecin, Szczecin Podjuchy, Stargard Szczeciński, Glewice, Mosty.

Rozdział VII pkt 4 Brak jakiegokolwiek dokumentu, o którym mowa w ust. 1 i 2, spowoduje wykluczenie wykonawcy i uznanie oferty za odrzuconą.

Rozdział VII pkt 8 ocena spełnienia warunków określonych w ust. 1 dokonana zostanie zgodnie z formuła „spełnia- niespełnia” w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniach i dokumentach wyszczególnionych w ust. 2. Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, czy wymienione w ust. 2 oświadczenia i dokumenty spełniają wymogi określone przez zamawiającego. Niezłożenie chociażby jednego z dokumentów, lub złożenie niewłaściwego, skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Rozdział VII pkt 9, zamawiający zapowiedział wezwanie wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów, lub złożą dokumenty zawierające błędy, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, do ich złożenia w wyznaczonym terminie (...).

W formularzu oferty zał. nr 1 do SIWZ, zamawiający podał, że integralną częścią oferty są między innymi:

- kopie decyzji organów administracji terenowej zezwalające na odbiór nieczystości stałych i płynnych oraz ich transport po terenie objętym zamówieniem.

W załączniku nr 4 do SIWZ zamawiający określił miejsca wywozu z oznaczeniem rodzaju odpadów.

Wybrany wykonawca RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o. w swojej ofercie, zawarł na stronach 16-31 decyzje organów administracji terenowej, tj.

- 1) decyzję Prezydenta Miasta Stargard Szczeciński z dnia 20 sierpnia 2009 r. (znak sprawy: TI.II.6.6431-1/09) w sprawie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie

odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na obszarze Gminy - Miasta Stargard Szczeciński - (dla miejscowości Stargard Szczeciński),

2) decyzję Burmistrza Gminy Goleniów z dnia 23 października 2008 r. (znak sprawy: WAOŚ-AM-7660/5/2008) w sprawie zezwolenia na prowadzenie działalności polegającej na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zlokalizowanych na terenie Gminy Goleniów - (dla miejscowości Glewice i Mosty),

3) decyzję Prezydenta Miasta Szczecina z dnia 17 lipca 2008 r. (znak:WGKiOŚ.IV.LR-7062/7/2008) w sprawie udzielenia zezwolenia na prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy - Miasto Szczecin - (dla miejscowości Szczecin i Szczecin Podjuchy),

4) decyzję Prezydenta Miasta Szczecina z dnia 1 grudnia 2010 r. (znak: WGKiOŚ/IV/LR/7062/1/2010 w sprawie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych na terenie Gminy - Miasto Szczecin - (dla miejscowości Szczecin i Szczecin Podjuchy).

Pismem z dnia 12 kwietnia 2011 r. zamawiający wzywał wykonawcę RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów, pisząc iż w części VII SIWZ żądał decyzji organów administracji terenowej zezwalających na odbiór nieczystości stałych i płynnych oraz ich transport po terenie objętym zamówieniem.

Dalej zamawiający wskazywał, że do oferty zostały załączone na stronach 16-31 decyzje organów administracji terenowej na odbiór nieczystości płynnych i ich transport na terenie Gminy Miasta Szczecin, Stargard Szczeciński, Goleniów. Brak jest natomiast decyzji dla miejscowości Bielkowo gmina Kobylanka zezwalających na odbiór nieczystości płynnych i ich transport na terenie wymienionej Gminy.

W dniu 14 kwietnia 2011 r. wybrany wykonawca złożył decyzję Wójta Gminy Kobylanka z 18.06.2009 w sprawie zezwolenia na prowadzenie działalności na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie gminy Kobylanka - (dla miejscowości Bielkowo), obejmującą odbioru nieczystości stałych i ich transport.

Strony zgodnie przyznały do protokołu rozprawy, że z terenu Bielkowa odbiór nieczystości płynnych i ich transport nie jest realizowany. Wezwanie tej treści było pomyłkowe. Przystępujący przy piśmie z dnia 14 kwietnia 2011 r. złożył właściwą decyzję.

Dopiero w przystąpieniu do odwołania wykonawca wybrany RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. uzupełnił częściowo wymagane decyzje – w odniesieniu do zezwoleń na transport odpadów. tj. zezwolenie na transport odpadów innych niż niebezpieczne na obszarze Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie decyzji Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 18 czerwca 2003 roku, z późniejszymi zmianami nr 866/OŚ/2004 z dnia 18 listopada

2004., nr 341/OŚ/2005 z dnia 6 kwietnia 2005 r., nr 590/OŚ/2005 z dnia 17 czerwca 2005., nr 1419/OŚ/2008 z dnia 31 grudnia 2008r., i nr 45/OŚ/2010 z dnia 19 stycznia 2010 r., uwzględniającymi również zezwolenie na transport odpadów niebezpiecznych.

Przyznał okoliczność, iż nie posiada wszystkich wymaganych decyzji na odbiór odpadów, zaznaczając, że decyzja zezwalająca na transport odpadów na terenie całego kraju jest pierwotną w stosunku do możliwości wnioskowania i uzyskania zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych w dowolnych gminach na terenie całego kraju.

Również dopiero w przystąpieniu do odwołania, podał, że RAGN –SELLS Polska sp. z o.o. posiada zezwolenie na transport nieczystości płynnych wydane przez Prezydenta Miasta Warszawy w postaci Załącznika Nr1 Bbb do Decyzji Nr 778/OŚ/2010 z dnia 13.09.2010 roku. Dodatkowo, wykonawca (Ragn-Sells Polska) posiada umowę z dnia 2 kwietnia 2011 roku z podwykonawcą, firmą PHU Krzysztof Szymecki na współpracę w dziedzinie odbioru nieczystości płynnych na terenie Stargardu Szczecińskiego, Firma PHU Krzysztof Szymecki posiada zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych z terenu Gminy - Miasta Stargard Szczeciński z dnia 15.02.2010 r., wydaną przez Prezydenta Miasta Stargardu Szczecińskiego. Na dowód przedstawił kopię umowy współpracy pomiędzy Ragn-Sells Polska Sp. z o.o. a firmą PHU Krzysztof Szymecki oraz zezwolenie dla firmy PHU Krzysztof Szymecki na prowadzenie działalności w zakresie opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych z terenu Gminy - Miasta Stargard Szczeciński.

Izba zważyła co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania. Jego oferta na część I zamówienia, jest jedną z dwóch złożonych ofert, w związku z czym potwierdzenie się stawianych zarzutów, naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, przez wybór oferty wykonawcy RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. dawałoby odwołującemu realne szanse na uzyskanie zamówienia.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego REMONDIS Szczecin sp. z o.o., że wybrana oferta na część I zamówienia wykonawcy RAGN - SELLS Polska sp. z o.o., zawiera braki w zakresie dokumentów dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganych uprawnień wykonawcy, polegających na legitymowaniu się stosownymi zezwoleniami na odbieranie i transport nieczystości stałych i płynnych, uprawniających do prowadzenia działalności w tym zakresie na całym terenie objętym zamówieniem.

Izba miała wszelkie podstawy do przyjęcia, że skoro przystępujący RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. dopiero do pisma, którym przystąpił do postępowania odwoławczego, załączył dokumenty, które jego zdaniem potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zarzutów odwołania, to tym samym przyznał okoliczności podnoszone w odwołaniu, że jego oferta, którą zamawiający poddał ocenie była dotknięta brakami. Wykonawca nie twierdził, iż pierwotnie oferta te dokumenty zawierała, natomiast do sprawy zostały one przedłożone jedynie w celach dowodowych.

Zamawiający nie dopuścił, aby wykonawcy legitymowali się dokumentami o charakterze promesy wydania stosownych zezwoleń, zatem twierdzenia przystępującego i zamawiającego, że decyzja zezwalająca na transport odpadów na terenie całego kraju, wydana przez Prezydenta Miasta Warszawy, jaka została załączona do przystąpienia, jako pierwotna w stosunku do możliwości wnioskowania i uzyskania zezwolenia na odbiór odpadów komunalnych w dowolnych gminach na terenie całego kraju jest właściwa, nie znajdują podstaw. Zdaniem Izby, potwierdza okoliczność, że przystępujący zdawał sobie sprawę, iż nie posiada wszystkich wymaganych zezwoleń na świadczenie usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, w obszarze wyznaczonym dla I części, dając do zrozumienia, iż posiada możliwość uzyskania takich decyzji.

Ponadto zarzuty odwołania odnosiły się do dokumentów zawartych w ofercie wybranego wykonawcy, które zamawiający poddał badaniu i ocenie, w aspekcie spełnienia przez wykonawcę postawionych warunków udziału.

Należało zważyć, iż jak postanawia art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Zamawiający dokonał badania i oceny ofert, przyjmując ofertę wykonawcy RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. za właściwą w takim stanie, w jakim się ona znajdowała na dzień tej oceny.

Przez sam fakt, że wybrany wykonawca, złożył w przystąpieniu do odwołania część brakujących dokumentów, opisanych wyżej decyzji administracyjnych, umożliwiających wykonywanie usługi odbierania nieczystości stałych i płynnych oraz ich transport po terenie objętym zamówieniem, potwierdził tym samym, że dokumentacja jego oferty była niepełna.

W takich okolicznościach zamawiający, winien ustalić te braki w trakcie oceny i nie był uprawniony aby dokonać wyboru przedmiotowej oferty. Za całkowicie nieprawidłową należało uznać czynność, którą zamawiający przyznał, iż z wzmianki uzasadnienia jednej z decyzji załączonej do oferty, wywodził, iż wybrany wykonawca posiada także inne wymagane zezwolenia, których w ofercie nie przedstawił. Zatem czynność wyboru oferty konsorcjum RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. była wadliwa, podjęta z naruszeniem prawa, t.j. art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wykonawca nie wykazał w

sposób opisany w SIWZ spełnienia wyznaczonych warunków udziału w postępowaniu. Nie przedłożył kompletu decyzji administracyjnych, umożliwiających podjęcia się realizacji usługi.

Zamawiający nie może natomiast na etapie oceny ofert odstępować od któregośkolwiek z wymagań określonych w SIWZ. Działania przeciwne prowadzą do naruszania zasady równego traktowania wykonawców, zaprzeczają faktom prowadzenie postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania.

Skoro odwołanie przysługuje od czynności zamawiającego, bądź od zaniechań czynności do których przeprowadzenia zamawiający jest zobowiązany, oznacza to, że Izba nie jest władna przeprowadzić takiej oceny, w oparciu o nowe dokumenty, których oferta w jej pierwotnym kształcie nie zawierała. Gdyby tak uczyniła, nie dokonywałaby weryfikacji czynności zamawiającego w odniesieniu do przestrzegania przepisów ustawy Pzp, wobec oceny kwestionowanej oferty, lecz zastępowała zamawiającego w czynnościach, które jemu przynależą. Zarzuty ze strony odwołującego, podnoszone w odwołaniu, były oparte o stan oferty przystępującego, przyjęty do oceny ofert. Zatem nie zachodziły podstawy, aby strony wypowiadały się na temat nowych dokumentów, nie będących uprzednio przedmiotem oceny zamawiającego. Również Izba nie miała podstaw, aby w jakimkolwiek stopniu zajmować stanowisko oceniając prawidłowość lub nieprawidłowość nowych dokumentów, bądź ich kompletność. Nie stanowiły one bowiem materiału, w oparciu o który odwołujący sformułował zarzuty odwołania. Ustawa Pzp przyznaje Izbie kompetencje rozpatrywania sprawy w granicach zarzutów odwołania, jak nakazuje art. 192 ust. 7 tej ustawy.

Postępowanie dowodowe wykazało, że oferta wykonawcy: RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. dotknięta była brakami, a jej wybór na część I zamówienia, w takim stanie, w jakim się znajdowała, naruszył art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp. Niewykazanie spełnienia warunków udziału, określonych w SIWZ, w odniesieniu do posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w niniejszym przypadku uprawnień do wykonywania oznaczonych usług odbioru i transportu nieczystości komunalnych stałych i płynnych na terenie objętym zamówieniem na podstawie decyzji upoważnionych organów, kwalifikuje takiego wykonawcę do wykluczenia z postępowania oraz do odrzucenia jego oferty.

Należało zważyć, iż w odniesieniu do dokumentów oferty dotyczących zezwoleń wykonawca wybrany, jak opisano wyżej w przytoczeniu materiału dowodowego sprawy, był wzywany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pismem z dnia 12 kwietnia 2011 r do uzupełnienia dokumentów, zamawiający żądał decyzji organów administracji terenowej zezwalających na odbiór nieczystości stałych i płynnych oraz ich transport po terenie objętym zamówieniem. Wskazywał, że do oferty zostały załączone na stronach 16-31 decyzje organów administracji terenowej na odbiór nieczystości płynnych i ich transport na terenie Gminy Miasta Szczecin, Stargard Szczeciński, Goleniów. Brak jest natomiast decyzji dla

miejsowości Bielkowo gmina Kobylanka zezwalających na odbiór nieczystości płynnych i ich transport na terenie wymienionej Gminy.

Okoliczność bezsporną stanowi, że w odpowiedzi na to wezwanie, w dniu 14 kwietnia 2011 r. wybrany wykonawca złożył decyzję Wójta Gminy Kobylanka z 18.06.2009 w sprawie zezwolenia na prowadzenie działalności na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie gminy Kobylanka - (dla miejscowości Bielkowo), odnośnie nieczystości stałych. Stanowiło to wypełnienie wymagań zamawiającego, gdyż jak wykazało postępowanie dowodowe, zamawiający dla wymienionego rejonu nie wymagał decyzji obejmującej odbiór nieczystości płynnych i ich transportu.

W przystąpieniu do odwołania wykonawca RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. starał się wykazać, iż wykona zamówienie, gdyż posiada umowę z dnia 2 kwietnia 2011 roku z podwykonawcą, firmą PHU Krzysztof Szymecki na współpracę w dziedzinie odbioru nieczystości płynnych na terenie Stargardu Szczecińskiego, która to firma PHU Krzysztof Szymecki posiada zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych z terenu Gminy - Miasta Stargard Szczeciński z dnia 15.02.2010 r., wydaną przez Prezydenta Miasta Stargard Szczecińskiego. Na dowód przedstawił kopię umowy współpracy pomiędzy Ragn-Sells Polska Sp. z o.o. a firmą PHU Krzysztof Szymecki oraz zezwolenie dla firmy PHU Krzysztof Szymecki na prowadzenie działalności w zakresie opróżniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych z terenu Gminy - Miasta Stargard Szczeciński.

Argumenty przystępującego są nie do zaakceptowania. Wymóg posiadania zezwoleń odnosił się do wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu, względnie do jednego z uczestników konsorcjum, w przypadku wspólnego składania oferty, co wyraźnie wynikało z postanowień SIWZ. Posłużenie się decyzją innego podmiotu, chociażby angażowanego w charakterze podwykonawcy nie mogło mieć miejsca. Ponadto okoliczność ta nie powinna podlegać ocenie, gdyż dotyczyła nowo złożonych dokumentów - jako dowody w sprawie, które nie były przedmiotem czynności zamawiającego. Podstawą oceny dokumentów składanych przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału, są te które zawierała oferta oraz te, które zostały uzupełnione w procedurze określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj. wskutek wezwania wykonawcy do uzupełnienia określonych dokumentów, których oferta nie zawiera, bądź błędnych, wymienionych w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający ma przy tym prawo tylko jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu.

Z tych względów, zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. z udziału w postępowaniu, jako że nie wykazał, że posiada stosowne uprawnienia na działalność reglamentowaną, objętą stosownymi zezwoleniami.

Konsekwencją wykluczenia wykonawcy z postępowania, jest uznanie oferty za odrzuconą, jak stanowi art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Jak podano wyżej, zanim zamawiający będzie uprawniony aby podjąć czynność wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany jest uprzednio wyczerpać dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwać wykonawcę przed dokonaniem ponownej oceny ofert, do uzupełnienia konkretnie wskazanych dokumentów, które nie zostały wbrew wymaganiom załączone do oferty.

W odniesieniu do zarzutu podania rażąco niskiej ceny w ofercie RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. Izba zajęła następujące stanowisko.

Przepis art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi, iż podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Jeżeli zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia (ust. 4). Szczegółowe założenia, jakie przyjął zamawiający do wyliczenia wartości szacunkowej nie zostały podane.

Sam fakt zanotowania znacznej różnicy między wartością szacunkową na część I zamówienia, a ceną oferty wybranej, sięgającą około 50%, jak też ceną oferty odwołującego, nie przesądza o trafności zarzutu rażąco niskiej ceny. Do wywiedzenia takiego zarzutu, zdaniem Izby, konieczne jest wykazanie całokształtu czynników, zezwalających na stawianie tego rodzaju zarzutów: w tym porównanie cen rynkowych podobnych zamówień, cen ofert złożonych w zbliżonych postępowaniach, bądź w danym postępowaniu na inne części zamówienia.

Izba prześledziła ceny ofert i wartości szacunkowych, w pozostałych częściach niniejszego postępowania, gdzie dała się zauważyć tego rodzaju prawidłowość, iż tam gdzie zachodziła konkurencja, a oferty złożyło przynajmniej 2 wykonawców, ceny ofert były znacznie niższe niż wartość szacunkowa. Natomiast w tych częściach zamówienia, gdzie złożona została jedna oferta, oferowana cena była zbliżona do wartości szacunkowej. Widać z tego, że wykonawcy znają ten specyficzny rynek i reagują podnoszeniem lub obniżaniem cen (marż), w zależności od tego czy spotykają się z konkurencją, czy też mogą liczyć na to, że wyłącznie spełniają dość skomplikowane warunki i nikt inny nie będzie zdolny złożyć oferty. Znamienne jest np. że w zakresie części: II – wartość szacunkowa podana została w wysokości brutto - 1 115 669,38 zł, cena oferty wybranej wynosiła 651 646,08 zł, którą złożyło konsorcjum REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o., a więc również stanowiącą o około 50 % wartości zamówienia. Odwołujący przyznał, że wszystkie spółki Remondis wchodzi w skład tego samego holdingu. Izba uznała tą okoliczność za znaczący dowód, że

nawet gdy cena oferty sięga 50 % wartości szacunkowej, z uwagi na specyficzny, bardzo wąski rynek, wykonawcy z tej branży dostosowują wysokość stosowanych marż do tego, czy spotykają się z konkurencją. Potwierdza takie wnioskowanie okoliczność, iż ceny jednostkowe za te same elementy usługi, podawane przez tych samych wykonawców w różnych postępowaniach, nie biorąc pod uwagę konkretnych warunków realizacji, mogą kształtować się rozmaicie przez zależność od ilości podmiotów uczestniczących w postępowaniu. Zestawienia sporządzone przez przystępującego i zamawiającego dowodzą, że odwołujący za zbliżone bądź niższe ceny jednostkowe jak zaoferował przystępujący realizował podobne zamówienia.

Żadnego dowodu nie stanowi, tym zakresie sporządzona kalkulacja przez odwołującego dla ceny w ofercie RAGN - SELLS Polska sp. z o.o., wyliczająca jaką wykonawca ten poniesie stratę, gdy będzie realizował przedmiotowe zamówienie. Założenia do kalkulowania ceny oferty, są pochodną wielu czynników i warunków, w jakich funkcjonuje dany podmiot. Stąd wiarygodność takich kalkulacji, sporządzonych przez konkurenta jest znikoma. Pewne pojęcie o poziomie cen rynkowych podobnych zamówień, daje natomiast tabela przedstawiona przez przystępującego, gdyż podaje konkretne postępowania, jak i ceny jednostkowe elementów usługi, a więc porównywalne, bez względu na zakres zamówienia.

Zdaniem Izby, kwestionowana oferta nie wykazuje symptomów rażąco niskiej ceny, które obligowałyby zamawiającego do wszczęcia procedury wzywania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający jest uprawniony aby samodzielnie ustalać podstawy do zastosowania procedury wyjaśnienia cen ofert. Właściwymi narzędziami, które mogą być wykorzystane w tym celu jest posiadane rozeznanie poziomu cen rynkowych, cen podobnych udzielonych zamówień, średniego poziomu cen składanych ofert w danym postępowaniu jako całości.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie on uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przepis ten nie nakłada jednak żadnych warunków, kiedy postępowanie takie może być zasadnie zainicjowane. Pozostaje to w sferze decyzji zamawiającego, opartej na dokumentacji postępowania oraz znajomości relacji cen rynkowych (pogląd taki został wyrażony w wyroku Izby o sygn. akt KIO/UZP 963/09). Z treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika bowiem, by zamawiający miał obowiązek wdrożyć postępowanie wyjaśniające w przedmiocie rażąco niskiej ceny w każdej sytuacji, lecz jedynie wtedy, gdy ma podstawy do podejrzeń, że oferta taką cenę zawiera. Stosowanie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie jest zatem obowiązkiem zamawiającego w każdym przypadku, gdy tylko domagają się tego wykonawcy, których oferty zostały sklasyfikowane na dalszych pozycjach, co potwierdza stanowisko Izby np. w wyroku sygn. akt KIO/UZP 671/08.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości np. wyrok sygn. akt 76/81 „Transporoute”, wyrok sygn. akt 103/88 „Constanzo,” wyrok sygn. akt C-285/89 „Impresa Dona Alfonso,” akceptuje pogląd, że nie można oceniać ofert wyłącznie według kryterium arytmetycznego rozbieżności między wartością szacunkową przedmiotu zamówienia a ceną rozpatrywanej oferty, gdyż liczy się całokształt okoliczności konkretnego postępowania.

W konsekwencji, więc nie można przyjmować, że samo porównanie ceny wybranej oferty do wartości szacunkowej i zanotowane różnice, stanowią przesłankę do wykazania podstawy odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierającą rażąco niską cenę, niepozwalającą na zrealizowanie w sposób należyty zamówienia z wypracowaniem zysku przez wykonawcę.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, iż zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wskutek pominięcia procedury wyjaśnienia podania rażąco niskiej ceny oferty wybranego wykonawcy nie znajduje uzasadnienia.

Ponadto Izba wzięła pod uwagę, iż ustalenia w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, zawsze należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia. Podnoszone przez odwołującego zarzuty w odniesieniu do oferty wybranego wykonawcy sprowadzają się natomiast do wykazania, iż poszczególne elementy wyceny w zakresie oznaczonych pozycji zostały zaniżone: jak koszt pojemników, błędne kalkulacje kosztów transportu, przyjęcia odpadów na składowisko, czy do zlewni odpadów płynnych.

Tego rodzaju argumentacja odwołującego nie mogła zostać uwzględniona. Zamawiający nie narzucał sposobu kalkulowania stawek jednostkowych za elementy zamówienia. Każdy z wykonawców, w zależności od własnego potencjału i możliwości realizacji przedmiotu zamówienia, dokonywał kalkulacji stawek jednostkowych dla poszczególnych pozycji wchodzących w skład zamówienia. Nawet gdyby któreś z tych cen jednostkowych (stawek) nie pokrywały kosztów świadczenia danej części usługi to stawiane zarzuty nie dotyczą zniżenia wszystkich cen jednostkowych, (składających się na cenę oferty za przedmiot zamówienia), które łącznie jako cena oferty, mogą być kalkulowane na poziomie pozwalającym na wypracowanie zysku za całość zamówienia. Liczy się wyłącznie cena całkowita oferty, przyjmowana do porównania ofert. Stanowisko takie wynika z ugruntowanego i przeważającego poglądu doktryny oraz orzecznictwa. Stosownie do tego, wynikających z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwa Sądów Okręgowych: brak jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym z elementów ceny" (wyrok z 27 lipca 2009 r. KIO/UZP 878/09), postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. akt II Ca 2194/05, w którym Sąd ten stwierdził, iż „oceniając tylko ten jeden element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu

zamówienia, nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty,” wyroku z dnia 24 marca 2005 r. Sygn. akt II Ca 425/04 Sądu Okręgowego w Lublinie uznającego również, że „ocena oferty - przedstawienia rażąco niskiej ceny, powinna być odnoszona do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę.”

Mając na uwadze powyższe, niedopuszczalnym jest - jak żądał tego odwołujący, stosując wybiórcze porównywanie niektórych pozycji kosztów świadczenia przedmiotowej usługi, aby cena wybranego wykonawcy została uznana za rażąco niską. Ustalenie rażąco niskiej ceny ma się bowiem odbywać w stosunku do „przedmiotu zamówienia,” a nie wyłącznie jego części, o czym stanowi art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów świadczących, iż ceny oferowane za porównywalny przedmiot zamówienia, jak w niniejszym postępowaniu, kształtują się na poziomie znacząco wyższym, i nie ma możliwości należytego wykonania zamówienia za cenę wybranej oferty, zatem nie dowiódł zgłaszanych zarzutów w rozumieniu art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp. Izba podziela poglądy wyroku z dnia 12 czerwca 2008 r. Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. Akt X Ga 140/08, wyroku Izby sygn. akt KIO/UZP 1906/2009, sygn. akt KIO/UZP 117/10, że brak wezwania wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, nie daje apriori podstaw do stawiania zarzutu rażąco niskiej ceny wybranej oferty.

Kolejnym z zarzutów był zarzut naruszenia 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wskutek zaniechania wezwania przystępującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W ocenie Izby, sam fakt subiektywnego odczucia odwołującego o uchybieniach w postępowaniu i zaniechaniach zamawiającego, a w szczególności chęć wyeliminowania korzystniejszej oferty, przy pomocy nie do końca weryfikowalnego zarzutu rażąco niskiej ceny, nie jest podstawą do zarzucenia naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający miał zatem prawo przyjąć, że z uwagi na podaną cenę, oferta wykonawcy RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. nie podlega odrzuceniu z wymienionej podstawy art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Powyższe prowadzi do wniosków, że zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp, przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu żądania od RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o. udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, należało uznać za bezpodstawne.

Postępowanie dowodowe wykazało natomiast zasadność czynionych zamawiającemu zarzutów naruszenia:

1) art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 tej ustawy, przez uznanie, że wybrany wykonawca na część I zamówienia: RAGN - SELLS Polska sp. z o.o. spełnia warunek udziału w postępowaniu opisany w Rozdziale VII pkt 1 ppkt 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), a tym za brak uznania podstaw do wykluczenia z postępowania RAGN - SELLS Polska sp. z o.o.,

2) art. 24 ust. 4 Pzp, przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu uznania podstaw do odrzucenia oferty RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o.,

Z uwzględnieniem, że podstawy takiej oceny dawała treść oferty wykonawcy podlegająca badaniu przez zamawiającego. Tak jak Izba wskazała wyżej, zachodzą obligatoryjne przesłanki ustawowe do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów oferty w zakresie zezwoleń.

W następstwie stwierdzonych nieprawidłowych czynności oraz zaniechań wobec oferty wykonawcy RAGN - SELLS Polska sp. z o.o., zamawiający naruszył także przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, nakazujący równe traktowanie wykonawców i prowadzenie procedury przetargowej z zachowaniem reguł uczciwej konkurencji.

Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp, miało istotny wpływ na wynik postępowania, skoro zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy: RAGN - SELLS Polska Sp. z o.o., niespełniającego podanych w SIWZ warunków udziału.

Z tych względów Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Z tytułu uzasadnionych kosztów odwołującego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę łączną 19 842,90 zł. tytułem zwrotu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę, zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 i § 5 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238):

Przewodniczący:.....