

Sygn. akt: KIO/UZP 733/10

Sygn. akt: KIO/UZP 734/10

**WYROK**  
z dnia 17 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Małgorzata Stręciwilk

**Członkowie:** Ewa Sikorska

Robert Skrzyszewski

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2010 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

- A. Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Remondis Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum), SITA Polska Sp. z o.o. i Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w Mieście Stołecznym Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa;**
  
- B. Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Dariusz Apelski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Partner Dariusz Apelski (pełnomocnik Konsorcjum) i MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Zdziarska 60, 03-289 Warszawa**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa, ul. Senatorska 36, 00-095 Warszawa** protestu z dnia 6 kwietnia 2010 r.

przy udziale:

- 1) **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Remondis Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum), SITA Polska Sp. z o.o. i Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w Mieście Stołecznym Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/UZP 733/10 po stronie zamawiającego oraz**
- 2) **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Dariusz Apelski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Partner Dariusz Apelski (pełnomocnik Konsorcjum) i MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Zdziarska 60, 03-289 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/UZP 734/10 po stronie zamawiającego**

**orzeka:**

- A. 1.1. **oddala odwołanie Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Remondis Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum), SITA Polska Sp. z o.o. i Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w Mieście Stołecznym Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa**
- B. 1.2. **uwzględnia odwołanie Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Dariusz Apelski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Partner Dariusz Apelski (pełnomocnik Konsorcjum) i MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Zdziarska 60, 03-289 Warszawa**
2. **kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Remondis Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum), SITA Polska Sp. z o.o. i Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w Mieście Stołecznym Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa oraz Miasto Stołeczne Warszawa, ul. Senatorska 36, 00-095 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A** koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Remondis Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum), SITA Polska Sp. z o.o. i Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w Mieście Stołecznym Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa;**
  - B** koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Dariusz Apelski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Partner Dariusz Apelski (pełnomocnik Konsorcjum) i MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Zdziarska 60, 03-289 Warszawa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) przez **Miasto Stołeczne Warszawa, ul. Senatorska 36, 00-095 Warszawa** na **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Dariusz Apelski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Partner Dariusz Apelski (pełnomocnik Konsorcjum) i MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Zdziarska 60, 03-289 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu zwrotu kosztów postępowania zaliczonych z kwoty uiszczonego wpisu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **25 556 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
  - A** kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających**

się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Remondis Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum), SITA Polska Sp. z o.o. i Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w Mieście Stołecznym Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Zawodzie 5, 02-981 Warszawa;

**B** kwoty **12 778 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Dariusz Apelski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Partner Dariusz Apelski (pełnomocnik Konsorcjum) i MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum: ul. Zdziarska 60, 03-289 Warszawa.**

### **Uzasadnienie**

Miasto Stołeczne Warszawa (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Selektywna zbiórka surowców wtórnych na terenach ogólnodostępnych m. st. Warszawy*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z 28 stycznia 2010 r. (nr ogłoszenia: 2010/S 19-026913). Postępowanie to Zamawiający podzielił na dwie części, dopuszczając w tym zakresie możliwość składania ofert częściowych.

W postępowaniu tym Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Dariusz Apelski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Partner Dariusz Apelski (pełnomocnik Konsorcjum) i MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum w Warszawie (dalej: „Konsorcjum Partner”). Informację o powyższym Zamawiający przekazał wykonawcom w dniu 26 marca 2010 r.

Protest dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 6 kwietnia 2010 r. złożyli wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: Remondis Sp. z o.o. (pełnomocnik Konsorcjum), SITA Polska Sp. z o.o. i Miejskie

Przedsiębiorstwo Oczyszczania w Mieście Stołecznym Warszawa Sp. z o.o. z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum w Warszawie (dalej: „Konsorcjum Remondis”).

O proteście Konsorcjum Partner zostało przez Zamawiającego poinformowane pismem z dnia 7 kwietnia 2010 r. doręczonym mu w dniu 7 kwietnia 2010 r., a w dniu 12 kwietnia 2010 r. zgłosiło swoje przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wskazując na niezasadność podnoszonych w nim zarzutów.

Zamawiający w dniu 16 kwietnia 2010 r. rozstrzygnął protest doręczając to rozstrzygnięcie obydwu wykonawcom (Konsorcjum Partner i Konsorcjum Remondis). Rozstrzygnięciem protestu Zamawiający częściowo uwzględnił protest Konsorcjum Remondis, tj. co do kwestii związanej z koniecznością wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu z powodu nie wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania ze względu na nie przedłożenie informacji o niekaralności jednego z członków konsorcjum ubiegającego się wspólnie o zamówienie. W pozostałym zakresie zarzuty zawarte w proteście dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej zostały przez Zamawiającego oddalone.

Od rozstrzygnięcia protestu obydwaj wykonawcy (Konsorcjum Remondis i Konsorcjum Partner) w dniu 26 kwietnia 2010 r. złożyli odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Kopie tych odwołań zostały przekazane Zamawiającemu w tej samej dacie.

Przystąpienia do tych postępowań odwoławczych odwołujący się wykonawcy złożyli wzajemnie przystąpienia:

- w dniu 11 maja 2010 r. do postępowania o sygn. akt: KIO/UZP 733/10 Konsorcjum Partner po stronie Zamawiającego
- w dniu 10 maja 2010 r. do postępowania o sygn. akt: KIO/UZP 734/10 Konsorcjum Remondis po stronie Zamawiającego

Biorąc pod uwagę treść środków ochrony prawnej złożonych w przedmiotowej sprawie Izba ustaliła następujące stanowiska stron postępowania odwoławczego oraz przystępujących.

**Sygn. akt: KIO/UZP 733/10**

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący wnosząc odwołanie zakwestionował:

1. ocenę złożonych ofert i wybór jako najkorzystniejszej oferty Partner;
2. zaniechanie wykluczenia Partner z postępowania wskutek nie spełnienia warunków ubiegania się o udzielenie zamówienia w zakresie wymaganego doświadczenia;
3. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Partner wskutek tego, że wykonawca ten nie udzielił odpowiedzi na żądanie wyjaśnienia dotyczącego elementów mających wpływ na wysokość ceny, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jako oferty niezgodnej w swej treści z treścią SIWZ i jako oferty złożonej przez wykonawcę, który powinien być wykluczony z postępowania.

W tym zakresie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji;
2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum Partner pomimo nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
3. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do oferty złożonej przez Konsorcjum Partner pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ;
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4) i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do oferty złożonej przez Konsorcjum Partner pomimo, że wykonawca ten nie udzielił na żądanie Zamawiającego wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, a nadto jego oferta zawiera rażąco niską cenę;
5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania w odniesieniu do oferty Partner, pomimo że wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Partner co do części I i II zamówienia;

2. unieważnienia czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu co do części I i II zamówienia;
3. dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu co do części I i II zamówienia – a w jej wyniku:
  - 1) wykluczenie z postępowania Konsorcjum Partner,
  - 2) odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Partner,
  - 3) wybór oferty Konsorcjum Remondis jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W szczegółowej argumentacji odnoszącej się do podniesionych zarzutów Odwołujący podniósł co następuje:

- 1) Konsorcjum Partner nie potwierdziło spełniania warunków udziału w postępowaniu. U podstaw tego twierdzenia Odwołującego Remondis stało twierdzenie, że żaden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tworzących Konsorcjum Partner, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wywodzi, że umowa konsorcjum łącząca dwa podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie i tworzące Konsorcjum Partner jest nieważna z mocy prawa. Z umowy tej wynika, że w praktyce wszystkie obowiązki związane z realizacją zamówienia będą spoczywały na jednym z konsorcjantów - Panu D. Apelskim. Taki podział zadań świadczy – zdaniem Odwołującego - o pozorności umowy Konsorcjum, co wskazuje na bezwzględną nieważność tej czynności na mocy art. 83 Kc. Owa pozorność miała na celu jedynie posłużenie się przez Pana D. Apelskiego referencjami drugiego z konsorcjantów – MD Prestige Sp. z o.o. Sp. k. Powyższe wskazuje także – zdaniem Odwołującego Remondis – że naruszono w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji. Wskazał na regulacje art. 6 i 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, które to przepisy zakazują zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku. Jego zdaniem dopuszczenie do realizacji zamówienia podmiotów legitymujących się „pozornym” doświadczeniem oznacza, że z postępowania zostaną wyeliminowani uczciwi przedsiębiorcy, którzy dysponują doświadczeniem. Odwołujący Remondis podkreślił też, że nawet, jeśliby przyjąć, że Konsorcjum Partner złożyło ofertę wspólną, to nie wykazał się właściwymi dokumentami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu opisanych w części III pkt 12.2 d) SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał posiadania doświadczenia w zakresie przedmiotu zamówienia, tj. z zakresu selektywnej zbiórki surowców – doświadczenia o wartości

300 000,00 zł. Przedłożone przez Konsorcjum Partner referencje, w świetle wiedzy, jaką posiada Odwołujący, nie wskazują, aby którykolwiek z konsorcjantów posiadał wymagane w SIWZ doświadczenie w zakresie selektywnej zbiórki surowców systemem pojemnikowym. Powyższe oparł Odwołujący na wiedzy, że jeden z członków Konsorcjum Partner składał spółce Jeronimo Martins Dystrybucja S.A. ofertę na odbieranie makulatury z centrum logicznego w Wyszku. Odwołujący podniósł, że Zamawiający w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zwrócił się do Konsorcjum Partner o wyjaśnienie treści złożonych dokumentów, w którym to wezwaniu stwierdził, że z treści tych dokumentów nie wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu ponieważ usługa polega na świadczeniu usług odbioru odpadów, a nie jak sam Zamawiający stwierdził na selektywnej zbiórce surowcowych. Wskazał, że Zamawiający w tym wezwaniu posługiwał się sformułowaniem: „selektywna zbiórka odpadów surowcowych” oraz „odbiór odpadów selektywnie zbieranych”, którym posługuje się Konsorcjum Partner. Podkreślił to rozróżnienie wskazane przez samego Zamawiającego: „odbiór”, a „zbiórka”. Powyższe wskazuje na to, że Zamawiający kierując wezwaniem o wyjaśnienie dokumentów powziął wątpliwości co do spełniania tego warunku przez Konsorcjum Partner. Wyjaśnienia udzielone na wezwanie Zamawiającego – zdaniem Konsorcjum Remondis – zostały udzielone samodzielnie przez Pana D. Apelskiego, który nie miał umocowania do występowania przy tej czynności w imieniu Konsorcjum Partner. Przedsiębiorca ten wyjaśnił, że wykazywane przez niego doświadczenie polega na selektywnej zbiórce surowcowych, nie przedstawiając jednak na potwierdzenie powyższego żadnych dokumentów. Podkreślił, że usługa wykazywana w ramach oferty Konsorcjum Partner wykonywana przez MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa dotyczy czynności załadunku i transportu, a nie zbiórki, czy odbioru, a wskazane pojęcia mają zupełnie inne znaczenia. Podkreślił, że przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego jest selektywna zbiórka odpadów, a nie odbiór surowców wtórnych, a prowadzenie działalności gospodarczej w dziedzinie gospodarki odpadami jest ściśle reglamentowane przez Państwo. Wskazał tutaj na dwa odrębne akty prawne, które regulują te kwestie, tj.:

- ustawę z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach
- ustawę z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Wskazane regulacje prawne wymagają od każdego z przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie gospodarki odpadami uzyskania zezwoleń w zakresie:

- odbierania odpadów komunalnych (art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach),
- zbierania i transportu odpadów (art. 28 ustawy o odpadach),
- odzysku lub unieszkodliwiania odpadów (art. 27 ust. 1 ustawy o odpadach).



Tak więc działalność w zakresie zbierania odpadów, prowadzona w oparciu o przepisy ustawy o odpadach nie jest tożsama z działalnością w zakresie odbierania odpadów, prowadzoną w oparciu o przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Konsorcjum Partner nie przedłożyło wymaganego pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum upoważniającego do złożenia oferty wspólnej. Załączona do oferty umowa Konsorcjum posiada ograniczenia pełnomocnictwa tylko do oferty. Odwołujący wskazał na zapisy § 4 pkt 3 tej umowy, zgodnie z którym wszelkie dokumenty i oświadczenia podpisywane w imieniu konsorcjum lub jego członków wymagają wcześniej pisemnej zgody każdego z członków konsorcjum. Powyższe ograniczenie wskazuje – zdaniem Odwołującego – że Konsorcjum Partner nie przedłożyło wymaganego na podstawie art. 23 ust. 2 ustawy Pzp pełnomocnictwa. Powyższe z kolei wskazuje na to, że wszystkie przedłożone w postępowaniu dokumenty i oświadczenia potwierdzone przez Pana D. Apelskiego są nieważne. Powołał się w tym zakresie na art. 104 kc, zgodnie z którym jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Z tego też względu oferta tego konsorcjum podlega odrzuceniu. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a Konsorcjum podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

- 2) Konsorcjum Partner pomimo wezwania go przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie złożył tych wyjaśnień, co winno skutkować odrzuceniem jego oferty. Powołując się na orzecznictwo KIO, ZA i SO Odwołujący przywołał co oznacza cena rażąco niska w postępowaniu. Podkreślił też, że odrzucenie oferty z tego powodu winno być poprzedzone postępowaniem wyjaśniającym w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czego Zamawiający dokonał w odniesieniu do oferty Konsorcjum Partner. Przesłane Zamawiającemu wyjaśnienia zostały udzielone wyłącznie przez jednego z konsorcjantów, tj. Pana D. Apelskiego. Po drugie udzielone wyjaśnienia w żaden sposób nie pozwalają Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się w tym zakresie na orzecznictwo KIO oraz SO. Wyjaśnienia udzielone przez Pana D. Apelskiego – zdaniem Odwołującego – mają charakter ogólnikowy, uniwersalny i praktycznie możliwy do zastosowania we wszystkich innych podobnych postępowaniach.
- 3) Podkreślił, że oferta Konsorcjum Partner zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z wyjaśnień udzielonych przez Pana D. Apelskiego wynika, że w kosztach świadczenia usługi nie ujęto takich kosztów jak:

- koszty eksploatacji samochodów (opony, płyny, części zamienne, robocizna przy remontach);
- koszty wynajmu ewentualnie zakupu samochodów;
- koszty zakupu, amortyzacji i napraw pojemników do selektywnej zbiórki odpadów;
- koszty pozyskania i sortowania odpadów.

Przesłana przez tego wykonawcę kalkulacja - zdaniem Odwołującego – abstrahuje od ilości kadry, która będzie musiała pracować przy realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący przedstawił w odwołaniu swoją kalkulację kosztów osobowych w ofercie Konsorcjum Partner. Podobną kalkulację przedstawił co do kosztów paliwa, podkreślając jednocześnie, że pozostałe wykazywane przez Konsorcjum Partner koszty budzą wątpliwości co do ich prawdziwości, podobnie rzecz ma się co do kosztów transportu. Podkreślił także brak rzetelności przy wykazywanym poziomie rentowności w wysokości ok. 30%, który to poziom jest oderwany od rzeczywistości. Podkreślił, że w tego typu działalności zysk nie przekracza poziomu jednocyfrowego wskaźnika. Co do wykazywanego przez Konsorcjum Partner odrzutu na poziomie ok. 5 % Odwołujący podniósł, że powyższe również nie jest wiarygodne ponieważ odrzut ten wynosi nawet 30%.

Odwołujący Remondis wskazał na ceny ofertowe w obydwu zadaniach w ofercie Konsorcjum Partner, zestawiając je z wartością szacunkową przedmiotu zamówienia powiększoną o VAT oraz z kosztami innych ofert złożonych w postępowaniu. Wskazał, że różnica pomiędzy wartością szacunkową przedmiotu zamówienia, a ofertą Konsorcjum Partner wynosi 45%.

- 4) Odwołujący podkreślił również, że oferta Konsorcjum Partner podlega odrzuceniu jako sprzeczna z treścią SIWZ. Zamawiający wymaga złożenia oferty o treści wskazanej w załączniku nr 1a (co do części I) i w załączniku b (co do części II). Miało się tam znaleźć oświadczenie wykonawcy o realizacji przedmiotu zamówienia w terminie od podpisania umowy do dnia 15 stycznia 2013 r., z tym, że co do pewnych czynności (wskazanych w § 1 pkt 1, 2 i 3 wzoru umowy) do dnia 28 grudnia 2012 r., a co do innych czynności (wskazanych w § 1 pkt 4 wzoru umowy) do dnia 28 grudnia 2012 r. Zamawiający w wyniku modyfikacji SIWZ datę 28 grudnia 2012 r. zamienił na datę 15 grudnia 2012 r., której to zmiany Konsorcjum Partner w swojej ofercie nie uwzględniło. Owa niezgodność – zdaniem Odwołującego – ma istotne znaczenie dla zobowiązania zawartego w ofercie bowiem wiąże się z terminem realizacji zamówienia. Tym samym oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ. Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego zawartym w rozstrzygnięciu protestu, że powyższe należy traktować jako zaletę bowiem Konsorcjum Partner wydłużyło w swojej ofercie

termin realizacji usługi. Podkreślił, że realizacja ma się odbywać zgodnie ze warunkami przyjętymi we wzorze umowy. Skrócenie terminu realizacji umowy będzie skutkowało podaniem nieprawdziwych informacji do sprawozdań.

- 5) Odwołujący wskazał na niezgodność oferty z postanowieniem pkt 17.3 SIWZ lit. a). Zgodnie z tym postanowieniem oferta powinna być sporządzona w języku polskim z zachowaniem formy pisemnej, tj. na maszynie do pisania, komputerze lub ręcznie długopisem czytelnym pismem. Zgodnie natomiast z lit. b) wskazanego postanowienia SIWZ formularz ofertowy i załączane do oferty dokumenty sporządzone przez wykonawcę powinny być podpisane zaś za podpis uznaje się własnoręczny podpis z pieczętką imienną przez osobę upoważnioną do reprezentowania wykonawcy. Oferta Konsorcjum Partner została natomiast podpisana jedynie ołówkiem. Poprzez to wskazał na brak gwarancji trwałości takiego podpisu.
  
- 6) Odwołujący w treści protestu podnosił jeszcze jeden zarzut dotyczący Konsorcjum Partner, wskazujący na konieczność wykluczenia z postępowania tego wykonawcy z powodu braku przedłożenia dokumentu potwierdzającego niekaralność co do komplementariusza spółki MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa, tj. spółki MD Prestige Sp. z o.o., zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, który to zarzut został przez Zamawiającego uwzględniony na etapie rozstrzygnięcia protestu i na etapie składanego przez Konsorcjum Remondis odwołania nie był podnoszony.

## II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający rozpoznając złożony protest uwzględnił go w zakresie nie wykazania przez Konsorcjum Partner braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp z powodu braku przedstawienia dokumentu potwierdzającego brak karalności komplementariusza jednego z konsorcjantów. W pozostałym zakresie zarzuty odnoszące się do Konsorcjum Partner zawarte w proteście oddalił.

Co do zarzutu dotyczącego umowy Konsorcjum Partner Zamawiający stwierdził, że na etapie oceny ofert nie ma prawa żądania od wykonawców umowy konsorcjum, nie ma też prawa do analizy treści postanowień takiej umowy. Załączona do oferty Konsorcjum Partner umowa ma jedynie na celu potwierdzać umocowanie pełnomocnika konsorcjum, tj. jego lidera do działania w imieniu i na rzecz całego Konsorcjum. Zdaniem Zamawiającego z treści udzielonego pełnomocnictwa nie wynika obowiązek dla pełnomocnika dodatkowego,

ciągłego potwierdzania umocowania przez nagłówki pism, czy inne dane bądź zwroty. Zamawiający powoła się na orzecznictwo KIO w tym zakresie.

Co do zarzutu rzekomej pozorności umowy Konsorcjum Partner podniósł, że wywód Remondis o niedopuszczalności podziału prac pomiędzy konsorcjantów nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp. Powołał się tutaj na orzecznictwo KIO.

Co do zarzutu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu wymaganego w pkt 12.2 lit. d SIWZ Zamawiający podniósł, że Konsorcjum Partner w wykazie usług załączonym do oferty (str. 91 oferty) wykazał usługę „odbiór odpadów selektywnie zbieranych” o wartości 4 500 000 zł dla zleceniodawcy Jeronimo Martins Dystrybucja S.A. z siedzibą w Kostrzynie, załączając również do oferty referencje od tego podmiotu potwierdzające należyte wykonanie usługi. Zamawiający wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, tj. czy w zakresie wykazywanej usługi mieści się selektywna zbiórka odpadów surowców albo jeśli warunek ten nie będzie spełniony wezwał tego wykonawcę do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Konsorcjum Partner wyjaśniło, że usługa świadczona przez konsorcjanta była usługą polegającą na selektywnej zbiórce odpadów surowcowych pozyskiwanych w sposób selektywny od jego wytwórcy, a jej wartość całkowita za okres od 1 stycznia 2008 r. do dnia 31 stycznia 2010 r. wyniosła 4 348 288,82 PLN. Powyższe wyjaśnienie zdaniem Zamawiającego jest wystarczające. Wyjaśnienia te mają dla Zamawiającego charakter informacji dodatkowej i należy je czytać łącznie z oświadczeniem wykonawcy złożonym w wykazie usług załączonym do oferty oraz wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie usługi. Przyznał jednocześnie, że faktycznie treść referencji nie postuluje się ściśle terminologią używaną przez Zamawiającego (tj. „odbiór” odpadów, a nie „zbiórka” odpadów). Powołał się jednak na orzecznictwo KIO, wskazując, że treść referencji nie musi w pełni odpowiadać żądaniu podania określonych informacji.

Co do zarzutu nie złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej oraz zarzutu, że oferta Konsorcjum Partner zawiera rażąco niską cenę Zamawiający wskazał, że w toku badania i oceny ofert zważył, że oferta tego wykonawcy może mieć znamiona rażąco niskiej ceny ofertowej. Uwzględniając tę okoliczność zwrócił się do tego wykonawcy o udzielenie niezbędnych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W wyznaczonym terminie Konsorcjum Partner udzieliło stosownych wyjaśnień, w których wskazało na następujące okoliczności:

- nie korzystanie z usług transportu odpadów oferowanych przez wysypiska / składowiska odpadów albowiem transport odpadów wykonuje we własnym

zakresie co stanowi odczuwalną oszczędność przy wykonywaniu zamówienia, a poza tym świadcząc usługi na rzecz wielu podmiotów nie dokonuje rozgraniczenia na poszczególnego klienta lecz łącznie w ramach ruchu przedsiębiorstwa;

- minimalizacja kosztów z odbiorcami odpadów – zgodnie z zawartymi umowami Konsorcjum Partner nie będzie obciążone kosztami przekazania odpadów surowcowych;
- ograniczenie kosztów związanych ze zużyciem paliwa, gdyż Konsorcjum Partner każdorazowo negocjuje cenę indywidualną od dostawców;
- minimalizowanie kosztów związanych z eksploatacją pojazdów i sprzętu specjalistycznego
- posiadanie własnej bazy magazynowo transportowej oraz własnego warsztatu;

Do udzielonych wyjaśnień Konsorcjum Partner dołączyło szczegółową kalkulację wskazując ceny opróżnień pojemników, koszty przekazywania odpadów zmieszanych oraz koszty eksploatacyjne, tj. paliwa, pracownicze dodatkowe nieprzewidziane, wskazując też przewidziany dochód dla firmy.

Wykazywane przez Odwołującego nieskalkulowane koszty, zdaniem Zamawiającego, mieszczą się w udzielonych przez Konsorcjum Partner wyjaśnieniach.

Co do zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Konsorcjum Partner z treścią SIWZ Zamawiający podniósł, że brak poprawki formularza ofertowego przez tego wykonawcę po zmianach wprowadzonych przez Zamawiającego nie stanowi o sprzeczności oferty tego wykonawcy z SIWZ. Podkreślił, że gotowość świadczenia usługi oferowanej przez Konsorcjum Partner jest dłuższa niż wymagana przez Zamawiającego jednakowoż rozliczenia będą następowały za faktyczne zlecone i wykonane opróżnienia po cenach jednostkowych zaoferowanych w ofertach, a nie za czas realizacji zamówienia.

Co do zarzutu nienależytego podpisania oferty przez Konsorcjum Partner podkreślił, że nieprawdziwym jest twierdzenie jakoby wymagał w SIWZ podpisania oferty długopisem. Cytowany przez Odwołującego zapis pkt 17.3 lit a) SIWZ odnosi się do formy oferty. Postanowieniem szczególnym SIWZ dotyczącym podpisania oferty jest pkt 17.3 lit. b) SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał podpisania oferty własnoręcznym popisem z pieczęcią imienną przez osoby upoważnione do reprezentacji. Powyższe oznacza, że Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył w SIWZ wyboru narzędzi, którymi oferta może być podpisana. Podkreślił, że wymóg podpisywania dokumentów przy użyciu określonych narzędzi nie wynika z żadnych przepisów prawa.

### III. Stanowisko Przystępującego Konsorcjum Partner

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Konsorcjum Partner wniósł o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego. Podniósł, iż co do zarzutów podnoszonych w odwołaniu KIO nie powinno orzekać na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp z racji tego, że w odwołaniu skonkretyzowano podmiot, którego owe zarzuty dotyczą, jako Partner Dariusz Apelski i MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa podczas gdy w proteście wskazano ten podmiot jako Partner Dariusz Apelski i MD Prestige Sp. z o.o.

Podkreślił, że umowa konsorcjum zawarta pomiędzy podmiotami tworzącymi Konsorcjum Partner jest umową nienazwaną i żaden akt prawny nie określa jakie powinny być *essentialia negotii* tej umowy i stwierdził, że umowa ta jest ważnie zawarta.

Co do rzekomego niespełnienia warunku doświadczenia podkreślił, że Zamawiający zażądał przedłożenia referencji w zakresie selektywnej zbiórki surowców o wartości 300 000 PLN i warunek ten został przez Konsorcjum Partner spełniony poprzez wykazanie usługi świadczonej na rzecz Jeronimo Martins S.A.

Co do zarzutów związanych z rażąco niską ceną wskazał, powołując się na orzecznictwo KIO oraz SO, że na Odwołującym spoczywa ciężar dowodowy w tym zakresie, a jego zarzuty są gołosłowne. Tymczasem Konsorcjum Partner złożyło ofertę z ceną, która znajduje odzwierciedlenie w dokonanych przez wykonawcę wyliczeniach.

Powołując się na stanowisko doktryny podniósł, że brak jest podstaw do przyjęcia, że podpis złożony ołówkiem, czy cienkopisem jest nieskuteczny. Własnoręczny podpis powstaje bowiem w sposób naturalny biologicznie związany z osobą podejmującą czynności, a nie wskutek zachowania określonej technologii.

### **Sygn. akt: KIO/UZP 734/10**

#### I. Stanowisko Odwołującego

Konsorcjum Partner wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, w którym uwzględnił on jeden zarzut podniesiony w proteście przez Konsorcjum Remondis, a odnoszący się do niewykazania się przez Konsorcjum Partner dokumentem potwierdzającym brak karalności komplemetariusza spółki MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa, wchodzącej w skład Konsorcjum Partner.

Odwołujący Konsorcjum Partner zarzucił w tym zakresie Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 180 ust. 8 ustawy Pzp, poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie polegające na:
  - a) pominięciu weryfikacji spełniania warunków formalnych złożonego przez Konsorcjum Remondis protestu pozwalając na jego merytoryczne rozstrzygnięcie;
  - b) samowolnym przyjęciu przez Zamawiającego, iż intencją Konsorcjum Remondis w proteście było oprotestowanie zaniechania Zamawiającego, wskazanego w pkt VII rozstrzygnięcia protestu, nieoparte treścią żądania złożonego protestu;
- 2) naruszenie art. 180 ust. 8 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 7 – 9 ustawy Pzp, poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i interpretację.

Biorąc powyższe pod uwagę Konsorcjum Partner wniosło o:

- oddalenie protestu Konsorcjum Remondis wskutek braku jego złożenia ewentualnie o
- uchylenie rozstrzygnięcia protestu i jego oddalenie jako bezzasadnego.

W treści uzasadnienia złożonego odwołania Odwołujący Konsorcjum Partner wskazała na następujące okoliczności:

- 1) Składając protest Konsorcjum Remondis wskazało na następujące czynności, czy zaniechania Zamawiającego, które były podstawą podniesionych zarzutów: ocena złożonych ofert i wybór oferty najkorzystniejszej, zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Partner z postępowania i zaniechanie odrzucenia oferty tego Konsorcjum. Podnosząc te zarzuty Konsorcjum Remondis wskazywało na wykonawcę Konsorcjum Partner składające się z następujących firm: Dariusz Apelski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner oraz MD Prestige Sp. z o.o. Konsorcjum Partner podniosło, że wskazany przez Konsorcjum Remondis wykonawca nie uczestniczył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tak więc wszystkie podnoszone wobec tego wykonawcy zarzuty odnosiły się do nieistniejącego wykonawcy, do nieistniejących czynności i do nieistniejącego Konsorcjum, zatem nie powinny być uznane za protest. W skład Konsorcjum Partner wchodziła bowiem zamiast wykazywanej przez Konsorcjum Remondis: MD Prestige Sp. z o.o. firma MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa. Tym samym – w ocenie Odwołującego Konsorcjum Partner – protest Konsorcjum Remondis jako niespełniający wymogów formalnych z art. 180 ust. 8 ustawy Pzp powinien być przez Zamawiającego pozostawiony bez rozpoznania.

- 2) W treści protestu Konsorcjum Remondis nie wskazało dokładnie jakich dokumentów Konsorcjum Partner nie przedłożyło na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem Zamawiający samowolnie przyjął, że Konsorcjum Partner zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie przedstawiło zaświadczenia o niekaralności komplemetariusza Sp. komandytowej, tj. MD Prestige Sp. z o.o. Konsorcjum Remondis w proteście nie wskazało w tym zakresie w sposób jednoznaczny czynności / zaniechania Zamawiającego, jak i nie podało wymaganego żądania.
- 3) Wedle Odwołującego Konsorcjum Partner złożyło w niniejszym postępowaniu wszystkie wymagane prawem dokumenty. Czyniąc zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 24 ust. 1 pkt 9 i 8 ustawy Pzp przedłożyło zaświadczenie o niekaralności MD Prestige Sp. z o.o. Sp. z komandytowa oraz zaświadczenie dotyczące Pani Magdaleny Dmochowskiej Prezesa Zarządu MD Prestige Sp. z o.o. Analiza treści art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wskazuje, wedle oceny Konsorcjum Partner, że dyspozycja wynikająca z tego przepisu jest możliwa do wypełnienia w sytuacji gdy komplemetariuszem w spółce komandytowej lub komandytowo akcyjnej jest osoba fizyczna. Przepisy, o których mowa w tym przepisie, jest w stanie popełnić tylko osoba fizyczna. Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wskazał, że nie ma ani fizycznej, ani prawnej możliwości, aby którekolwiek z przestępstw wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zostało popełnione przez komplemetariusza, którą jest osoba prawną, w związku z tym nie można żądać od tego podmiotu zaświadczenia o niekaralności.

## II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu Remondis uwzględnił zarzut tego wykonawcy w odniesieniu do Konsorcjum Partner co do nie wykazania przez tego wykonawcę braku postaw do wykluczenia z postępowania z powodu nie przedłożenia dokumentu potwierdzającego niekaralność komplemetariusza firmy wchodzącej w skład Konsorcjum Partner, tj. firmy MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w tym zakresie wskazując, że w takiej sytuacji wezwie Konsorcjum Partner do uzupełniania brakującego dokumentu.



### III. Stanowisko Przystępującego Konsorcjum Remondis

Konsorcjum Remondis składając przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniosło o odrzucenie odwołania lub ewentualnie o jego oddalenie.

Podstawą wniosku o odrzucenie odwołania było złożenie odwołania przez Pana Dariusza Apelskiego osobę, która – w ocenie Przystępującego – nie była uprawniona do podpisywania jakichkolwiek dokumentów w imieniu Konsorcjum Partner z powodu nieprawidłowo udzielonego pełnomocnictwa w umowie konsorcjum.

Przystępujący podniósł, że złożenie protestu przez Konsorcjum Remondis było skuteczne, a wskazane w treści protestu nazwy MD Prestige Sp. z o.o. zamiast MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa należy uznać za oczywistą omyłkę pisarką.

Co do kwestii braku przedłożenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp informacji z KRK dla komplementariusza spółki ubiegającej się wspólnie o zamówienie Konsorcjum Remondis podniosło, że wskazany przepis nie dotyczy jedynie komplementariuszy będących osobami fizycznymi. W związku z tym, aby Zamawiający miał pewność, że wykonawca będący spółką komandytową nie podlega wykluczeniu z postępowania musi zweryfikować okoliczność niekaralności wszystkich komplementariuszy tego wykonawcy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron i przystępujących, zaprezentowanych w ramach środków ochrony prawnej oraz złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp, jak również rozporządzeń wydanych na podstawie przepisów tej ustawy (rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) i rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów

kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.)) w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań oraz, że wypełniono w przypadku obydwu odwołań – biorąc pod uwagę zakres podnoszonych zarzutów - przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

### **Sygn. akt: KIO/UZP 733/10**

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres podniesionych zarzutów, stwierdził, że odwołanie Konsorcjum Remondis nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby przeprowadził w tym zakresie dowody z dokumentacji postępowania przedłożonej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności uwzględnił treść ogłoszenia o zamówieniu, treść protokołu z postępowania (druk ZP – 1), treść SIWZ, treść oferty złożonej przez Konsorcjum Partner, zapytanie i wyjaśnienia Konsorcjum Partner udzielone w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz wezwanie do złożenia wyjaśnień i wyjaśnienia Konsorcjum Partner udzielone na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W poczet materiału dowodowego włączono również wykaz i zestawienie firm załączone przez Odwołującego – Konsorcjum Remondis do akt sprawy na rozprawie.

Co do pierwszego z podnoszonych zarzutów dotyczącego przedłożonej wraz z ofertą Konsorcjum Partner umowy konsorcjum Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Załączona do oferty wskazanego konsorcjum umowa z dnia 5 marca 2010 r. (str. 10-12 oferty) stanowi wypełnienie dyspozycji art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, tj. została przedłożona w celu wykazania ustanowienia przez podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie pełnomocnika tych podmiotów, upoważnionego do złożenia oferty w postępowaniu. Z § 3 tej umowy wprost wynika, że lider konsorcjum, tj. Pan Dariusz Apelski, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Partner z siedzibą w Pułtusku, został ustanowiony pełnomocnikiem konsorcjum ubiegającego się o zamówienie. Przywoływany przez Odwołującego Remondis § 4 wskazanej umowy, gdzie mówi się o tym, że na etapie ubiegania się o zamówienie publiczne, lider upoważniony jest do podpisywania dokumentów w imieniu i za zgodą

członków konsorcjum, nie wprowadza – zdaniem Izby – żadnych ograniczeń co do reprezentacji Konsorcjum Partner przez jego lidera. Z powyższego zapisu umowy Konsorcjum Partner w żaden sposób nie można wywodzić, że do podejmowania każdej czynności w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego potrzebna jest każdorazowo odrębna zgoda wszystkich członków tego konsorcjum, a tym bardziej, że jest w tym zakresie niezbędna pisemna zgoda członków konsorcjum, czy też odrębne pełnomocnictwo. Tym samym zatem zasadnym jest przyjęcie, że ustanowiony prawidłowo pełnomocnik - Dariusz Apelski, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner, był upoważniony do podejmowania wszelkich działań w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym do podpisania oferty w imieniu całego konsorcjum na podstawie udzielonego mu pisemnego pełnomocnictwa zawartego w § 3 umowy konsorcjum załączonej do oferty.

Co do zarzutu pozorności zawartej umowy Konsorcjum Partner zgodzić należy się z Zamawiającym, że załączona do oferty umowa konsorcjum wobec zobowiązania się w niej podmiotów do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i wobec ustanowienia w tym zakresie pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jest wystarczająca pod kątem oceny zgodności oferty Konsorcjum Partner z wymogami przepisów ustawy Pzp. Określenie podziału zadań do realizacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w samej umowie konsorcjum nie może być przesądzające o tym, jakie czynności i zadania będą faktycznie realizowane przez poszczególnych członków konsorcjum. Umowa ta może bowiem podlegać jeszcze zmianom. Z punktu widzenia ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest istotny podział zadań do realizacji pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum, ubiegających się wspólnie o zamówienie lecz sama wola tego wspólnego ubiegania się o zamówienie, a następnie wola jego realizacji oraz ustanowienie pełnomocnika takiego konsorcjum w postępowaniu. Dopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów prawa jest, aby wykonawcy dochodząc do porozumienia wyrazili wolę wspólnego ubiegania się o zamówienie niezależnie od tego jakimi kwalifikacjami dysponują poszczególni członkowie konsorcjum oraz niezależnie od tego, jakie zadania będą faktycznie oni realizować po wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca, dopuszczając możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez kilku wykonawców dopuścił też, aby wykonawcy ci mogli wspólnie zagwarantować spełnianie określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Pozwolił on też, aby ich potencjał podlegał sumowaniu w celu możliwości wspólnego ubiegania się o zamówienie, a następnie realizacji zamówienia publicznego. Ustawową gwarancją prawidłowości realizacji zamówienia publicznego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie

publiczne stanowi solidarna odpowiedzialność każdego z tych wykonawców za prawidłowość wykonania zamówienia publicznego, wyrażona w art. 141 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do uznania, że umowa Konsorcjum Partner, z której Odwołujący Konsorcjum Remondis wywodzi, że z uwagi na przydzielenie realizacji zamówienia jedynie liderowi tego Konsorcjum, jest umową pozorną, co prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Obowiązujące przepisy ustawy Pzp – a pod kątem zgodności czynności dokonywanych przez Zamawiającego z tymi właśnie przepisami dokonuje oceny Izba – nie dyskwalifikują sytuacji, w której wyłącznie jeden z wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie prezentuje referencje potwierdzające uzyskane przez ten podmiot doświadczenie, zaś drugi z konsorcjantów faktycznie wykonuje zamówienie. Gwarancję prawidłowości realizacji zamówienia w takim przypadku przewiduje – jak podniesiono - wskazany przepis art. 141 ustawy Pzp.

Izba zwraca uwagę, że w zakresie rozstrzygnięcia co do ewentualnego naruszenia w tym konkretnie przypadku przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Krajowa Izba Odwoławcza nie posiada uprawnień. Stosownie do dyspozycji art. 172 ust. 1 ustawy Pzp Izba jest właściwą do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zaś zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tylko zatem o naruszeniu przepisów ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie, jak również naruszeniu przepisów innych ustaw, do których wprost odwołuje się ustawa Pzp, Izba może rozstrzygać.

Co do zarzutu niespełnienia przez Konsorcjum Partner warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wymaganego doświadczenia Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zgodnie z pkt 12.2 lit. d) SIWZ Zamawiający wymagał doświadczenia co do jednej usługi z zakresu selektywnej zbiórki odpadów surowcowych o łącznej wartości nie mniejszej niż 300 000 zł, z tym, że brane przy ocenie miały być pod uwagę usługi o wartości nie mniejszej niż 75 000 zł każda. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawcy – zgodnie z pkt 13.2 lit. d) i e) SIWZ - mieli przedłożyć wykaz wykonanych lub wykonywanych z należytą starannością usług z zakresu selektywnej zbiórki odpadów surowcowych, o których mowa w określonym przez Zamawiającego warunku oraz dokumenty (np. referencje), potwierdzające, że prace wyszczególnione w wykazie zostały wykonane należyście.

W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku Konsorcjum Partner przedłożyło wykaz usług (str. 91 oferty) i referencje z dnia 3 marca 2010 r. odnoszące się do wykazywanej

usługi (str. 92 oferty). Konsorcjum Partner wykazało się realizowaną usługą odbioru odpadów selektywnie zbieranych (według zapisu w wykazie usług), wykonywaną przez MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa na rzecz Jeronimo Martins Dystrybucja S.A. z siedzibą w Kostrzynie. W treści referencji wskazano, że wskazana firma świadczy usługi w zakresie odbioru odpadów selektywnie zbieranych.

Zamawiający pismem z dnia 12 marca 2010 r. (znak: OŚ-II-SSZ-0732/7-2/10) zwrócił się do Konsorcjum Partner w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonych dokumentów dotyczących spełniania wskazanego warunku udziału w postępowaniu. W wezwaniu tym, przytaczając treść określonego przez siebie warunku wskazał, że Konsorcjum Partner przedstawiło wykaz usług i referencje dotyczące usługi polegającej na odbiorze odpadów selektywnie zbieranych. W związku z tym Zamawiający zapytał wykonawcę, czy w zakresie wykazywanej usługi mieści się selektywna zbiórka odpadów surowcowych i jaka jest wartość tej usługi w wymaganym w warunku okresie jej realizacji. Konsorcjum Partner w wyjaśnieniach z dnia 18 marca 2010 r. wskazało, że wykazywana przez tego wykonawcę usługa była usługą polegającą na selektywnej zbiórce odpadów surowcowych pozyskiwanych w sposób selektywny od jego wytwórcy, a jej wartość całkowita za okres od 1 stycznia 2008 r. do dnia 31 stycznia 2010 r. wyniosła 4 348 288, 82 PLN.

Powyższe ustalenia faktyczne w sprawie pozwalają na jednoznaczne stwierdzenie, że warunek udziału w postępowaniu, opisany przez Zamawiającego, a dotyczący doświadczenia, został przez Konsorcjum Partner wypełniony. Podstawą stawianych przez Odwołującego Konsorcjum Remondis zarzutów jest twierdzenie, że warunek określony przez Zamawiającego wskazywał na usługę zbiórki odpadów, a nie na usługę odbioru odpadów, jakie *de facto* świadczy firma MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa. Odwołujący powołując się na przepisy dwóch ustaw:

- 1) ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach
- 2) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach

wywodził odmienny zakres wymaganych na podstawie tych dwóch regulacji ustawowych uprawnień na prowadzenie różnego rodzaju działalności, jak również różny zakres świadczonych w tym zakresie usług. Podkreślał, że działalność zbierania odpadów na podstawie ustawy o odpadach nie jest tożsama z działalnością w zakresie odbierania odpadów na podstawie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W tym zakresie twierdzenia Odwołującego nie były kwestionowane przez Zamawiającego, jak i Przystępującego do postępowania Konsorcjum Partner. Izba również co do różnego zakresu tych regulacji ustawowych nie prezentuje odmiennego stanowiska niż Odwołujący. Rozpoznając jednak zarzut niespełnienia przez Konsorcjum Partner warunku doświadczenia

w związku z tym, że wykonawca ten posłużył się referencjami w zakresie odbioru odpadów Izba stwierdziła, że argumentacja Odwołującego rozmią się z postanowieniami SIWZ w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z warunkiem udziału określonym w SIWZ Zamawiający oczekiwał doświadczenia co do zbiórki odpadów. Pojęcie to („zbiórka”) nie zostało zdefiniowane przez – wskazane przez Odwołującego - przepisy prawa, tym samym – zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego prezentowanym w toku rozprawy – dla oceny tego pojęcia należy przyjąć jego leksykalne brzmienie. Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że pojecie „zbiórka” oznacza po prostu „zbieranie”, czyli usunięcie czegoś z jednego określonego miejsca w inne. Ponadto przy zdefiniowaniu tego pojęcia należy posłużyć się samymi postanowieniami SIWZ. Mianowicie w pkt 6.11 SIWZ, tj. w postanowieniach dotyczących opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest realizacja selektywnej zbiórki surowców wtórnych przez co rozumie się odbiór odpadów surowcowych z terenów ogólnodostępnych Miasta Stołecznego Warszawy. W innym miejscu SIWZ – pkt 12.2. lit. b) i c) Zamawiający określił wymagane pozwolenia w niniejszym postępowaniu na prowadzenie określonego rodzaju działalności co związane jest z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego. Zamawiający wymagał mianowicie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów. Istotne zatem z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia, a tym samym spełniania warunków udziału w postępowaniu, było dla Zamawiającego zezwolenie na odbiór odpadów i ich transport. Zamawiający nie wymagał zezwolenia, jak również prowadzenia działalności, w zakresie zbierania odpadów.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, że wykazane przez Konsorcjum Partner doświadczenie w zakresie usług odbioru odpadów selektywnie zbieranych jest wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Wykonawca ten biorąc również pod uwagę wymogi SIWZ przedłożył wymagane zezwolenia na prowadzenie określonego rodzaju działalności co potwierdza także warunek posiadania stosownych uprawnień do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wymagał też, aby każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie takie zezwolenie posiadał, tak więc wystarczającym jest jeśli tylko jeden z konsorcjantów spełniał wskazany warunek.

Izba nie zgodziła się z argumentacją Odwołującego Remondis, że firma MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa nie mogła uzyskać wykazywanego doświadczenia z racji tego, że nie figuruje w wykazie oraz w zestawieniu firm Miasta Stołecznego Warszawy, które to firmy posiadają stosowne zezwolenia na prowadzenie określonego rodzaju działalności objętej przedmiotem zamówienia na terenie tej właśnie Gminy. Wykazywane przez

Konsorcjum Partner doświadczenie dotyczy realizacji usługi na rzecz firmy Jeronimo, która ma swoją siedzibę w Kostrzynie, nie dotyczy zaś realizacji usługi na rzecz Miasta Stołecznego Warszawy, zatem ten argument o braku posiadania stosownego zezwolenia na prowadzenie działalności na określonym terenie, a tym samym możliwości uzyskania na tym terenie wykazywanego doświadczenia, pozostaje bez żadnego związku ze stawianym zarzutem i stanem faktycznym w niniejszej sprawie. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że doświadczenie, na które powołuje się Konsorcjum Partner zostało uzyskane w jakikolwiek nielegalny sposób, czy też, że wykonawca ten podaje nieprawdziwe informacje w postępowaniu.

Tym samym Izba uznała, że zarzuty Konsorcjum Remondis dotyczące doświadczenia Konsorcjum Partner są niezasadne.

Co do zarzutów związanych z rażąco niską ceną w ofercie Konsorcjum Partner oraz nieudzielania przez tego wykonawcę wyjaśnień w trybie wezwania skierowanego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, że nie potwierdziły się one.

Ustalono na podstawie dokumentacji postępowania, że wartość szacunkowa przedmiotu niniejszego zamówienia publicznego została określona przez Zamawiającego na kwotę: 7 022 736,00 zł netto, z czego wartość zamówienia podstawowego z pominięciem zamówień uzupełniających stanowiła 4 681 824,00 zł netto. (pkt 2 części ogólnej protokołu postępowania – ZP – 1). Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwoty, które zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia: 2 370 134,32 zł brutto co do części I zamówienia i 2 639 417,36 zł brutto co do części II zamówienia (pkt 9 części szczegółowej protokołu postępowania – druk ZP – 1). Łącznie zatem Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia kwotę 5 009 551,68 zł brutto, która to kwota stanowi wartość szacunkową zamówienia podstawowego powiększoną o podatek VAT.

Wartość ofert złożonych w niniejszym postępowaniu to:

1. oferta Konsorcjum Partner – 1 302 316,26 zł (co do części I zamówienia) i 1 452 390,18 zł (co do części II zamówienia),
2. oferta Jolanty Zagórskiej, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą: PPHU LEKARO Jolanta Zagórska z siedzibą w Woli Duckiej – 1 873 869,60 zł (co do części I zamówienia),
3. oferta Konsorcjum Remondis – 1 848 305,97 zł (co do części I zamówienia) i 1 986 198,67 zł (co do części II zamówienia).

Biorąc pod uwagę ceny ofertowe złożone w niniejszym postępowaniu oraz ustaloną przez Zamawiającego wartość przedmiotu zamówienia Izba uznała, że Zamawiający mógł powziąć wątpliwości co do ceny ofertowej Konsorcjum Partner i skierować do tego wykonawcy wezwanie o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wątpliwości te jednak - w ocenie Izby - zostały rozwiane przez Konsorcjum Partner, biorąc pod uwagę wyjaśnienia udzielone Zamawiającemu w piśmie z dnia 18 marca 2010 r. W wyjaśnieniach tych Konsorcjum Partner wskazało na następujące okoliczności, które mają wpływ na wysokość ustalonej przez nie ceny ofertowej:

- wykonawca nie korzysta z usług transportu odpadów oferowanych przez wysypiska / składowiska odpadów z uwagi na wykonywanie transportu odpadów we własnym zakresie, ponadto świadcząc usługi na rzecz wielu podmiotów nie dokonuje rozgraniczenia na poszczególnego klienta lecz łącznie w ramach ruchu przedsiębiorstwa;
- wykonawca minimalizuje koszty z odbiorcami odpadów – zgodnie z zawartymi umowami przez Konsorcjum Partner, wykonawca ten nie będzie obciążony kosztami przekazania odpadów surowcowych;
- wykonawca ogranicza koszty związane ze zużyciem paliwa, gdyż każdorazowo negocjuje cenę indywidualną od dostawców;
- wykonawca minimalizuje koszty związane z eksploatacją pojazdów i sprzętu specjalistycznego;
- wykonawca posiada własną bazę magazynowo transportową oraz własny warsztat.

Niezależnie od powyższego Konsorcjum Partner do swoich wyjaśnień dołączyło szczegółową kalkulację kosztów za realizację obydwu zadań, co do których złożyło ofertę. Przedłożona kalkulacja przewidywała koszty jednostkowe opróżniania poszczególnych pojemników na odpady. Wykonawca ten w ramach przedłożonej kalkulacji przewidział też szczególne koszty związane z przekazaniem odpadów zmieszanych, a także koszty eksploatacyjne, takie jak: paliwo, koszty pracownicze oraz dodatkowe nie przewidziane koszty. Przedłożona kalkulacja przewidywała także przewidziany dla wskazanego wykonawcy dochód z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że przedstawione wyjaśnienia są wystarczające dla obalenia domniemania, że cena ofertowa Konsorcjum Partner ma charakter ceny rażąco niskiej. Domniemanie powstało z uwagi na zaoferowanie przez tego wykonawcę ceny na niższym poziomie niż wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia oraz ceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia wskazują jednak na uwzględnienie w kalkulacji cenowej oferty tego wykonawcy elementów



cenowych, co nie wskazuje na zaoferowanie ceny niewiarygodnej dla realizacji usług objętych zakresem świadczenia.

Twierdzenia Odwołującego o braku uwzględnienia w zakresie kalkulacji cenowej oferty takich kosztów, jak:

- koszty eksploatacji samochodów;
- koszty wynajmu ewentualnie zakupu samochodów;
- koszty zakupu, amortyzacji i napraw pojemników do selektywnej zbiórki odpadów;
- koszty pozyskania i sortowania odpadów

nie znajdują oparcia wobec przedstawionej przez Konsorcjum Partner kalkulacji, która przewiduje zarówno koszty osobowe (pracownicze), koszty paliwa, jak i inne dodatkowe nieprzewidziane koszty.

Odwołujący podnosząc zarzuty wobec przedłożonych wyjaśnień Konsorcjum Partner oparł się jedynie na twierdzeniach, że wskazane przez tego wykonawcę koszty, np. osobowe, czy też związane z transportem są niewystarczające dla pokrycia kosztów realizacji tych usług. Twierdzenia te nie są oparte na żadnych dowodach, a przyjęte przez Odwołującego założenia, że np. do realizacji przedmiotu zamówienia koniecznym jest zatrudnienie 24 osób nie może potwierdzać okoliczności, że dany wykonawca w sposób odmienny niż zatrudnienie określonej ilości osób nie może zorganizować sobie sposobu świadczenia usługi, uwzględniając przy tym możliwość obniżenia kosztów świadczenia danej usługi w sposób prawem przewidziany, ponieważ wymóg zatrudnienia wskazanej ilości osób nie opiera się na wymaganiach Zamawiającego w tym zakresie. Co do kosztów transportu Izba wskazuje, że brak uwzględnienia przez wykonawcę poprzez wyszczególnienie np. kosztów oleju, czy jakiegos smaru do pojazdów używanych przy realizacji zamówienia przez wykonawcę nie może też świadczyć o okoliczności, iż wykonawca ten nie skalkulował tych kosztów, a tym samym, że jego cena ma charakter rażąco niski. W kalkulacji Konsorcjum Partner wykonawca ten dodatkowo wyszczególnił kwoty kosztów dodatkowych, nie przewidzianych w wyszczególnionych kosztach realizacji usługi. Tym samym również te dodatkowe koszty obejmują także koszty związane z transportem.

Co do wykazywanych przez Konsorcjum Partner poziomu rentowności, czy wykazywanego kosztu związanego z odrzutem z surowców Odwołujący Konsorcjum Remondis nie udowodniło stawianych zarzutów. Oparte są one jedynie na gołosłownych twierdzeniach Odwołującego, a to na Odwołującym, który wywodzi określone skutki prawne ze swoich twierdzeń (konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum Partner), spoczywa ciężar dowodowy.

Izba przyjęła również za wiarygodne w tym zakresie twierdzenie Zamawiającego – wobec braku jakiegokolwiek odniesienia się i zakwestionowania tej okoliczności przez

Odwołującego Remondis – iż ustalona przez Zamawiającego wartość szacunkowa zamówienia publicznego w końcówce roku poprzedniego (2009 r.) zakładała inną wartość zamówienia niż aktualna sytuacja w roku 2010 r., biorąc przede wszystkim pod uwagę odmienną sytuację panującą na rynku w końcówce ubiegłego roku, kiedy doszło do załamania rynku surowców wtórnych. Powyższy argument ma również znaczenie dla przyjęcia, że oferowana przez Konsorcjum Partner cena ofertowa nie jest rażąco niska.

Odnosząc się do zarzutu niezłożenia w ogóle wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej Izba nie przychyliła się do twierdzeń Odwołującego, że wyjaśnienia podpisane przez Pana Dariusza Apelskiego są złożone w imieniu wyłącznie przedsiębiorcy: Dariusz Apelski Partner, a nie w imieniu całego Konsorcjum Partner. Izba potwierdza, że udzielone pełnomocnictwo w umowie konsorcjalnej z dnia 5 marca 2010 r., załączonej do oferty, umocowuje w wystarczający sposób Pana Dariusza Apelskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Partner do składania również wyjaśnień dotyczących złożonej w przedmiotowym postępowaniu oferty przez to Konsorcjum w jego imieniu.

Co do zarzutu niezgodności treści oferty Konsorcjum Partner z treścią SIWZ w zakresie oświadczenia dotyczącego terminu realizacji zamówienia Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający w SIWZ określił wzór formularza ofertowego, gdzie w pkt 3 przewidział oświadczenie wykonawcy odnoszące się do terminu realizacji zamówienia do dnia 15 stycznia 2013 r. W oświadczeniu tym znalazły się również częściowe terminy realizacji zamówienia związane z wykonywaniem usług w dwóch częściach zamówienia co do niektórych określonych we wzorze umowy czynności. Pierwotnie Zamawiający w SIWZ wskazał tam jako termin końcowy datę: 28 grudnia 2012 r., a następnie w wyniku modyfikacji SIWZ zmienił tę datę na dzień 15 grudnia 2012 r. Konsorcjum Partner nie uwzględniło tej modyfikacji w swoim formularzu ofertowym i wskazało w tym zakresie datę dłuższą, tj. 28 grudnia 2012 r.

Odnosząc się do stawianych w tym zakresie zarzutów przez Konsorcjum Remondis Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego w rozstrzygnięciu protestu i podtrzymanego na rozprawie, że Konsorcjum Partner złożyło Zamawiającemu oświadczenie o końcowym terminie realizacji wskazanych w wymaganych oświadczeniach usług do dnia 28 grudnia 2012, w którym to terminie mieści się faktyczny termin realizacji tych usług, tj. 15 grudnia 2012 r. Zapłata za spełnienie świadczenia z tytułu realizacji umowy – zgodnie z postanowieniami SIWZ – nastąpi według faktycznego wykonania usług we wskazanym w SIWZ okresie. Tym samym zatem nie możemy w tym przypadku mówić o sprzeczności treści oferty Konsorcjum Partner co do treści SIWZ bowiem oświadczenie

złożone w ofercie tego wykonawcy mieści się w zakresie wymaganego w SIWZ zobowiązania dla wykonawcy ustalonego przez Zamawiającego.

Co do zarzutów nieprawidłowego podpisania oferty Konsorcjum Partner, a tym samym również niezgodności treści tej oferty z SIWZ Izba uznała, że zarzuty w tym zakresie nie potwierdziły się.

Odwołujący Remondis, wskazując na zapisy pkt 17.3 lit. a) SIWZ wywodził, że oferta powinna być podpisana długopisem, gdy tymczasem podpisana jest wyłącznie ołówkiem. Izba nie stwierdziła w tym zakresie, aby oferta Konsorcjum Partner podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 czy też ust. 8 ustawy Pzp. Z obowiązujących przepisów ustawy Pzp, a także przepisów Kc, mających zastosowanie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacjach nieuregulowanych (art. 14 ustawy Pzp) nie wynika w żaden sposób forma, czy też narzędzie, przy pomocy którego podpisy, w tym pod ofertą, powinny być składane. Zgodnie z art. 78 § 1 Kc do zachowania formy pisemnej wystarczające jest założenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał, że na ofercie znajduje się podpis, który nie należałby do Pana Dariusza Apelskiego – pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Podpis pod ofertą został złożony na imiennej pieczęci Pana Dariusza Apelskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Partner tym samym jest to podpis identyfikowalny z osobą właściciela go składającego.

Postanowienia SIWZ, które przywołuje Odwołujący odnoszą się do formy oferty. Słusznie zaś przywołał Zamawiający postanowienia pkt 17.3 lit. b) SIWZ, gdzie określił wymogi szczególne SIWZ co do podpisu formularza ofertowego i pozostałych dokumentów załączanych do oferty. Wskazał on tam mianowicie, że dokumenty te mają być podpisane własnoręcznym podpisem z pieczęcią imienną przez osobę lub osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy zgodnie z formą reprezentacji określoną w dokumencie rejestrowym, bądź innym dokumencie. Wskazane wymogi zostały w przypadku oferty Konsorcjum Partner wypełnione, stąd też podpisanie oferty cienkopisem, czy ołówkiem nie może świadczyć o naruszeniu określonej przez przepisy prawa (art. 78 § 1 Kc w związku z art. 14 ustawy Pzp), czy też przywołanej postanowieniami SIWZ formy tego podpisu i dyskredytować ten podpis.

Biorąc pod uwagę okoliczność braku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu Konsorcjum Remondis Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu.

## **Sygn. akt: KIO/UZP 734/10**

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, stwierdził, że odwołania Konsorcjum Partner zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby przeprowadził w niniejszej sprawie postępowanie dowodowe z dokumentacji postępowania przedłożonej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ oraz oferty złożonej przez Konsorcjum Partner.

Izba stwierdziła, że nieuprawnionym jest żądanie od komplementariusza Sp. z o.o. Sp. komandytowej, którym jest osoba prawna - mianowicie spółka z o.o. – informacji o niekaralności potwierdzającej okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, którym jest spółka komandytowa lub spółka komandytowo-akcyjna, jeśli komplementariusza takiej spółki prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo popełnione przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego. W celu wykazania, że nie zachodzi wskazana okoliczność, zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), wykonawca winien przedłożyć w postępowaniu aktualną informację z KRK potwierdzającą wskazane w art. 24 ust. 1 pkt od 4 do 8 ustawy Pzp okoliczności.

W ofercie Konsorcjum Partner zostały złożone dwa dokumenty z KRK potwierdzające niekaralność osoby fizycznej, tj. Pana Dariusza Apelskiego, prowadzącego działalność gospodarczą i Pani Magdaleny Dmochowskiej Prezesa Zarządu MD Prestige Sp. z o.o., która to spółka jest upoważniona do reprezentacji MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa, a jednocześnie jest to spółka, która jest komplementariuszem wchodzącej w skład Konsorcjum Partner spółki komandytowej. Do oferty dołączona została także informacja

z KRK, odnosząca się do MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa, a dotycząca podmiotu zbiorowego.

W ocenie składu orzekającego Izby brak jest podstaw do żądania wobec MD Prestige Sp. z o.o., która to spółka jest komplementariuszem spółki wchodzącej w skład Konsorcjum Partner ubiegającego się o niniejsze zamówienie informacji z KRK na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Przepis, o których mowa w tym przepisie, mogą być bowiem popełnione jedynie przez osoby fizyczne. Gdyby więc komplementariuszem spółki wchodzącej w skład ubiegającego się wspólnie o zamówienie Konsorcjum Partner była osoba fizyczna wówczas taki dokument z KRK należałoby przedłożyć. W związku z tym, że w niniejszej sprawie komplementariuszem spółki jest osoba prawna (Sp. z o.o.) nie jest możliwe popełnienie przez taki podmiot przestępstwa, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a w związku z tym nie jest też możliwe pozyskanie w odniesieniu do takiego podmiotu informacji z KRK we wskazanym zakresie. Osoba prawna będąca komplementariuszem firmy ubiegającej się wspólnie o zamówienie publiczne co najwyżej podlega odpowiedzialności w trybie ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz. U. Nr 197, poz. 1661). W tym zakresie – zgodnie z przepisami tej ustawy - możliwe jest wydanie wobec takiego podmiotu wyroku orzekającego brak podstaw lub też podstawy odpowiedzialności takiego podmiotu. W trybie przepisów tej ustawy nie jest natomiast możliwe uzyskanie wyroku skazującego za popełnienie przestępstw, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Informacja co do podmiotu zbiorowego jakim niewątpliwie jest komplementariusz spółki ubiegającej się o zamówienie publiczne, tj. MD Prestige Sp. z o.o., wymagana jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp – wyłącznie od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne. W przedmiotowym postępowaniu podmiotem ubiegającym się o zamówienie jest Konsorcjum Partner składające się z przedsiębiorcy prowadzącego indywidualnie działalność gospodarczą oraz ze spółki MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa. Co do tej spółki zaświadczenie z KRK odnośnie podmiotu zbiorowego zostało przedstawione w ofercie. Spółka MD Prestige Sp. z o.o. będąca tylko komplementariuszem tego wykonawcy nie jest zobowiązana do przedstawiania informacji z KRK odnośnie podmiotu zbiorowego.

Wykładnia gramatyczna wskazanych przepisów pozwala na przyjęcie jednoznacznego stanowiska, że w przypadku komplementariusza spółki komandytowej, którym jest osoba prawa brak jest podstaw do stwierdzenia, że zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w odniesieniu do takiego podmiotu i przedkładanie w tym zakresie informacji z KRK nie jest faktycznie i prawnie możliwe. Wobec takich, a nie innych

zapisów ustawowych niedozwolona jest w tym zakresie wykładnia rozszerzająca co do dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Powyższe stanowisko Izby zostało już potwierdzone tak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w stanowisku prezentowanym przez Urząd Zamówień Publicznych.

Izba rozpoznając odwołanie Konsorcjum Partner jednocześnie nie stwierdziła, aby zarzuty dotyczące nieprawidłowości co do złożonego przez Konsorcjum Remondis protestu potwierdziły się. Zarzuty dotyczące braku wskazania właściwej czynności bądź zaniechania Zamawiającego z uwagi na nieprawidłowe określenie podmiotu wykonawcy, którego oferta jest kwestionowana w postępowaniu (konsorcjum Partner) nie były poprzedzone protestem w związku z czym – stosownie do art. 187 ust. 4 pkt 2 oraz art. 191 ust. 3 ustawy Pzp nie podlegają merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Niezależnie od powyższego brak właściwego określenia firm wchodzących w skład Konsorcjum Partner w niektórych miejscach protestu Izba potraktowała również – podobnie jak Zamawiający – jako oczywistą omyłkę pisarską. Wiadomym bowiem jest kto w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ubiega się o udzielenie tego zamówienia, czyli jaki był skład Konsorcjum Partner. Wskazanie w proteście zamiast firmy MD Prestige Sp. z o.o. Sp. komandytowa wyłącznie MD Prestige Sp. z o.o. nie skutkowało postawieniem zarzutów innemu podmiotowi, bowiem z okoliczności sprawy wynika, że taki podmiot nie składał oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzut formalny dotyczący wyjścia przez Zamawiającego poza granice protestu Konsorcjum Remondis, również jako nie stanowiący samodzielnej podstawy protestu, a tym samym nie możliwy do podniesienia samodzielnie w ramach przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, nie mógł być rozpoznany przez Izbę ze wskazanych co wyżej przyczyn.

Biorąc pod uwagę okoliczność potwierdzenia się jednego z zarzutów podniesionych w odwołaniu Konsorcjum Partner Izba stwierdziła również naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przywołanego w odwołaniu. Powyższe zgodnie z art. 191 ust. 1a ustawy Pzp skutkuje koniecznością uwzględnienia odwołania Konsorcjum Partner z uwagi na wpływ stwierdzonego przez Izbę naruszenia na wynik postępowania. Brak uwzględnienia odwołania skutkowałby bowiem skierowaniem przez Zamawiającego – zgodnie z jego oświadczeniem złożonym w toku rozprawy - wezwania do uzupełnienia przez Konsorcjum Partner dokumentu KRK w odniesieniu do firmy MD Prestige Sp. z o.o. , które nie mogłoby być uzupełnione przez tego wykonawcę, co z kolei prowadziłoby w efekcie do

wykluczenia z udziału w postępowaniu tego wykonawcy i odrzucenia jego oferta, która została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą, zatem miałyby bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Jednocześnie też Izba w związku z tym, że w rozstrzygnięciu protestu Zamawiający zapowiedział jedynie dokonanie określonych czynności, a faktycznie – zgodnie z dyspozycją art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp – ich nie dokonał, Izba wydała jedynie orzeczenie uwzględniające odwołanie Konsorcjum Partner, nie nakazując Zamawiającemu dokonania żadnych czynności, a uznając jedynie tym samym, że merytoryczne rozstrzygnięcie protestu Konsorcjum Remondis poprzez jego uwzględnienie we wskazanym zakresie zostało przez Zamawiającego dokonane nieprawidłowo.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Izba wydała niniejsze orzeczenie w oparciu o art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp.

Izba działając w oparciu o § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) postanowiła wydać w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....