

Sygn. akt: KIO 1529/13

WYROK
z dnia 11 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2013 r. przez W..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W..... B..... w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Czosnów

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Czosnów powtórzenie badania i oceny ofert, odtajnienie dokumentów uprzednio utajnionych w części niezawierającej tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie i wyjaśnieniach Zakładu Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o.o. w Otwocku, zastosowanie procedury opisanej w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych wobec oferty złożonej przez Zakład Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o.o. w Otwocku (odnośnie posiadania bazy magazynowo-transportowej) i wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K..... D....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU KRIX-POOL K..... D..... w Izabelinie i Ekozysk1 Sp. z o.o. w Pomiechówku (odnośnie posiadania pozwolenia na wytwarzanie odpadów);

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Czosnów i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez W..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W..... B..... w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Czosnów na rzecz W..... B....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W..... B..... w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Gmina Czosnów (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Czosnów” w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 21 czerwca 2013 r. W..... B....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W..... B..... w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

- art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i w zw. art. 7 Prawa zamówień publicznych oraz w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez Zakład Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o.o. jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty złożonej przez tego Wykonawcę i utajnienie w całości zastrzeżonych informacji, w sytuacji, gdy informacje te nie miały charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa z racji ich powszechnej dostępności lub braku wartości gospodarczej;

- art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych i w zw. art. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez Zakład Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o.o. jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez tego Wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i utajnienie tego dokumentu w całości w sytuacji, gdy części informacji tam zawartych nie miało charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa z racji braku wartości gospodarczej;

- art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych i art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że Zakład Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o.o. złożyła w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wyczerpujące wyjaśnienia wskazujące na obiektywne czynniki pozwalające jej na zaoferowanie niskiej ceny ofertowej i w ślad za tym przyjęcie, że cena ofertowa tego Wykonawcy nie ma charakteru rażąco niskiej oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zakładu Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o.o. z uwagi na niezgodność treści oferty tego Wykonawcy z treścią SIWZ w zakresie,

w jakim Wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu umowy za cenę nie obejmującą wszelkich kosztów i wydatków niezbędnych do jego należytego wykonania;

- art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie ustalenia, czy Zakład Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o.o., jako jeden z podmiotów posiadających wspólne ubezpieczenie, posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą przez zapisy SIWZ minimalną sumę gwarancyjną,

- art. 22 ust. 5 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych i art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych i art. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że ZUK Błysk wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania bazy magazynowo - transportowej w sytuacji, gdy baza wskazana w ofercie tego Wykonawcy nie wskazuje na zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia;

- art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 Prawa zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 22 ust. 5 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum KRIX-POOL do uzupełnienia oferty w zakresie dokumentu, o którym mowa pkt IX, pkt 7, ppkt 1 -1.5 SIWZ i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy nie wykazał on zdolności do należytego wykonania udzielanego zamówienia,

- art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych oraz art. 22 ust. 5 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 Prawa zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum KRIX-POOL do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej - polisy potwierdzającej posiadanie stosownego ubezpieczenia i zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy nie wykazał on zdolności do należytego wykonania udzielanego zamówienia,

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- dokonanie ponownej oceny i badania ofert, a w ich wyniku odrzucenia oferty Zakład Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o.o., wezwania Konsorcjum KRIX-POOL do uzupełnienia oferty.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie (i później – na rozprawie) wnosił o jego oddalenie, przy czym jego stanowisko ogranicza o się zasadniczo do stwierdzenia, że cena oferty Odwołującego przekracza znacząco (ponaddwukrotnie) ilość środków, jaką Zamawiający posiada na realizację

zamówienia, a więc nie posiada interesu we wniesieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą - Zakład Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o.o. w Otwocku (dalej: Błysk), jednak Izba uznała, że nie przystąpił on skutecznie do postępowania odwoławczego, ponieważ nie przekazał kopii przystąpienia Odwołującemu (twierdził, że wysłał kopię przystąpienia faksem, czego nie potrafił udowodnić, ponieważ, jak podnosił, urządzenie faksujące skasowało wykaz dokonanych transmisji).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Izba uznała, wbrew stanowisku Zamawiającego, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałaby dokonana powtórna ocena ofert, a oferty konkurencyjne zostałyby odrzucone – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Bez wpływu na ocenę powyższego pozostaje ilość środków, jaką Zamawiający posiada na realizację zamówienia – kwota ta zawsze, przynajmniej teoretycznie, może zostać zwiększona, a unieważnienie postępowania z powodu ewentualnego braku środków jest, na dzień rozpatrywania odwołania, czynnością przyszłą i hipotetyczną (niezależnie od tego, na ile może być oceniane jej prawdopodobieństwo).

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty są w ocenie Izby uzasadnione.

W związku z faktem, że Zamawiający nie zajął merytorycznego stanowiska co do zarzutów odwołania, a wykonawca Błysk nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego, ocenie Izby mogły podlegać wyłącznie twierdzenia Odwołującego i składane przez niego dowody (mimo że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w niniejszej sprawie nie zostało zaprezentowane stanowisko przeciwne do stanowiska Odwołującego).

W zakresie zaniechania ujawnienia informacji niebędących tajemnicą przedsiębiorstwa i zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Błysk w związku z rażąco niską ceną Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 1 463 414,63 zł (zgodnie z protokołem postępowania druk ZP-PN, pkt 2.2 – kopia protokołu i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach sprawy). Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia – tj. 1 800 000 zł (ZP-PN pkt 8.1). W terminie składania ofert złożono trzy oferty z następującymi cenami:

- 1 426 074,55 zł (oferta złożona przez wykonawcę Błysk);
- 2 744 2002,24 zł (oferta K..... D....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU KRIX-POOL K..... D..... w Izabelinie i Ekozysk1 Sp. z o.o. w Pomiechówku, dalej: Konsorcjum KRIX-POOL);
- 3 587 068,80 zł (oferta Odwołującego).

W takich okolicznościach Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Błysk o w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych o wyjaśnienia odnośnie zaoferowanej ceny i wyjaśnienia takie w oczekiwanym terminie uzyskał; składający je wykonawca wyjaśnienia opatrzył dopiskiem „tajemnica przedsiębiorstwa”, argumentując powyższe tym, że zawierają one istotną wartość gospodarczą.

Odwołujący podnosił zarzut, że zaoferowana przez wykonawcę Błysk cena jest rażąco niska, a na rozprawie przedłożył szereg wyliczeń, mających potwierdzać, że przedmiotu zamówienia nie można wykonać za cenę niższą niż kwota ok. 3 000 000 zł wynikająca z symulacji (luźne plik dokumentów, bez tytułów, złożone podczas rozprawy do akt sprawy przez Odwołującego).

Część wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Błysk miała charakter dość ogólny, ale część przedstawiała poszczególne składniki ceny, z informacjami o źródłach cen.

Ponadto, w ofercie, wykonawca Błysk zastrzegł jako tajne dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wezwał w dniu 7 czerwca 2013 r. wykonawcę Błysk do złożenia wyjaśnień, jakie przesłanki przesądzają o tym, że dokumentu złożone na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. W odpowiedzi z dnia 11 czerwca 2013 roku wykonawca wskazał, iż umowa potwierdzająca zobowiązanie przyjmowania odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę posiadającego odpowiednie zezwolenie stanowi informację handlową spółki o „istotnej wartości gospodarczej”, co stanowi o przewadze konkurencyjnej spółki.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących zaniechania dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia przez Zakład Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o.o. jako tajemnicy

przedsiębiorstwa części oferty złożonej przez tego Wykonawcę i utajnienie w całości zastrzeżonych informacji, w sytuacji, gdy informacje te nie miały charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa z racji ich powszechnej dostępności lub braku wartości gospodarczej, Izba przyznała rację Odwołującemu. Zamawiający co prawda wezwał w dniu 7 czerwca 2013 r. wykonawcę Błysk do złożenia wyjaśnień, jakie przesłanki przesądzają o tym, że dokumentu złożone na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a w odpowiedzi z dnia 11 czerwca 2013 roku wykonawca wskazał, iż umowa potwierdzająca zobowiązanie przyjmowania odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę posiadającego odpowiednie zezwolenie stanowi informację handlową spółki o „istotnej wartości gospodarczej”, co stanowi o przewadze konkurencyjnej spółki. Innych informacji w tym zakresie nie przedłożono. Zamawiający przekazując Izbie kopię akt postępowania, nie wyodrębnił dokumentów, co do których uznał, że słusznie zastrzeżono tajemnicą przedsiębiorstwa, w taki sposób, aby uniemożliwić każdej osobie przeglądającej akta zapoznanie się z ich treścią – dokumenty te są spięte razem z innymi w jednym skoroszycie, jedynie opatrzone przekładkami, dopiero zapoznanie się z całością dokumentacji pozwala ustalić, że niektóre dokumenty są opatrzone klauzulą „tajemnica przedsiębiorstwa”.

W konsekwencji, Izba uznała, że nie ma przeszkód, aby dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu ujawnić innym wykonawcom biorącym udział w postępowaniu. Krąg przedsiębiorców, mogących przyjmować odpady komunalne z określonego obszaru jest ograniczony, a posiadane przez nich zezwolenia są decyzjami administracyjnymi, zatem są z zasady jawne. Jedynie elementy wskazujące na rozliczenia finansowe mogą być utajnione (lecz nie stoi to na przeszkodzie ujawnienia części dokumentu). Wykonawca Błysk nie wykazał, jaką przewagę konkurencyjną umożliwia mu zawarcie umowy z konkretnym przedsiębiorcą posiadającym stosowne zezwolenie, ani nie wskazał określonej (co do wysokości) wartości tej informacji. Mało tego, w złożonych wyjaśnieniach odnośnie rażąco niskiej ceny na powyższy fakt w ogóle się nie powoływał. Utajnienie dokumentów bez istotnego powodu jest naruszeniem zasady jawności postępowania, a zachowanie Zamawiającego (sposób przekazania kopii dokumentacji) świadczyło o tym, że i tak Zamawiający nie przywiązuje dużej wagi do zachowania poufności tychże dokumentów. Zatem Izba nakazała odtajnienie dokumentów uprzednio utajnionych w części nie zawierającej tajemnicy przedsiębiorstwa w ofercie i wyjaśnieniach Zakładu Usług Komunalnych „Błysk” Sp. z o.o. w Otwocku, chociaż powyższy nakaz ma jedynie charakter wyłącznie instrukcyjny, bez wpływu na wynik postępowania.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych i art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych

poprzez błędne przyjęcie, że wykonawca Błysk złożył w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wyczerpujące wyjaśnienia wskazujące na obiektywne czynniki pozwalające mu na zaoferowanie niskiej ceny ofertowej i w ślad za tym przyjęcie, że cena ofertowa tego wykonawcy nie ma charakteru rażąco niskiej oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Błysk z uwagi na niezgodność treści jego oferty z treścią SIWZ w zakresie, w jakim zaoferował on wykonanie przedmiotu umowy za cenę nie obejmującą wszelkich kosztów i wydatków niezbędnych do jego należytego wykonania, Izba nie stwierdziła wskazywanych naruszeń. Po pierwsze, nie było sporne, że wynagrodzenie za wykonanie zamówienia miało charakter ryczałtowy – zgodnie z pkt XV ppkt 2 SIWZ, cena miała obejmować wszelkie koszty niezbędne do należytego wykonania zamówienia; charakter ryczałtowy został zresztą wskazany wprost w pkt XV ppkt 3 SIWZ. W takich okolicznościach trudno podnosić zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ; Odwołujący musiałby bowiem wykazać, jakich konkretnie elementów przedmiotu zamówienia cena oferty wykonawcy Błysk nie obejmuje, co wydaje się, przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, przy braku wskazywania jakichkolwiek elementów kosztów w ofercie, niemożliwe. Izba nie stwierdziła również, aby złożone przez wykonawcę Błysk wyjaśnienia w trybie 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych były niewystarczające na tyle, aby uznać je za niezłożone – rzeczywiście wyjaśnienia zawierają część ogólną, w której wykonawca polemizuje z zasadnością wezwania go do wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, ale ponadto zawierają również wskazanie czynników umożliwiających zaoferowanie ceny na takim poziomie, z podaniem ich wartości. Nawet gdyby w niniejszym postępowaniu wykonawca Błysk żadnych wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny nie złożył, można byłoby rozważać, czy powstało domniemanie rażąco niskiej ceny w związku ze skierowaniem do niego wezwania w tej kwestii – bowiem cena oferty wykonawcy Błysk jako jedyna była skorelowana z wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego i również jako jedyna mieściła się w ilości środków przeznaczonych na realizację zamówienia. W takich okolicznościach Zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień, ale należy ostrożnie oceniać, zważywszy na całokształt sytuacji w postępowaniu, ewentualność powstania domniemania rażąco niskiej ceny w związku z samym faktem wystosowania zapytania w tej sprawie.

Odwołujący nie podnosił w stosownym terminie zarzutów ani co do poziomu ustalenia wartości szacunkowej zamówienia, ani co do ilości środków przeznaczonych po otwarciu zamówienia, chociaż po otwarciu ofert, posiadając wiedzę o innych cenach złożonych w postępowaniu i po zapoznaniu się z ilością środków Zamawiającego, podawaną tuż przed otwarciem ofert, musiał mieć świadomość, że ewentualne zwiększenie środków na realizację zamówienia, przy takim rozkładzie poziomów cenowych w ofertach i wartościach ustalonych w postępowaniu przez Zamawiającego, jest mało prawdopodobne. W złożonych

wyjaśnieniach wykonawca Błysk podniósł, że jego cena jednostkowa znajduje się na poziomie cen jednostkowych zaproponowanych w okolicznych gminach – ceny jednostkowe wynikające z symulacji Odwołującego nie tylko poziom ten przewyższają znacznie, ale i nie mieszczą się w wysokości opłaty ustalonej dla mieszkańców za odbiór odpadów. Za miarodajny punkt odniesienia nie może być uznany szacunek Krajowej Izby Gospodarczej z października 2012 r., wskazujący na spodziewany poziom cen jednostkowych (Odwołujący na rozprawie przedłożył wyciąg z prezentacji sporządzonej przez Krajową Izbę Gospodarczą w październiku 2012 r.). W powyższych okolicznościach Izba nie stwierdziła w ofercie wykonawcy Błysk rażąco niskiej ceny i oddaliła zarzuty w tej kwestii.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego bazy magazynowo-transportowej wskazanej w ofercie wykonawcy Błysk, Izba przyznała rację Odwołującemu. Warunkiem udziału w postępowaniu - zgodnie z pkt VIII ppkt 3.6 SIWZ - było dysponowanie „bazą magazynowo - transportową usytuowaną w gminie Czosnów lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy, na terenie, do którego wykonawca posiada tytuł prawny, (...) baza magazynowo-transportowa musi spełniać wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11.01.2013r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.” Na potwierdzenie spełnienia tak określonego warunku, ZUK Błysk przedstawił bazę magazynowo - transportową położoną w miejscowości Nowy Dwór Mazowiecki przy ul. Przemysłowej 4. Odwołujący uprawdopodobnił, że nie można wskazanej bazy uznać za spełniającej warunek udziału w postępowaniu. Jak bowiem wynika z umowy najmu tej nieruchomości dołączonej do oferty wykonawcy Błysk, na terenie tej nieruchomości Błysk nie może parkować samochodów (§ 3 ust. 4 pkt 2 umowy najmu stanowi, iż „Wynajmujący zezwala na doraźne korzystanie z utwardzonej powierzchni planu przy ul. Przemysłowej 4 dla celów załadunku i rozładunku (bez prawa parkowania)”, co nie tylko uniemożliwia mu korzystanie z tego terenu w sposób oczekiwany przez Zamawiającego, ale i nie spełnia wymogów z ww. rozporządzenia. Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazywał, że Miejscowy Plan Zagospodarowania Przestrzennego Miasta Nowy Dwór Mazowiecki (uchwała Nr XIV/154/2003 Rady Miejskiej w Nowym Dworze Mazowieckim z dnia 29 grudnia 2003r.), przesądza, że na terenie, na którym znajduje się wskazana baza nie dopuszcza się magazynowania odpadów. W konsekwencji przedwczesne jest uznanie, że wykonawca Błysk spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu odpowiednią bazą magazynowo-transportową; Zamawiający powinien w tym zakresie zastosować tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych.

Należy zauważyć, że w odwołaniu, w zakresie zarzutu odnoszącego się do bazy

magazynowo-transportowej, Odwołujący nie zarzucał naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych, a naruszenie art. 22 ust. 5 Prawa zamówień publicznych w zw. Z art. 22 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych i art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych i art. 7 Prawa zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że ZUK Błysk wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania bazy magazynowo - transportowej w sytuacji, gdy baza wskazana w ofercie tego Wykonawcy nie wskazuje na zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Jednak do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Prawa zamówień publicznych nie może dojść bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia dokumentów bądź złożenia wyjaśnień, przy czym nie ustalono, że Zamawiający wzywał wcześniej wykonawcę Błysk w tym zakresie. Stąd Izba nakazała zastosować art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych.

Analogicznie Zamawiający powinien postąpić w odniesieniu do zezwolenie na wytwarzanie odpadów komunalnych, załączonego do oferty Konsorcjum KRIX-POOL (tj. Zamawiający powinien w tym zakresie zastosować tryb przewidziany w art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych). Zgodnie z pkt IX, pkt 7 ppkt 1 -1.5 SIWZ, wykonawcy mieli załączyć do oferty: „aktualne pozwolenie na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem ich odzysku dla instalacji sortowni odpadów komunalnych zbieranych selektywnie, które powstają w związku z eksploatacją instalacji (...). Ww. pozwolenia muszą obejmować co najmniej następujące odpady: szkło białe i kolorowe oraz opakowania ze szkła, tworzywa sztuczne, drobne elementy z metali, opakowania wielomateriałowe, papier i tektura oraz zmieszane odpady opakowaniowe". Konsorcjum KRIX-POOL załączyło do oferty decyzję Starosty Nowodworskiego z dnia 29.03.2012r., znak: ŚR.6220.2.2012, tj. udzielone firmie P.P.H.U. „KRIX-POOL” K..... D..... pozwolenie na wytwarzanie odpadów, przy czym - jak wynika z uzasadnienia tej decyzji - decyzja ta jest pozwoleniem na wytwarzanie odpadów dla instalacji sortowni odpadów komunalnych, a została wydana w związku z działalnością polegającą na prowadzeniu warsztatu mechaniki pojazdowej, świadczenia usługi ręcznego mycia pojazdów oraz zbierania i transportu odpadów. W konsekwencji nie można uznać, że decyzja ta potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wymagającym pozwolenia „na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem ich odzysku dla instalacji sortowni odpadów komunalnych zbieranych selektywnie, które powstają w związku z eksploatacją instalacji (...)”.

Konsorcjum KRIX-POOL do oferty załączyło również decyzję Marszałka Województwa Mazowieckiego z dnia 18 maja 2012r., nr 254/12/PŚ.O, tj. udzielone firmie EKOZYSK 1 Sp. z o.o. zezwolenie na wytwarzanie odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne powstających w związku z eksploatacją instalacji i urządzeń służących m. in.

do sortowania odpadów komunalnych zbieranych selektywnie. Z kolei ta decyzja nie obejmuje odpadów o kodzie 15 01 06 (odpadów o takim kodzie nie wymieniono w tabeli), tj. zmieszanych odpadów opakowaniowych, czyli odpadów objętych wymogiem SIWZ. W konsekwencji żadna z powyższych decyzji nie potwierdziła spełnienia warunku, o którym mowa w pkt IX, pkt 7, ppkt 1 -1.5 SIWZ, a Zamawiający powinien zastosować procedurę opisaną w art. 26 ust. 3 lub 4 Prawa zamówień publicznych w celu ustalenia, czy Konsorcjum KRIX-POOL spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu odpowiednich zezwoleń.

Zastosowanie procedury opisanej w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych wobec oferty złożonej przez wykonawcę Błysk (odnośnie posiadania bazy magazynowo-transportowej) i wobec Konsorcjum KRIX-POOL (odnośnie posiadania pozwolenia na wytwarzanie odpadów) może mieć wpływ na wynik postępowania, stąd orzeczono, jak w sentencji.

Odnośnie posiadania wymaganych polis OC przez wykonawcę Błysk i Konsorcjum KRIX-POOL, Izba stwierdziła, co następuje.

W pkt 4 ppkt 4.2 Rozdziału VIII SIWZ Zamawiający przewidział, że wykonawcy, w celu wykazania, że znajdują się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, zobligowani są posiadać opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na minimalną sumę gwarancyjną ubezpieczenia 500 000 zł.

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowania odnoszącego się do posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności gospodarczej ZUK Błysk załączył do swojej oferty Polisę nr 998A301070 dla Grupy TEW. Polisa ta określa, co zresztą dostrzegł Odwołujący w odwołaniu, jakie podmioty objęte są ubezpieczeniem i jakie ponoszą one z tego tytułu składki. Fakt, że przedstawiona przez ZUK Błysk umowa ubezpieczenia ma charakter grupowy nie pozbawia tego wykonawcy możliwości posłużenia się nią jako prawidłowym dowodem potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (jak sam Odwołujący wskazywał w odwołaniu).

Z kolei Konsorcjum KRIX-POOL przedłożyło opłaconą polisę na sumę gwarancyjną 2 000 000 zł. W ocenie Odwołującego, wynika z niej, że „zakres ubezpieczenia obejmuje jedynie marginalną część prowadzonej przez Konsorcjum działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tj. zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne”. Jednak Zamawiający nie wymagał, stawiając warunek co do polisy, objęcia całości przedmiotu

zamówienia ubezpieczeniem – warunek posiadania polisy nie odnosi się do etapu realizacji zamówienia, na etapie realizacji umowy Zamawiający może wymagać takiego ubezpieczenia (jeżeli przewidział to w SIWZ, w projekcie umowy). Polisa OC potwierdzająca odpowiednią sytuację wykonawcy powinna jedynie potwierdzać, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności „związanej z przedmiotem zamówienia”, a więc nie ma wymogu objęcia nią wszelkich aspektów przyszłego przedmiotu zamówienia.

Reasumując, Odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że kwestionowane odwołaniem polisy nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji Izba nie stwierdziła żadnych naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych w tym zakresie.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 8 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (przez zaniechanie ujawnienia dokumentów) oraz art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych w zakresie procedury opisanej w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych wobec oferty złożonej przez wykonawcę Błysk (odnośnie posiadania bazy magazynowo-transportowej) i wobec Konsorcjum KRIX-POOL (odnośnie posiadania pozwolenia na wytwarzanie odpadów) może mieć wpływ na wynik postępowania, stąd orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....