

Sygn. akt: KIO 237/16

Sygn. akt: KIO 243/16

WYROK
z dnia 10 marca 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Luiza Łamejko

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2016 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2016 r. przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **konsorcjum firm w składzie: FB Serwis S.A. (lider), Cespa Compañia Española De Servicios Públicos Auxiliares S.A. z siedzibą dla lidera: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (sygn. akt KIO 237/16),**
- B. wykonawcę **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa (sygn. akt KIO 243/16),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Łódź, ul. Piotrkowska 104, 90-926 Łódź**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa** (sygn. akt KIO 237/16),
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **konsorcjum firm w składzie: FB Serwis S.A. (lider), Cespa Compañia Española De Servicios Públicos Auxiliares S.A. z siedzibą dla lidera: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** (KIO 243/16),

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala oba odwołania,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **konsorcjum firm w składzie: FB Serwis S.A. (lider), Cespa Compañia Española De Servicios Públicos Auxiliares S.A. z siedzibą dla lidera: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** (sygn. akt KIO 237/16) oraz wykonawcę **Remondis Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 243/16)** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – **konsorcjum firm w składzie: FB Serwis S.A. (lider), Cespa Compañia Española De Servicios Públicos Auxiliares S.A. z siedzibą dla lidera: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** (sygn. akt KIO 237/16) oraz wykonawcę **Remondis Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 243/16)** tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

KIO 237/16

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Łodzi – Sektor Bałuty i Sektor Widzew oraz odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Łodzi – Sektor Górna, Sektor Polesie i Sektor Śródmieście”, prowadzonego przez Miasto Łódź – Urząd Miasta Łodzi (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego wykonawca – konsorcjum firm w składzie: FBSerwisS.A. (lider), ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa oraz CESPА COMPАÑIA ESPAÑOLA DE SERVICIOS PÚBLICOS AUXILIARES S.A. (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 2 zamówienia – sektor Widzew (dalej: „Część 2”) oraz wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej także: „Remondis”) z Części 2.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2, poprzez zaniechanie wykluczenia Remondis z postępowania w Części 2, pomimo iż wykonawca ten nie wniósł wadium na pełny okres związania ofertą, gdyż w przedłożonych przez niego dokumentach gwarancji wadialnych wydanych przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych zastrzeżono, że podstawą zapłaty sumy gwarancyjnej będzie stanowić wyłącznie pisemne żądanie zapłaty otrzymane w okresie ważności gwarancji, a jednocześnie wskazano, iż gwarancje te automatycznie wygasają (a wszelkie roszczenia beneficjenta stają się bezskuteczne) w przypadkach, gdy upłynął termin związania ofertą oraz, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione, co jest równoznaczne z zawężeniem zakresu odpowiedzialności gwaranta i ogranicza możliwość zatrzymania wadium:
 - a) w przypadku zaistnienia zdarzeń uzasadniających takie zatrzymanie w przedostatnim i ostatnim dniu związania ofertą (18 marca 2016 r. godz. 16.00 – 19 marca 2016 r. godz. 24.00) albo tuż przed ewentualnym unieważnieniem postępowania,
 - b) po unieważnieniu postępowania, a przed zwróceniem przez zamawiającego wadium na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp,

2. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 4, poprzez wybór oferty Remondis jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż wykonawca ten winien zostać wykluczony, a jego oferta zostać uznana za odrzuconą.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie Części 2 zamówienia,
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenie Remondis z postępowania w obu częściach, względnie tylko w Części 2 zamówienia,
4. nakazanie zamawiającemu w ramach Części 2 dokonania ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
5. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który – zapowiedział odwołujący – przedłożony zostanie na rozprawie.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia Remondis pomimo, iż wykonawca ten nie wniósł wadium zapewniającego możliwość zaspokojenia się przez zamawiającego w całym okresie związania ofertą odwołujący w pierwszej kolejności poczynił uwagi co do charakteru wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazał, że przepisy ustawy Pzp nie definiują pojęcia wadium, jednak mając na uwadze treść odesłania zapisanego w art. 14 tejże ustawy należy przyjąć za obowiązującą definicję wadium określoną w art. 70⁴ § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2014 r. poz. 121, ze zm.; dalej: „k.c.”; por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 kwietnia 2010 r. sygn. akt I CSK 448/10), zgodnie z którym wadium stanowi wpłacana organizatorowi przetargu określona suma lub ustanawiane odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty, które pod rygorem niedopuszczenia do przetargu uczestnik przetargu ma obowiązek wnieść.

Podał, że w doktrynie prawa cywilnego wskazuje się, że wadium w przetargu pełni zasadnicze funkcje: zabezpieczającą (stanowi zabezpieczenie zawarcia umowy) oraz kompensacyjną (wadium stanowi *de facto* zryczałtowane odszkodowanie na wypadek nie dojdęcia do celu procedury przetargowej (tak K. Kopaczyńska-Pieniak, komentarz do art. 70⁴ k.c., A. Kidyba (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, LEX 2016), a nadto stanowi warunek udziału w postępowaniu (warunek formalny uczestnictwa) – jest przesłanką związania organizatora wobec tego uczestnika ogłoszeniem i warunkami przetargu, zaś w razie niewniesienia wadium organizator nie może dopuścić uczestnika do aukcji lub przetargu, może bez negatywnych konsekwencji prawnych nie reagować na dokonane przez

niego czynności (tak prof. dr hab. P. Machnikowski, komentarz do art. 70⁴ k.c., E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Legalis 2016).

Odwołujący podniósł, że na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych wadium pełni funkcję analogiczną – jest ono formą zabezpieczenia interesu prawnego zamawiającego w związku z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego z wykonawcą, który złożył ofertę najkorzystniejszą (J. Nowicki, komentarz do art. 45 ustawy PZP, A. Bazan, J.E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX 2016); nadto wadium stanowi warunek formalny udziału w postępowaniu – w przypadku jego żądania, niewniesienie wadium do upływu terminu związania ofertą oraz na przedłużony termin związania skutkuje obowiązkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Stanął na stanowisku, że funkcja zabezpieczająca wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest nawet szersza niż w przetargu lub aukcji prowadzonych na podstawie przepisów k.c., ponieważ zabezpiecza także prawidłowy tok postępowania o udzielenie zamówienia i przeciwdziała tzw. zmomom przetargowym – zgodnie z art. 24 ust. 4a ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium w przypadku, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub pełnomocnictw z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej lub gdy wykonawca nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Odwołujący przypomniał, że ustawodawca pozostawił do decyzji wykonawcy wybór, w jakiej formie (spośród form wymienionych w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp) wniesie wadium w danym postępowaniu, czego uzasadnieniem jest założenie, że każda z takich form winna w równym stopniu zabezpieczać interesy zamawiającego. Podniósł, że wszystkie prawnie dopuszczalne formy wniesienia i ustanowienia wadium muszą stanowić dla zamawiającego takie samo zabezpieczenie, jak zabezpieczenie wniesione w pieniądzu (muszą stanowić surogat pieniądza) – niezależnie od formy, w jakiej zostanie w danym przypadku wniesione wadium, poziom zabezpieczenia interesu zamawiającego mierzonego jako szybkość i pewność zaspokojenia się z wadium powinien być tożsamy.

Stwierdził na podstawie powyższego, iż wadium wnoszone w innej formie niż pieniądź, musi odpowiadać wysokim wymaganiom nie tylko co do wysokości i czasu jego wniesienia (przed terminem składania ofert), ale również co do pełnego zabezpieczenia interesu zamawiającego. Uzupełnił, że wadium nie wniesione przed terminem składania ofert, w wysokości niższej niż wymagana, w formie nieprzewidzianej przez ustawę, a także niezabezpieczające interesów zamawiającego w postaci możliwości uzyskania lub zatrzymania kwoty wadialnej we wszystkich okolicznościach jego przypadku (art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp)

lub niezgodne z zasadami regulującymi wystawianie gwarancji bankowej winno być zakwalifikowane jako brak wniesienia wadium, będąc przesłanką wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r. sygn. akt X Ga 189/13).

Podał, że w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych utrwalone jest stanowisko, zgodnie z którym wadium wnoszone w formie innej niż pieniężna, musi obejmować cały okres związania ofertą, w którym to okresie musi całkowicie zabezpieczać interes zamawiającego (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 24 marca 2011 r. sygn. akt 1CSK 448/11, uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 532/15; KIO 534/15, uzasadnienie wyroku z dnia 10 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 604/15, a także z dnia 24 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 641/14, z dnia 11 czerwca 2013 sygn. akt KIO 1263/13, z dnia 8 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 683/13, z dnia 21 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2901/12; KIO 2905/12; KIO 2919/12, z dnia 23 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 10/15; KIO 16/15; KIO 22/15, uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 października 2005 r. sygn. IV Ca 468/05).

Podsumował, że wadium musi dawać zamawiającemu pewność zaspokojenia w przypadku, gdy w jakimkolwiek momencie aż do upływu okresu związania ofertą zajdzie okoliczność skutkująca zatrzymaniem wadium na podstawie art. 46 ust. 4a lub 5 ustawy Pzp, a jakiegokolwiek ograniczenie ww. możliwości zaspokojenia musi skutkować uznaniem wadium za nieprawidłowe i w konsekwencji winno prowadzić do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że wadium wniesione przez Remondis w obu częściach zamówienia, o których udzielenie wykonawca ten ubiega się (dwie gwarancje ubezpieczeniowe wydane przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych w Warszawie), interesu zamawiającego w całym okresie związania ofertą nie zabezpiecza, jak bowiem wynika z treści przedłożonych przez Remondis gwarancji wadialnych (wyjaśnił, że treść gwarancji dla obu części zamówienia jest w omawianym zakresie tożsama), pozostają one ważne od dnia 21 grudnia 2015 r. do 21 marca 2016 r. i tylko pisemne wezwanie do zapłaty otrzymane przez Gwaranta w okresie ich ważności będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu gwarancji (pkt 5 i 6 obu gwarancji ubezpieczeniowych); po tym okresie gwarancje automatycznie wygasają, a wszelkie roszczenia Beneficjenta stają się nieskuteczne.

Podniósł, że jednocześnie jednak termin ważności został przez Gwaranta istotnie ograniczony – zgodnie z pkt 8 ww. gwarancji, miały one wygasać również w przypadku, gdy m.in.: upłynął termin związania ofertą (pkt 8 ppkt 1 gwarancji) lub gdy postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione (pkt 8 ppkt 3 obu gwarancji).

W ocenie odwołującego takie określenie przesłanek powodujących automatyczne wygaśnięcie gwarancji w przypadku unieważnienia postępowania lub upływu terminu związania ofertą w istocie prowadzi do nieuprawnionego zawężenia prawa zamawiającego do zaspokojenia się z ustanowionego wadium, ponieważ w praktyce oznacza to, że zamawiający nie będzie miał możliwości skutecznego dochodzenia zapłaty wadium w przypadkach, gdy:

- przesłanki zatrzymania wadium wystąpią w końcowej części przedostatniego dnia lub dniu ostatnim okresu związania ofertą,
- przesłanki zatrzymania wadium wystąpią w dniu, w którym ma miejsce unieważnienie postępowania przez zamawiającego – bezpośrednio przed takim unieważnieniem, a także w przypadku, gdy czynność unieważnienia postępowania zostanie przez zamawiającego unieważniona (cofnięta) po jej dokonaniu, w szczególności gdy zamawiający przed takim cofnięciem swojej decyzji nie dokona jeszcze „niezwłocznego” zwrotu wadium wykonawcom na zasadzie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp.

W zakresie braku możliwości zgłoszenia przez zamawiającego żądania zapłaty w związku ze zdarzeniem, które nastąpiłoby w ostatnim dniu związania ofertą Remondis odwołujący przyjął, że punktem odniesienia dla oceny, czy gwarancja wadium obejmuje cały wymagany prawem okres, jest termin związania ofertą, w tym bowiem okresie (przez cały ten okres) gwarancja musi realizować funkcję zabezpieczającą, tj. zamawiający musi mieć zapewnioną możliwość zaspokojenia się z sumy gwarancyjnej w związku ze zdarzeniem określonym w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp nawet wówczas, gdyby takie zdarzenie miało miejsce w ostatnim dniu lub nawet ostatniej godzinie okresu związania ofertą.

Podał, że w piśmiennictwie wskazuje się, że *„termin gwarancji przetargowej powinien być związany z terminem wyznaczonym do wyboru oferty i podpisania umowy. Powinien przekraczać go o okres niezbędny do wezwania gwaranta do zapłaty sumy gwarancyjnej”* (B. Andrzejuk, I. Heropolitańska, Gwarancje bankowe i ubezpieczeniowe, Część I, Rozdział 8, pkt 5.1.3.8, Lex 2016) i stwierdził, że tego warunku gwarancja ubezpieczeniowa przedstawiona przez Remondis nie spełnia – z treści pkt 5 i 6 obu gwarancji dokumentów gwarancyjnych dołączonych do oferty Remondis wynika, że tylko pisemne wezwanie otrzymane przez Gwaranta w terminie ważności powoduje obowiązek wypłaty z tytułu gwarancji, po tym terminie gwarancja powinna być zwrócona do Gwaranta, jednak niezależnie od tego, czy została ona zwrócona, zobowiązania Gwaranta wygasają automatycznie i całkowicie, a roszczenia beneficjenta stają się bezskuteczne z upływem tego terminu (pkt 6 obu gwarancji). Dodał, że wygasają one również (a więc także automatycznie i całkowicie) wraz z upływem terminu związania ofertą oraz unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Uznał, że w tym zakresie zaistnienie przesłanek unieważnienia postępowania oraz upływu terminu związania ofertą skraca okres ważności gwarancji ubezpieczeniowej wydanej

przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych w Warszawie, powoduje ono bowiem zgodnie z pkt 8 obu dokumentów gwarancyjnych „również” wygaśnięcie (a więc wygaśnięcie gwarancji na takich samych zasadach, jak wygaśnięcie w przypadku upływu okresu ważności gwarancji określonego w pkt 5 gwarancji) i tym samym skutkuje tym, że wszelkie roszczenia zamawiającego jako beneficjenta stają się bezskuteczne.

Wedle odwołującego przywołany automatyzm utraty ważności przez gwarancję w wymienionych przypadkach w powiązaniu z wymogiem doręczenia Gwarantowi pisemnego wezwania do zapłaty w okresie ważności gwarancji powoduje, że zamawiający, chcąc zaspokoić swe roszczenia z sumy gwarancyjnej, musiałby doręczyć wezwanie do zapłaty Gwarantowi (Gwarant musiałby je fizycznie otrzymać w formie pisemnej (nie zaś faksem czy drogą elektroniczną) wraz z dokumentami poświadczającymi podpisy osób umocowanych do reprezentowania zamawiającego (pkt 5 obu gwarancji) najpóźniej przed upływem terminu związania ofertą lub przed unieważnieniem postępowania – z chwilą bowiem zaistnienia ww. zdarzeń wadium wygaśnie, a wszelkie roszczenia zamawiającego wobec Gwaranta staną się bezskuteczne i tym samym nie będą mogły być skutecznie dochodzone.

Odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę ograniczony czas pracy zamawiającego (zgodnie z informacją zamieszczoną w Biuletynie Informacji Publicznej Miasta Łodzi: poniedziałki, środy, czwartki i piątki godz. 8.00 – 16.00, wtorki godz. 9.00 – 17.00) oraz godziny otwarcia placówek Gwaranta (dni powszednie w godz. 8.00 – 16.00, soboty, niedziele i święta – zamknięte), cytowane zapisy gwarancji ubezpieczeniowych powodują, iż zamawiający pozbawiony jest możliwości uzyskania zapłaty sumy gwarancyjnej w sytuacji, w której przesłanka zatrzymania wadium nastąpiłaby w dniu, w którym upływa termin związania ofertą w godz. 16.00 – 24.00.

Dodatkowo podkreślił, iż według stanu na dzień złożenia oferty oraz aktualnego na dzień wniesienia odwołania, termin związania ofertą upływa dnia 19 marca 2016 r. który to dzień jest sobotą – w sobotę żadna z placówek Gwaranta nie jest otwarta, co w praktyce wyłącza możliwość skutecznego doręczenia żądania zapłaty Gwarantowi w tym właśnie dniu.

Podsumował, że zamawiający pozbawiony został możliwości zgłoszenia żądania zapłaty sumy gwarancyjnej z tytułu zdarzeń, które mogłyby nastąpić w okresie od dnia 18 marca co najmniej od godz. 16.00 do dnia 19 marca 2016 r. godz. 24.00. Wyjaśnił, że takie zdarzenie mogłoby wystąpić w szczególności wówczas, gdyby zamawiający żądał uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który upływa z końcem dnia 18 marca 2016 r.), co oznacza że wadium wniesione przez Remondis we wskazanym okresie nie pełni swojej podstawowej funkcji – dla tego okresu oferta Remondis nie jest zabezpieczona wadium.

Odwołujący podniósł nadto, że nawet gdyby placówki Gwaranta były otwarte w soboty do godziny 24.00 to i tak zamawiający nie miałby pełnej możliwości doręczenia Gwarantowi żądania zapłaty powstałego w związku ze zdarzeniem, które zaistniałoby w ostatnich godzinach

dnia, w którym upływa termin związania ofertą – jest nierealistyczne, aby miał on zapewnioną możliwość zareagowania na sytuację mającą miejsce późnym wieczorem (tym bardziej, że w tych godzinach i w tym dniu zamawiający nie pracuje), uzyskać podpisy właściwych reprezentantów zamawiającego, dołączyć do żądania zapłaty dokumenty potwierdzające umocowanie ww. osób i fizycznie doręczyć je Gwarantowi w formie pisemnej przed upływem terminu związania ofertą (w tym przypadku przed godz. 24.00 dnia 19 marca 2016 r.). Nawet przy przyjęciu tak nieprawdopodobnego założenia – wywołał odwołujący – rzeczywisty okres ochrony interesu zamawiającego realizowanej przez wadium wniesione przez Remondis zostałby ograniczony w stosunku do okresu wymaganego prawem (tj. całego terminu związania ofertą, aż do ostatniej jego minuty).

Za własne przyjął stanowisko wyrażone w:

- uzasadnieniu wyroku z dnia 2 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 532/15; KIO 534/15: *„w świetle przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP poprawność wniesienia wadium na dzień składania ofert oznacza, że wadium winno być wniesione przed upływem terminu składania ofert i musi ono zabezpieczać interesy zamawiającego przez cały okres związania ofertą, a nie tylko na dzień wyboru oferty najkorzystniejszej. Przeciwnie wnioski nie dałyby się pogodzić również z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 p.z.p.) prowadziłyby bowiem do relatywnej oceny sprostania obowiązkom przez wykonawców w tym przedmiocie i usankcjonowania sytuacji, w której analogicznie traktowani byłiby wykonawcy, którzy wnieśli wadium przed upływem terminu składania ofert i w sposób prawidłowy zabezpieczyli ofertę, jak i ci, którzy tego obowiązku nie udźwignęli na tym etapie postępowania, ale później jemu zadośćuczynili”*,
- uzasadnieniu wyroku z dnia 27 sierpnia 2013 r. sygn. akt KIO 1988/13: *„Jeżeli z treści gwarancji wynika na przykład, że wymagana kwota zostanie wypłacona pod jakimkolwiek warunkami bądź też gwarancja dopuszcza możliwość skrócenia odpowiedzialności gwaranta przed upływem terminu, w jakim obowiązuje itp., przyjęć należy, że tak wniesione wadium nie spełnia swej roli jaką jest ochrona zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą”*,
- uzasadnieniu wyroku z dnia 2 września 2013 r. sygn. akt KIO 1998/13: *„z treści gwarancji wynika, iż pomimo że ona sama jest ważna do 30 sierpnia 2013 r., prawo zamawiającego do zgłoszenia do banku żądania zapłaty wadium zostało ograniczone do 28 sierpnia 2013 r. Jest to niezgodne z wymaganiami dotyczącymi gwarancji, gdyż tym samym zamawiający nie może skutecznie dochodzić swoich praw do wadium w całym okresie związania oferta. A zatem okoliczność ta wpływa na zabezpieczenie oferty. W przypadku bowiem zgłoszenia żądania wypłaty 29 lub 30 sierpnia zamawiający, aż do chwili decyzji banku o dokonaniu wypłaty lub jej odmowie, nie może być pewien stanowiska banku.”*

- uzasadnieniu wyroku z dnia 1 września 2010 r. sygn. akt KIO 1782/10: „ustawa PZP wyraźnie nie określa w jakim terminie musi być zgłoszone żądanie wypłaty kwoty wynikającej z gwarancji. Niewątpliwie z celu gwarancji wadialnej wynika, że musi ona obejmować prawo do zgłoszenia żądania w związku ze zdarzeniem, które nastąpiło w okresie ważności gwarancji i wymóg ten gwarancja złożona przez Odwołującego spełnia. W ocenie Izby musi być to także termin, w którym Zamawiający działając bez zbędnej zwłoki będzie mógł zrealizować swoje uprawnienie nawet jeśli zdarzenie stanowiące podstawę żądania wypłaty wadium zaistnieje w ostatnim dniu ważności gwarancji.” (Dodał, że w omawianym przypadku Izba uznała, że takim rozsądnym terminem na zgłoszenie żądania zapłaty był okres 3 dni po okresie ważności gwarancji – tyle czasu miał zamawiający na zgłoszenie roszczenia w rozpoznawanym przypadku),
- uzasadnieniu wyroku z dnia 22 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2440/10: „z celu gwarancji wadialnej wynika, iż musi ona obejmować prawo do zgłoszenia żądania w związku ze zdarzeniem, które nastąpiło w okresie ważności gwarancji i wymóg ten gwarancja złożona przez przystępującego spełnia. W ocenie Izby musi to być także termin, w którym Zamawiający działając bez zbędnej zwłoki będzie mógł zrealizować swe uprawnienie, nawet jeśli zdarzenie stanowiące podstawę żądania wypłaty wadium zaistnieje w ostatnim dniu ważności gwarancji. (...) Jeśli zaś chodzi o termin, w jakim Zamawiający ma dostarczyć gwarantowi żądanie zapłaty, może on być podstawą do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu tylko wtedy, gdyby termin ten uniemożliwił Zamawiającemu realizację jego uprawnień wynikających z gwarancji, a więc gdyby termin był nierealistyczny,
- uzasadnieniu wyroku z dnia 27 stycznia 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 14/15; KIO 19/15 Izba: „zarzut zasadny test również w zakresie ograniczenia terminu, w którym zamawiający może żądać zaspokojenia tej gwarancji. Wskazano w niej bowiem, że żądanie zapłaty należy złożyć w siedzibie PKO BP S.A. [...] najpóźniej do godziny 16.00 w ostatnim dniu terminu ważności gwarancji, tj. do 4 marca 2015 r. Dzień ten to środa, dzień roboczy. Oczywiście jest, że chociaż sama gwarancja powinna obowiązywać do północy ostatniego dnia jej obowiązywania, w rzeczywistości żądanie zapłaty należy złożyć w godzinach otwarcia banku, czy też tej placówki banku, za pośrednictwem której zamawiający swojego roszczenia będzie dochodził, a oddziały te co do zasady nie są otwarte do północy,,

Uznał, że powyższe przesądza o tym, że Remondis na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp winien zostać z postępowania wykluczony.

W zakresie nieuzasadnionego zawężenia odpowiedzialności Gwarant w przypadku unieważnienia postępowania stwierdził, że istotne ograniczenie odpowiedzialności Gwaranta stanowi dokonane w pkt 8 ppkt 3 gwarancji zastrzeżenie, że wygasa ona również w przypadku

unieważnienia postępowania – zdaniem odwołującego okoliczność ta oznacza, że zamawiający, z chwilą dokonania czynności unieważnienia postępowania, utraci wszelkie przysługujące mu wobec Gwaranta roszczenia i nie będzie mógł już skutecznie dochodzić żadnych roszczeń np. w związku z ewentualnym nieuzupełnieniem przez wykonawcę Remondis dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wedle odwołującego cytowany zapis gwarancji ubezpieczeniowej narusza funkcję zabezpieczającą, jaką winno pełnić wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i powoduje konieczność uznania, że wadium nie zostało przez Remondis w sposób prawidłowy wniesione.

Podał, że w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych takie zapisy w treści gwarancji bankowych są oceniane jako powodujące obowiązek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, na potwierdzenie czego przywołał stanowisko wyrażone w wyrokach:

- z dnia 26 sierpnia 2013 r. KIO 1926/13 oraz z dnia 27 sierpnia 2013 r. sygn. akt KIO 1988/13: (poczynił uwagę, że ze względu fakt, iż oba te orzeczenia dotyczą identycznych w omawianym zakresie stanów faktycznych, jak ten, który ma miejsce w niniejszej sprawie – gwarancja ubezpieczeniowa oceniana przez Izbą zawierała tożsame zapisy swej treści i była wystawiona przez tego samego ubezpieczyciela *„Aby gwarancja skutecznie zabezpieczała interesy zamawiającego dokument gwarancyjny winien zawierać zobowiązanie gwaranta w terminie ważności gwarancji do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego uzasadnione oświadczeniem, że w przypadku ubezpieczającego (wykonawcy) zaszły okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy P.z.p. Termin ważności gwarancji powinien obejmować termin związania ofertą – wniosek z art. 85 ust. 4 w zw. z art. 24 ust 2 pkt 2 ww. ustawy. Ponadto dokumentnie powinien zawierać klauzul ograniczających w sposób nieuzasadniony odpowiedzialność gwaranta. Spełnienie tych warunków czyni umowę gwarancji stabilną, pozbawioną ryzyka kontraktowego, nie pozwalającą na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego i niepewnego. Tylko taka gwarancja zabezpiecza interesy zamawiającego i pozwala na skuteczne zaspokojenie jego roszczeń na wypadek zaistnienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium. W przypadku, gdy gwarancja zabezpieczająca wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie odpowiada powyższym warunkom, powstałe wątpliwości powinna rozstrzygać jej treść, ustalona na podstawie przyjętych reguł oświadczeń woli (art. 65 k.c.). I tak, jeżeli z treści gwarancji wynika na przykład, że wymagana kwota zostanie wypłacona pod jakimikolwiek warunkami bądź też gwarancja dopuszcza możliwość skrócenia odpowiedzialności gwaranta przed upływem terminu, w jakim obowiązuje itp., przyjęć należy, że tak wniesione wadium nie spełnia swej roli, jaką jest ochrona zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą. W ocenie Izby zawarcie w treści gwarancji klauzuli o wygaśnięciu*

gwarancji w przypadku unieważnienia postępowania jest odstępstwem w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawęży zakres odpowiedzialności gwaranta - eliminuje możliwość zaspokojenia się przez zamawiającego z tego typu gwarancji w określonych okolicznościach, które mogą zaistnieć w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Wykonawcę, który złożył taką gwarancję, natężałoby zatem wykluczyć na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy P.Z.P. w konsekwencji czego jego oferta powinna być uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy. Powyższe wynika z następujących okoliczności: W myśl art. 46 ust. 1 ustawy P.z.p. zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a. Pozostałe przypadki i okoliczności zwrotu wadium dokonywanego przez zamawiającego określone zostały w ust. 1a i 2 tego artykułu. Zwrot wadium jest więc czynnością, której na podstawie przepisu ustawy dokonuje zamawiający. Natomiast ani wykonawca, ani też osoba trzecia (w tym przypadku gwarant) za pomocą czynności faktycznych i prawnych nie mogą samodzielnie, w sposób odmienny niż przewidziany w ustawie, dokonać określenia uprawnień i obowiązków zamawiającego w tym przedmiocie. Zawarcie w dokumencie gwarancji klauzuli o jej wygaśnięciu w przypadku unieważnienia postępowania, niesie faktyczny skutek zwrotu wadium, jednakże z tą zasadniczą różnicą, że to nie zamawiający tę czynność przeprowadza i nie ma na powyższe żadnego wpływu. Wygaśnięcie gwarancji następuje samoistnie i niejako automatycznie, z momentem ziszczenia się przesłanki faktycznej w postaci unieważnienia postępowania. Pozbawianie zamawiającego jakichkolwiek możliwości decyzyjnych w takim przypadku - w szczególności wynikającej z dyspozycji art. 46 ust. 1 ustawy P.z.p. oceny kwestii "niezwłoczności", a więc ustalenia dokładnego momentu zwrotu wadium dokonywanego przez zamawiającego - należy uznać za nieuprawnione. Zwrócić należy bowiem uwagę, że czynność unieważnienia postępowania - jak każda czynność zamawiającego - od momentu jej dokonania nie korzysta z przymiotu ostateczności i może zostać wzruszona w ramach środków ochrony prawnej. Zamawiający może również dokonać jej autokorekty (np. w okolicznościach opisanych w art. 180 ust. 1 i 2 P.z.p.). Tym samym w przypadku, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nakazała unieważnienie takiej czynności postępowanie byłoby kontynuowane, natomiast oferta danego wykonawcy, pomimo nie zakończenia biegu terminu jej związania, na skutek zastosowania klauzuli o wygaśnięciu gwarancji nie byłaby już zabezpieczona wadium. Brak jest bowiem przesłanek do przyjęcia, iż unieważnienie czynności unieważnienia postępowania powoduje restytucję stanu prawnego wynikającego z gwarancji, która w związku z unieważnieniem postępowania wygasła. Tymczasem utrzymanie ważności wadium ma w takim przypadku o tyle istotne znaczenie, iż zamawiający, w toku na nowo podjętego postępowania, może przeprowadzać dalsze czynności, w tym np. wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. W przypadku, gdyby

wówczas zaszyły okoliczności, o których mowa w art. 46 ust 4a ustawy P.z.p., zamawiający nie mógłby dochodzić roszczenia z tytułu gwarancji, ponieważ roszczenie to już by nie istniało. Przy czym zamawiający nie mógłby również zażądać ponownego wniesienia wadium, gdyż ustawodawca nie przewidział w ustawie P.z.p. takiej możliwości. Zamawiający może żądać ponownego wniesienia wadium przez wykonawcę, któremu zwrócono wadium na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy P.z.p. wyłącznie w okolicznościach przewidzianych w ust. 3 tegoż artykułu, tj. w sytuacji, gdy w wyniku rozstrzygnięcia odwołania oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza. Uprawnienia tego nie można interpretować rozszerzająco poprzez możliwość żądania wniesienia wadium przez wszystkich pozostałych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.",

- z dnia 27 sierpnia 2013 r. sygn. akt KIO 1988/13: „Skład orzekający Izby w pełni podziela i powiela stanowisko w sprawie wykluczenia wykonawcy M. z udziału w postępowaniu, wyrażone w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 sierpnia 2013 r., sygn. akt: KIO 1926/13” (wyrok ten dotyczył identycznego stanu faktycznego - ten sam wykonawca przedłożył gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium o takiej samej treści, jak w przedmiotowym postępowaniu); uzupełnił, że w orzeczeniu Izba zwróciła uwagę na konieczność odróżnienia sytuacji, w której treść gwarancji przewiduje jej automatyczne wygaśnięcie na skutek podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania od takiej, gdy wystawca gwarancji jedynie zobowiązywał zamawiającego do jej zwrotu w przypadku unieważnienia.

Odwołujący zaprezentował także swoje stanowisko odnośnie do braku możliwości ustalania zobowiązania Gwaranta w oparciu o oświadczenia niewynikające z treści dokumentu gwarancji, czyniąc to – jak podał – uprzedzając ewentualne próby polemiki Remondis.

Odwołujący podniósł, że dla oceny prawidłowości wniesionego wadium nie mogą mieć znaczenia jakiegokolwiek oświadczenia Gwaranta przedkładane na obecnym etapie procedury przetargowej lub odwoławczej, ponieważ zakres świadczenia Gwaranta wobec zamawiającego (beneficjenta gwarancji ubezpieczeniowej) jest definiowany wyłącznie przez załączony do oferty dokument gwarancyjny, toteż jakakolwiek próba dokonywania rozszerzającej wykładni tego dokumentu jest niedopuszczalna, gdyż stanowiłaby w istocie niedopuszczalną na tym etapie zmianę wadium, które musi być od samego początku prawidłowe i już w momencie jego wniesienia zabezpieczać ofertę przez cały okres związania jej treścią.

Wskazał, że w orzecznictwie podnosi się, że gwarancja ubezpieczeniowa jest specyficzną umową, ukształtowaną przez praktykę i jako czynność ubezpieczeniowa znajduje głównie oparcie w zasadzie swobody umów (art. 353¹ k.c.), a do jej zawarcia wymagane jest złożenie oświadczeń woli przez obie strony (gwaranta i beneficjenta), przy czym wola ta może zostać wyrażona przez każde zachowanie się, które ujawnia ją w sposób dostateczny, w szczególności może nastąpić przez złożenie przez beneficjenta żądania zapłaty, a nawet

milcząco; do elementów przedmiotowo istotnych gwarancji należy określenie przedmiotu zobowiązania gwaranta, a więc wskazanie rezultatu, który gwarancja zabezpiecza, jak również uprawnienia, jakie z niej wynika przez podanie sumy gwarancyjnej, którą gwarant zobowiązuje się kontrahentowi zapłacić, jeżeli – z powodu niewykonania na jego rzecz określonego świadczenia przez inną osobę (dłużnika głównego) – złoży on gwarantowi żądanie zapłaty o określonej treści i w określonej formie oraz ewentualnie spełni inne formalne warunki zapłaty wskazane w umowie. Uznał, że – innymi słowy – treść tej umowy sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez gwaranta (ubezpieczyciela) na rzecz beneficjenta (gwarantariusza określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia określonego w gwarancji zdarzenia (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 2009 r. sygn. akt I CSK 281/09).

Odwołujący podniósł także, że charakter gwarancji ubezpieczeniowej nie został uregulowany przez ustawodawcę, niemniej jednak, jak zauważył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 kwietnia 1996 r. sygn. akt II CRN 38/96, udzielana przez zakład ubezpieczeń „gwarancja samoistna, nazywana tak w piśmiennictwie fachowym w celu wyraźnego odróżnienia jej od pozostałych rodzajów gwarancji (np. od gwarancji przy sprzedaży, przy umowie o dzieło lub roboty budowlane – art. 577 i inne k.c., czy od tzw. gwarancji cedenta – art. 516 k.c.), a także od wszystkich innych postaci rękojmi oraz sposobów umacniania nienaruszalności i wykonalności zobowiązań, została ukształtowana w praktyce jako gwarancja „nieodwołalna, bezwarunkowa i na pierwsze żądanie”, a więc umowa bardzo stabilna, pozbawiona ryzyka kontraktowego, nie pozwalająca na uzależnienie odpowiedzialności gwaranta od jakiegokolwiek zdarzenia przyszłego i niepewnego oraz zapewniająca wypłatę umówionej sumy od razu, bezzwłocznie po wezwaniu przez gwarantariusza. Podstawową jednak cechą charakterystyczną gwarancji samoistnej - czyniącą z niej chętnie wykorzystywany w obrocie typ umowy - pozostaje samodzielność zobowiązania gwaranta oraz oderwanie tego zobowiązania od stosunku podstawowego, będącego przyczyną udzielenia gwarancji, zobowiązanie gwaranta jest więc abstrakcyjne w stosunku do gwarantariusza i niezależne od relacji zachodzących między gwarantem a zleceniodawcą oraz między zleceniodawcą a gwarantariuszem” (również uzasadnienie Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r. sygn. akt V CSK 233/09, a także wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 28 kwietnia 2015 r. sygn. akt I ACa 942/14 oraz Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 20 lutego 2015 r. sygn. akt V ACa 604/14).

Odwołujący podał, że abstrakcyjny, samoistny i nieakcesoryjny charakter gwarancji zapłaty opatrzonej klauzulami „bezwarunkowo” i „na pierwsze żądanie” przesądził Sąd Najwyższy w uchwale siedmiu sędziów z dnia 16 kwietnia 1993 r. III CZP 16/93, a następnie potwierdził w uchwale Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1995 r. sygn. akt III CZP 166/94 – obu tym uchwałom została nadana moc zasady prawnej (są

wiążące dla składów orzekających Sądu Najwyższego również we wszelkich innych sprawach, odejście od uchwalonej zasady prawnej wymagałoby rozstrzygnięcia wydanego w pełnym składzie izby Sądu Najwyższego).

Odwołujący wskazał, że zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze, nie budzi najmniejszych wątpliwości, iż możliwość stosowania art. 65 k.c. do wykładni treści gwarancji bankowych i ubezpieczeniowych podlega istotnym ograniczeniom: „ze względu na abstrakcyjność gwarancji, treść gwarancji musi być precyzyjna i jasna. Powinno się zatem używać sformułowań prawnych i ekonomicznych, co w razie sporu ułatwi interpretację treści gwarancji. Bowiem to właśnie gwarancją, i tylko ona, będzie podstawą do ustalenia obowiązków i praw gwaranta oraz uprawnień beneficjanta” (M. Makowski, Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 2/2008).

Nadto wskazał, że „Standard oceny zgodności żądania zapłaty z gwarancją jest surowy, a wyznaczają go dwie zasady ogólne: zasada niezależności gwarancji (art. 5 Jednolitych Reguł dla Gwarancji Płatnych na Żądanie; dalej: „URDG 758”) oraz zasady „dokumentowego” charakteru zobowiązania gwaranta (art. 6 i 7 URDG 758). Wynika z nich, że ocena dokonywana jest ściśle w odniesieniu do treści gwarancji i przedłożonych dokumentów oraz w oderwaniu od stosunku podstawowego. Analogicznie do przypadku akredytywy dokumentowej można tu mówić o zasadzie formalizmu. (...) Odmienne niż w przypadku akredytywy, standard oceny przy gwarancji musi pozostać surowy i trudno dostrzec argumenty za jego luzowaniem, przez np. tolerowanie nieznacznych rozbieżności” (M. Olechowski, Reguły ICC dotyczące gwarancji płatnych na żądanie, Monitor Prawa Bankowego Marzec 2015, str. 73-74).

Stwierdził, że w tym duchu wypowiedział się również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 7 stycznia 1997 r., sygn. akt I CKN 37/96, OSP 1997, Nr 5, poz. 97, podnosząc, iż „istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjanta gwarancji”; Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę na konieczność ścisłego interpretowania postanowień gwarancji, wskazując jednocześnie, że „ryzyko gwaranta nie może obejmować okoliczności nieprzewidzianych w umowie stron”.

W ocenie odwołującego powyższa okoliczność powoduje, iż nie można wywodzić twierdzeń o zobowiązaniu gwaranta – w szczególności takich, które rozszerzałyby zakres jego obowiązków – z jakichkolwiek innych dokumentów, aniżeli treść gwarancji; zatem wszelkie dalsze oświadczenia ubezpieczyciela co do hipotetycznej wypłaty sumy gwarancyjnej beneficjentowi nawet po wygaśnięciu stosunku gwarancji nie mogą mieć żadnego znaczenia dla oceny prawidłowości wniesionego wadium jako nieobjęte treścią dokumentu, ponieważ pozostają bez jakiegokolwiek wpływu na to, czy ubezpieczyciel jest zobowiązany do zapłaty sumy gwarancyjnej.

Uzupełnił, że teza ta jest całkowicie utrwalona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

- *„Zobowiązanie z gwarancji bankowej, które zostaje przez strony określone jako nieodwołalne i bezwarunkowe, jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielny (nieakcesoryjny), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Ze względu na abstrakcyjność gwarancji, treść gwarancji musi być precyzyjna i jasna. Wyłącznie bowiem gwarancja jest podstawą do ustalenia obowiązków i praw gwaranta oraz uprawnień beneficjanta (wyrok z dnia 22 maja 2015 r. sygn. akt KIO 974/15,*
- *„Podkreślić należy, że Zamawiający ocenia prawidłowość wadium na podstawie dokumentu potwierdzającego jego wniesienie, załączonego do oferty. W przypadku ustalenia na podstawie tego dokumentu, że wadium nie zabezpiecza oferty w wymagany sposób, nie ma obowiązku ani nawet możliwości opierania się na odmiennych twierdzeniach wykonawcy, czy na innych dokumentach, które nie zostały wraz z ofertą przedłożone. Wadliwy dokument gwarancji nie podlega uzupełnieniu po terminie składania ofert, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p., nie jest to bowiem dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy. Również wyjaśnienia złożone przez ubezpieczyciela po terminie składania ofert nie mogą sanować błędnej gwarancji ubezpieczeniowej - jak stwierdziła bowiem Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO/UZP 868/08, nie ma w ustawie p.z.p. podstaw prawnych pozwalających zamawiającemu na uznanie wyjaśnień ubezpieczyciela za wystarczające do zmiany warunków gwarancji. Z powyższego wynika, że Zamawiający powinien opierać się na treści dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, w którym jasno wyrażony został zakres odpowiedzialności gwaranta i jej warunki, a wszelkie inne dokumenty i wyjaśnienia składane po upływie terminu składania ofert nie mogą mieć znaczenia ani dla decyzji Zamawiającego, ani dla rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę. Wobec rygorystycznego traktowania przez ustawodawcę kwestii dotyczących wadium, wykonawca zobowiązany jest do dołożenia należytej staranności, aby potwierdzić prawidłowość wadium już w dniu składania ofert, a wszelkie błędy w tym zakresie obciążają wykonawcę. Izba wskazuje, że nie budzące wątpliwości zabezpieczenie zamawiającego wynikać musi z treści gwarancji bankowej, nie zaś z odrębnych od samej gwarancji następczych zapewnień banku - gwaranta. Ocena prawidłowości złożonego wadium następuje wyłącznie na podstawie złożonej gwarancji, na wstępnym etapie, po upływie terminu składania ofert. Konieczność oceny prawidłowości złożonego, a nie podlegającego uzupełnieniom wadium, na podstawie dokumentu gwarancyjnego oraz niezbędna pewność co do skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji nie może być uzależniona od stanowiska samego banku, który korzystnie lub nie dla zamawiającego, zinterpretuje - po terminie składania*

ofert - okoliczności obligujące bank do zapłaty kwoty wadium” (wyrok z dnia 19 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 63/12; KIO 66/12),

- *„Dokument gwarancyjny winien jednoznacznie wskazywać zobowiązanie gwaranta do wypłaty we wszystkich przypadkach określonych p.z.p., a brak w tym zakresie prowadzi do wniosku o nieprawidłowym zabezpieczeniu wadium. Błąd ten nie może być następnie uzupełniany. również w ramach autointerpretacji dokonanej przez gwaranta, ponieważ dokument gwarancyjny jest oceniany na dzień jego złożenia wraz z ofertą” (wyrok z dnia 18 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2406/10).*

W świetle powyższego – uznał odwołujący – ewentualne próby wykazywania przez Remondis skuteczności wadium za pomocą dalszych oświadczeń ubezpieczyciela (gwaranta) lub poprzez dokonanie „życzliwej” i rozszerzającej wykładni dokumentu gwarancyjnego należy ocenić jako niedopuszczalne.

Podsumował, że wadium wniesione przez wykonawcę Remondis było nieprawidłowe w dacie wniesienia oferty i brak ten nie może zostać w żaden sposób konwalidowany, ponieważ przepisy ustawy Pzp nie dopuszczają możliwości wyjaśniania dokumentu gwarancyjnego ani tym bardziej jego uzupełniania po dacie składania ofert toteż zarzut dotyczący obowiązku wykluczenia Remondis z postępowania jest uzasadniony i zasługuje na uwzględnienie.

Dodał, że konsekwencją nieuzasadnionego zaniechania wykluczenia Remondis z postępowania jest nieprawidłowy wybór oferty tego wykonawcy w zakresie Części 2 zamówienia, zaś oferta wykonawcy wykluczonego, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, jest uważana za odrzuconą.

Na zakończenie stwierdził, że wymaga zasygnalizowania, że uwzględnienie odwołania będzie się również wiązało z koniecznością wykluczenia Remondis z postępowania w zakresie Części 1, w której to odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą.

KIO 243/16

W tym samym postępowaniu wykonawca REMONDIS Sp. z o.o., ul. Zawodzie 16, 02-981 Warszawa (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie wobec:

1. zaniechania rzetelnego zbadania zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez konsorcjum wykonawców: FBSerwis S.A. oraz CESP A Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. (dalej “konsorcjum”) w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych wyjaśnień, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia wszystkich informacji zawartych w tych dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa kalkulacje,

o których mowa w art. 9m ustawy z dnia 13 września 2013 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2013 r. poz. 1399 ze zm.) [dalej „ucpg”] o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którym prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest obowiązany przedstawić kalkulację kosztów zagospodarowania odpadów komunalnych,

2. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum złożonej na 1 Część zamówienia [sektor Bałuty] pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
3. zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum złożonej na 1 Część zamówienia (sektor Bałuty) pomimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia,
4. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum na 1 część zamówienia (sektor Bałuty) pomimo zaoferowania przekazywania odpadów do podmiotów nie będących instalacjami lub podmiotów/instalacji nieistniejących, nie spełniających wymagań z pkt I 3. Załącznika nr 1 do SIWZ (OPZ) oraz pomimo zaoferowania wykonywania przedmiotu zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 ze zm.) oraz przepisami ustawy ucpg, ewentualnie zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty w tym zakresie,
5. zaniechania wezwania konsorcjum do przedłożenia dokumentu pełnomocnictwa do złożenia oferty w imieniu konsorcjantów, co skutkowało dokonaniem wyboru jako najkorzystniejszej oferty nieważnie złożonej, a to wobec braku podpisu pod ofertą osoby upoważnionej do reprezentowania konsorcjum; konsekwencją czego było zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum na podstawie art. 89 ust 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. jako nieważnej na podstawie art 104 Kc,
6. dokonania dwukrotnego wezwania konsorcjum do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie tych samych okoliczności, czym naruszył zasadę równego traktowania wykonawców,
7. zaniechania należytego wykonania obowiązków kontrolnych w zakresie zbadania sytuacji podmiotowej wykonawców FBSerwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A., w szczególności posiadanych przez nich uprawnień do wykonywania działalności oraz potencjału technicznego oraz zaniechania wykluczenia konsorcjum, które nie spełnia warunków udziału w postępowaniu związanych z posiadaniem uprawnień do wykonywania działalności będącej przedmiotem zamówienia oraz nie dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym,
8. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum, której treść była niezgodna z treścią SIWZ ze względu na brak posiadania bazy magazynowo-transportowej

niezbędnej do doświadczenia usług będących przedmiotem zamówienia odpowiadającej wymogom SIWZ wskazanym w art. 13 Opisu Przedmiotu Zamówienia, we wzorze Umowy stanowiącej Załącznik nr 8 do SIWZ oraz wymogom wynikającym z Rozporządzenia z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 poz. 122) (dalej „Rozporządzenie”),

9. zaniechania wykluczenia konsorcjum z postępowania wobec złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących położenia bazy transportowo-magazynowej mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
10. zaniechania wykluczenia z postępowania konsorcjum wobec nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie niepodlegania wykluczeniu (nie wykazano, że konsorcjant CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A nie zalegał z uiszczeniem podatków oraz z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne na dzień składania ofert) ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentu dotyczącego tej spółki potwierdzającego nie zaleganie z uiszczeniem podatków lub zaniechania wezwania do wyjaśnień złożonego dokumentu i jego tłumaczenia na język polski,
11. zaniechania wykluczenia konsorcjum, które nie wykazało braku podstaw do wykluczenia z postępowania, poprzez brak prawidłowej legalizacji dokumentów na dzień składania ofert, tj. brak dołączenia do tych dokumentów apostille z datą nie późniejszą niż na dzień składania ofert w sytuacji, gdy do czasu uzyskania apostille dokumenty pochodzące od organów Królestwa Hiszpanii nie mają waloru dokumentu i nie mogą być podstawą stwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania,
12. zaniechanie wykluczenia konsorcjum pomimo nieprawidłowego wniesienia wadium,
13. zaniechania wykluczenia konsorcjum z powodu przedłożenia dokumentów w nieprzepisanej prawem formie,
14. wyboru jako najkorzystniejszej dla 1 Zzęści zamówienia (sektor Bałuty) oferty konsorcjum podczas gdy podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu z przyczyn wskazanych w zarzutach poprzednich, a zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej dla Części 1 zamówienia oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 9m ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.), poprzez zaniechanie rzetelnego zbadania zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez konsorcjum w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zaniechanie

- odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych wyjaśnień, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia wszystkich informacji zawartych w tych dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa kalkulacje, o których mowa w art. 9m Ucpog, zgodnie z którym prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest obowiązany przedstawić kalkulację kosztów zagospodarowania odpadów komunalnych,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum złożonej na 1 część zamówienia (sektor Bałuty) pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
 3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum S.A. na 1 część zamówienia (sektor Bałuty) pomimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia,
 4. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum na 1 część zamówienia (sektor Bałuty] pomimo zaoferowania przez konsorcjum przekazywania odpadów do podmiotów nie będących instalacjami lub podmiotów/instalacji nieistniejących, nie spełniających wymagań z pkt I 3. Załącznika nr 1 do SIWZ (OPZ) oraz pomimo zaoferowania wykonywania przedmiotu zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 ze zm.) oraz przepisami ustawy ucpog; ewentualnie art. 87 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty w tym zakresie,
 5. art. 26 ust. 3, poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum do przedłożenia dokumentu pełnomocnictwa do złożenia oferty w imieniu konsorcjantów, co skutkowało dokonaniem wyboru jako najkorzystniejszej oferty nieważnie złożonej, a to wobec braku podpisu pod ofertą osoby upoważnionej do reprezentowania konsorcjum, czego konsekwencją było m.in. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w z w. z art. 104 Kc, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum,
 6. art. 26 ust. 4 w zw. z art 7 ust. 1, poprzez dokonanie dwukrotnego wezwania konsorcjum do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 w zakresie tych samych okoliczności, czym zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców,
 7. art. 22 ust. 1 pkt 1 i pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez zaniechanie należytego wykonania obowiązków kontrolnych w zakresie zbadania sytuacji podmiotowej wykonawców FBSerwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A., w szczególności posiadanych przez nich uprawnień do wykonywania działalności oraz potencjału technicznego oraz zaniechanie wykluczenia konsorcjum, które nie spełnia warunków udziału w postępowaniu związanych z posiadaniem

uprawnień do wykonywania działalności będącej przedmiotem zamówienia oraz nie dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym, a to ze względu na niedysponowanie spełniającą wymogi Rozporządzenia bazą transportowo-magazynową i uzyskanie wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Prezydenta Miasta Łodzi w wyniku złożenia przez FBSerwis S.A. oświadczenia, o którym mowa w art. 65 usdg, niezgodne ze stanem faktycznym,

8. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum, której treść była niezgodna z treścią SIWZ ze względu na brak posiadania przez Konsorcjum bazy magazynowo-transportowej niezbędnej do doświadczenia usług będących przedmiotem zamówienia odpowiadającej wymogom SIWZ wskazanym w pkt 13 Opisu Przedmiotu Zamówienia, we wzorze Umowy stanowiącej Załącznik nr 8 do SIWZ oraz wymogom wynikającym z Rozporządzenia,
9. art. 24 ust. 2 pkt 3, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum z postępowania wobec złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących położenia bazy transportowo-magazynowej mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
10. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2a, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania konsorcjum wobec nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie niepodlegania wykluczeniu (nie wykazano, że konsorcjant CESP A Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A nie zalegał z uiszczeniem podatków oraz z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne na dzień składania ofert) ewentualnie art. 26 ust. 3, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu dotyczącego tej spółki potwierdzającego nie zaleganie z uiszczeniem podatków lub art. 26 ust. 4, poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień złożonego dokumentu i jego tłumaczenia na język polski,
11. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 2a, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum, które nie wykazało braku podstaw do wykluczenia z postępowania, poprzez brak prawidłowej legalizacji dokumentów na dzień składania ofert, tj. brak dołączenia do tych dokumentów apostille z datą nie późniejszą niż na dzień składania ofert w sytuacji, gdy do czasu uzyskania apostille dokumenty pochodzące od organów Królestwa Hiszpanii nie mają waloru dokumentu i nie mogą być podstawą stwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania,
12. art. 24 ust. 2 pkt 2, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum pomimo nieprawidłowego wniesienia wadium,
13. art. 7 ust. 1, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

14. art. 7 ust. 3, poprzez udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,
15. art. 26 ust. 3, poprzez dopuszczenie dokumentów wskazujących na stan prawny na datę późniejszą niż termin składania ofert (klauzula apostille),
16. art. 26 ust. 3 w zw. z § 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, poprzez dopuszczenie dokumentów poświadczonych za zgodność z oryginałem w dacie późniejszej niż na dzień składania ofert,
17. art. 89 ust. 1 pkt 5, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum złożonej na 1 Część zamówienia (sektor Bałuty) pomimo tego, że wykonawcy powinni podlegać wykluczeniu z postępowania,
18. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej dla części 1 zamówienia oferty konsorcjum, podczas gdy podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu z przyczyn wskazanych w zarzutach poprzednich, a zaniechanie wyboru jak najkorzystniejszej dla Części 1 zamówienia oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez konsorcjum w zakresie rażąco niskiej ceny,
2. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej dla Części 1 zamówienia (sektor Bałuty) oferty złożonej przez konsorcjum,
3. wykluczenia konsorcjum z postępowania,
4. odrzucenia oferty konsorcjum złożonej na 1 Część zamówienia (sektor Bałuty),
5. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu dla Części 1 zamówienia z pominięciem oferty konsorcjum.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunków przedstawionych na rozprawie.

Dodatkowo odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1. opinii biegłego sądowego lub autorytetu naukowego z zakresu rachunkowości i finansów, ewentualnie dodatkowo: ekonomiki, ekonomii i księgowości na okoliczność ustalenia minimalnych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, przewidywanych kosztów ponoszonych przez wykonawcę w ramach realizacji usługi objętej przedmiotowym zamówieniem oraz przewidywanych przychodów uzyskiwanych przez

- wykonawcę, a nadto, czy cena wskazana w ofercie złożonej przez konsorcjum obejmuje wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia w zakresie opisanym w SIWZ w wysokości pozwalającej co najmniej na nieponiesienie przez oferenta straty przy realizacji tego zamówienia,
2. opinii biegłego rewidenta lub autorytetu naukowego na okoliczność ustalenia minimalnych kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, przewidywanych kosztów ponoszonych przez wykonawcę w ramach realizacji usługi objętej przedmiotowym zamówieniem oraz przewidywanych przychodów uzyskiwanych przez wykonawcę, które sporządzenie odwołujący – jak oświadczył – zamierza zlecić,
 3. dokumentów wskazanych w treści odwołania na okoliczności szczegółowo opisane w uzasadnieniu.

Odwołujący, z powołaniem się na § 27 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. z 2014, poz. 964] zwrócił się także z wnioskiem o odroczenie terminu rozprawy z uwagi na inną ważną przyczynę, tj. do czasu rozstrzygnięcia kontroli przeprowadzonej przed Głównym Inspektorem Ochrony Środowiska ws. bazy transportowo-magazynowej FB SERWIS S.A. z siedzibą w Warszawie położonej w miejscowości Ruszczyn, Gmina Kamieńsk na terenie ZZO Amest Kamieńsk w zakresie spełniania warunków rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r. poz. 122) oraz o rozpoznanie odwołania w składzie 3 osobowym ze względu na złożoność problemu i konieczność przeanalizowania dokumentacji ekonomiczno-prawnej.

Wykazując legitymacje do wniesienia odwołania odwołujący podał, że na Część 1 zamówienia wpłynęły 4 oferty, odwołujący zaś złożył drugą co do korzystności ofertę; gdyby w stosunku do konsorcjum zamawiający podjął wszystkie wymagane przepisami ustawy Pzp czynności i wykluczył konsorcjum lub odrzucił jego ofertę, oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą. Oświadczył, że skarżąc zaniechanie czynności w postępowaniu i wybór oferty najkorzystniejszej na część 1 zamówienia zmierza do wyeliminowania konsorcjum i jego oferty z postępowania oraz uzyskania zamówienia.

W odniesieniu do wniosku o odroczenie rozprawy odwołujący podał, że zamawiający w pkt 13 Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz we wzorze Umowy stanowiącej Załącznik nr 8 do SIWZ określił wymóg posiadania przez wykonawcę bazy magazynowo-transportowej odpowiadającej wymogom wynikającym z Rozporządzenia z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. 2013 poz. 122] – jednym z wymogów SIWZ sformułowanym

w pkt 13 Opisu Przedmiotu Zamówienia lit. f. jest posiadanie przez wykonawcę bazy magazynowo-transportowej usytuowanej w mieście Łódź lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy miasta.

Podał nadto, że pismem z dnia 19 stycznia 2016 r. zamawiający wezwał konsorcjum do złożenia wyjaśnień odnośnie bazy transportowo-magazynowej, tj. do udzielenia informacji: czy wykonawcy dysponują bazą transportowo-magazynową w Łodzi lub jej okolicach, a jeśli tak – wezwał do wskazania jej nazwy, adresu i odległości od granic administracyjnych miasta Łodzi liczonej po drogach publicznych oraz podania, w jaki sposób wykonawca liczy odległość bazy od granic m. Łodzi. Uzupełnił, że czynność wezwania nie było kwestionowana przez konsorcjum w drodze przysługujących środków ochrony prawnej.

Odwołujący wskazał, że według oświadczenia złożonego przez konsorcjum konsorcjum dysponuje bazą transportowo-magazynową położoną w gminie Kamieńsk, m. Ruszczyn na terenie instalacji: ZZO Amest Kamieńsk sp. z o.o. – geograficzne koordynaty: 51.242658 19.421988.

Odwołujący wskazał również, że zamawiający powziął wątpliwości co do odległości bazy od granic administracyjnych m. Łodzi i przeprowadził w tym zakresie kontrolę, jednak – w ocenie odwołującego – zamawiający nie zweryfikował w sposób rzetelny wymogu odpowiedniej odległości bazy od granicy miasta, jak również nie zweryfikował, czy baza spełnia pozostałe wymogi określone w Rozporządzeniu.

Odwołujący oświadczył, że informacje, które posiada wskazują, że baza transportowo-magazynowa wskazana przez konsorcjum nie spełnia wymogów Rozporządzenia.

Podał, że w celu zapewnienia bezpieczeństwa ekologicznego oraz funkcjonalności bazy, należy zapewnić, aby:

1. teren bazy magazynowo-transportowej był zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym,
2. miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu,
3. miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych,
4. teren bazy magazynowo-transportowej był wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21),
5. baza magazynowo-transportowa była wyposażona w: a) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów, b) pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób, c) miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów

komunalnych, d) legalizowaną samochodową wagę najazdową – w przypadku, gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów.

Oświadczył, że w związku z tym dniu 18 lutego 2016 roku złożył wniosek do Głównego Inspektora Ochrony Środowiska o przeprowadzenie w trybie pilnym kontroli bazy transportowo-magazynowej zadeklarowanej przez FB SERWIS S.A. z siedzibą w Warszawie w zakresie spełniania warunków rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r, poz. 122), w szczególności w zakresie, w jakim baza umożliwia prowadzenie FB Serwis S.A. działalności regulowanej polegającej na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Miasta Łodzi.

Mając na względzie, iż – wedle odwołującego – wyniki przeprowadzonej kontroli będą miały decydujący wpływ na rozstrzygnięcie Izby, odwołujący wniósł o wyznaczenie rozprawy po otrzymaniu wyników kontroli.

Stanął na stanowisku, że procedowanie przez Izbę bez stanowiska Głównego Inspektora Ochrony Środowiska byłoby przedwczesne i obarczone znacznym ryzykiem.

Dodał, że nie ma wątpliwości, iż Izba musi orzekać w oparciu o pełny i w całości zgromadzony materiał dowodowy, a jednocześnie w takich uwarunkowaniach prawnych i faktycznych, które pozwalają na wydanie skutecznego i wiążącego wyroku.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania rzetelnego zbadania zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez konsorcjum w zakresie rażąco niskiej ceny oraz zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych wyjaśnień, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia wszystkich informacji zawartych w tych dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa kalkulacje, o których mowa w art. 9m ucpq, zgodnie z którym prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest obowiązany przedstawić kalkulację kosztów zagospodarowania odpadów komunalnych odwołujący wskazał, że skoro skuteczność dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia zakazu udostępniania informacji w postaci zaktualizowania się ustawowego zakazu ich ujawniania, została uwarunkowana uprzednim stwierdzeniem, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, to oczywiste jest, że potencjalny adresat tego zakazu, tj. zamawiający, zobowiązany jest zbadać, czy w konkretnej sytuacji wystąpiła omawiana przesłanka; jego obowiązkiem jest zbadanie, czy informacje objęte przez wykonawcę przedmiotowym zakresem zastrzeżenia zakazu ich udostępniania stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 1 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Odwołując się do wyroku z 4 maja 2012 r., sygn. akt KIO 1016/12 wskazał, że *"Zamawiający powinien dokonać analizy prawidłowości zastrzeżenia pewnych informacji z oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie tylko analizując określony dokument jako całość, ale jego poszczególne zwroty czy wyliczenia, które mogą stanowić tajemnice przedsiębiorstwa. Takimi informacjami zasadnie zastrzeżonymi mogą być np. tylko nazwa określonego partnera handlowego, istotne postanowienia porozumień partnerskich czy pewne dane stanowiące określoną uprawdopodobnioną co najmniej - wartość gospodarczą dla danego Wykonawcy. Tym samym każdy dokument nie musi, a wręcz nie może tak jak wskazany powyżej podlegać zastrzeżeniu w całości we wszystkich jego elementach, ale tylko w określonej części - w ściśle określonym elemencie"*.

Odwołując się do wyroku z 5 marca 2012 r., sygn. akt KIO 331/12, KIO 333/12 wskazał nadto, że *"nie ulega wątpliwości, że niektóre informacje zawarte w wnioskach czy też ofertach - dotyczące chociażby relacji handlowych z innymi podmiotami - często niechętnie są upublicznione przez wykonawców, ze względu na prowadzoną politykę firmy, jednak powyższy argument nie daje wykonawcy podstaw do zastrzegania takich informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Izba zauważyła, w szczególności na przykładzie przedmiotowego postępowania, że zastrzeganie informacji zawartych we wnioskach lub ofertach - stało się wielokrotnie - sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych wnioskach lub ofertach. Zamawiający zaś uchylając się od obowiązku rzetelnego zbadania takiego zastrzeżenia niejednokrotnie bezkrytycznie przyjmuje takie zastrzeżenia, nawet w przypadkach gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji - co zdaniem Izby zasługuje na dezaprobatę i prowadzi do złamania podstawowej zasady, jaką jest zasada jawności"*.

Zdaniem odwołującego nie sposób przyjąć, że zamawiający rzetelnie przeprowadził badanie skuteczności zastrzeżenia przez konsorcjum wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób wskazany w orzecznictwie Izby.

Przypomniał, że zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Wskazał, że do uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest spełnienie kumulatywnie wszystkich trzech przesłanek z art. 11 ust. 4, tj.:

- informacja musi być nieujawniona do wiadomości publicznej,
- przedsiębiorca musi podjąć względem tej informacji niezbędne działania w celu zachowania ich poufności, przy czym krokiem takim nie jest wyłącznie złożenie stosownego oświadczenia w trybie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp,

- konieczne jest wykazanie, że są to informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne – posiadające wartość gospodarczą, przy czym (za wyrokiem KIO z 11 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1529/13) chodzi tu o wskazanie konkretnych wartości.

Podniósł, że po stronie wykonawcy zastrzegającego dane informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa obowiązek wykazania, że względem danej informacji zachodzą wskazane przesłanki do przyznania jej ochrony, w tym że sporna informacja ma wartość gospodarczą, że wykonawca podjął działania zmierzające do zachowania tych informacji w tajemnicy, wobec czego zamawiający nie może (choćby z racji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) wyręczyć wykonawcy w wykazaniu, że pewne informacje dla konkretnego wykonawcy mają walor tajemnicy przedsiębiorstwa. Stał na stanowisku, że konsorcjum w toku badania i oceny ofert nie przedstawiło dowodu (co najmniej nie uprawdopodobniło), że dana informacja ma walor tajemnicy przedsiębiorca.

Odwołujący oświadczył, że wobec braku wiedzy odnośnie zakresu, czy charakteru informacji objętych zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców, nie może w pełni odnieść się do zgodności z prawem działań zamawiającego, niemniej uwzględniając specyfikę działalności wykonawców, jak i kierując się postanowieniami SIWZ oraz doświadczeniami co do sposobu kalkulacji ceny ofertowej, wskazał: *"przepis art. 11 ust. 1 i 4 ustawy o zwalczaniu konkurencji wyklucza objęcie tajemnicą informacji, które osoba zainteresowana może uzyskać w zwykłej i dozwolonej formie"* (tak wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 9 lutego 2012 r., sygn. akt I ACa 968/11) i dodał, że mówiąc o powszechności pewnych danych, wskazać należy także na okoliczność, że zgodnie z postanowieniami SIWZ po stronie wykonawcy istnieje obowiązek skierowania wszystkich odpadów do instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych wskazanych w złożonej ofercie, przy czym wykonawcy zobowiązani są do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych bezpośrednio do instalacji wskazanych w Planie Gospodarki Odpadami Województwa Łódzkiego, przewidzianych dla IV regionu gospodarki odpadami komunalnymi oraz przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz.21 ze zm.) (pkt 1.3 OPZ0, te instalacje zaś – z racji charakteru prowadzonej działalności oraz art. 9m ucpg – stosują powszechnie dostępne cenniki, czy też oferują wykonanie usług zagospodarowania odpadów za identyczne ceny wszystkim zainteresowanym.

Na tej podstawie odwołujący stwierdził, że wszyscy wykonawcy biorący udział w tym postępowaniu kalkulowali cenę ofertową za zagospodarowanie wskazanych odpadów komunalnych – poza własną instalacją RIPOK – według cen powszechnie znanych.

Odwołujący podał, że FBSerwis S.A. przejął – według informacji podanej na stronie spółki – instalację Amest Kamieńsk, na potwierdzenie czego załączył zrzut ze strony FBSerwis S.A.

Odwołujący zaznaczył, że stosownie do art. 9m ucpg wykonawca FBSerwis S.A. jako prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) jest obowiązany, na wniosek gminy lub podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, przedstawić kalkulację kosztów (nie tylko informację o cenie) zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania we własnej instalacji.

Stwierdził, że na podstawie ww. przepisu ma zapewniony dostęp do informacji wskazujących na sposób kalkulacji przez konsorcjum ceny jednostkowej za zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych na jego instalacji, na potwierdzenie czego załączył uchwałę nr XIII/150/15 Sejmiku Województwa Łódzkiego z dnia 15 lipca 2015 r.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum złożonej na 1 Część zamówienia (sektor Bałuty) pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia odwołujący wskazał, że pierwszym wskaźnikiem przy ocenie, czy ma się do czynienia z rażąco niską ceną, jest obowiązek porównywania ceny oferty do przedmiotu zamówienia, przy czym przez to ostatnie pojęcie należy rozumieć przede wszystkim wartość zamówienia – zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp jest to całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku VAT, ustalone z należytą starannością, co oznacza, że przy porównywaniu cen złożonych ofert zamawiający powinien tę wartość powiększyć o podatek VAT.

Zdaniem odwołującego co do zasady, należy przyjąć, iż ustalenie wartości zamówienia dokonane przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania nastąpiło prawidłowo, przy przestrzeganiu wszelkich reguł i okoliczności obowiązujących w tej sprawie, a więc z należytą starannością, co oznacza, że zamawiający w pełni jest uprawniony do odnoszenia cen złożonych ofert do ustalonej wcześniej przez siebie wartości zamówienia.

Odwołujący podał, że:

- szacunkowa wartość zamówienia podstawowego dla sektora I (Bałuty) wynosi 65.262.924,00 zł netto, wartość ta powiększona o 8 % VAT wynosi 70.483.957,92 zł,
- konsorcjum zaoferowało wykonanie zamówienia za 49.412.119,14 zł brutto – za cenę niższą o 30 % od wartości zamówienia,

- cena ofertowa konsorcjum za 1 sektor (Bałuty] jest o 20 % niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych na tę część zamówienia.

Wedle odwołującego poprawność ustalenia przez konsorcjum ceny ofertowej na sektor Bałuty budzi wątpliwości nie tylko z uwagi na wynikające z dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp porównania.

Uznał, że niezrozumiałe jest zastosowane przez konsorcjum zróżnicowanie cen ofertowych pomiędzy sektorem Bałuty a sektorem Widzew obrazujące, zdaniem odwołującego, duże niedoszacowanie sektora Bałuty.

Wyjaśnił, że zamówienie zostało podzielone na 5 części:

1. sektor Bałuty – zamówienie na odbiór i zagospodarowanie odpadów,
2. sektor Widzew – zamówienie na odbiór i zagospodarowanie odpadów,
3. sektor Górna – zamówienie na odbiór odpadów,
4. sektor Polesie – zamówienie na odbiór odpadów,
5. sektor Śródmieście – zamówienie na odbiór odpadów.

Na podstawie powyższego uznał, że porównywalnym do sektora Bałuty jest sektor Widzew.

Wskazał, że na obsługę sektora Bałuty wpłynęły cztery oferty, na obsługę sektora Widzew dwie oferty (odwołującego i konsorcjum).

W ocenie odwołującego znaczne niedoszacowanie sektora Bałuty przez konsorcjum obrazują tabele:

| | BAŁUTY | WIDZEW |
|----------------------------------------------------------|-------------------------|------------------------|
| szacunkowa wartość zamówienia podstawowego | 65.262.924,00 zł netto | 45.084.288,00 zł netto |
| kwota przeznaczona na realizację zamówienia | 70.483.958,00 zł brutto | 48.691.031,00 zł netto |
| szacunkowa ilość odpadów do odebrania | 144.387,00 Mg | 99.744,00 Mg |
| Ilość odpadów odebrana w 2014 r. | 60 058,87 Mg | 41 330,95 Mg |
| Ilość odpadów odebrana od 01.09.2014 r. do 31.08.2015 r. | 60 672,65 Mg | 41 913,44 Mg |
| procentowy udział odpadów niesegregowanych w 2014 r. | 70,8 % | 70,8 % |

| | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|-------------------------|
| ilość mieszkańców (wg danych Urzędu Statystycznego w Łodzi - ostatnie dane z 2013 r.] | 203.307 osób | 135.524 osób |
| powierzchnia sektora | 78,9 km ² | 90,5 km ² |
| długość ulic sektora | 487,0 km | 449,3 km |
| | | |
| minimalna ilość pojazdów do obsługi sektora z funkcją kompaktującą | 14 | 10 |
| minimalna ilość pojazdów do obsługi sektora bez funkcji kompaktującej, w tym z dźwigiem HDS | 4 | 4 |
| minimalna ilość pojazdów do obsługi sektora z zabudową hakową lub bramową, w tym z dźwigiem HDS | 3 | 3 |
| | | |
| cena zaoferowana przez Remondis sp. z o.o. | 56.293.603,56 zł brutto | 38.780.467,20 zł brutto |
| cena zaoferowana przez FB Serwis S.A. i CESP A S.A. | 49.412.119,40 zł brutto | 40.557.905,28 zł brutto |
| stawka za Mg zaoferowana przez Remondis | 389,88 zł brutto | 388,80 zł netto |
| stawka za Mg zaoferowana przez FB Serwis S.A. i CESP A S.A. | 342,22 zł brutto | 406,62 zł brutto |

Odwołujący stwierdził nadto, że konsorcjum nie dokonało rozeznania w zakresie kosztów zagospodarowania odpadów na terenie województwa łódzkiego.

Ocecił, że za długą listą instalacji, do których konsorcjum zobowiązuje się odwozić odebrane odpady nie stoi żadna weryfikacja cen zagospodarowania odpadów oraz, że lista jest w dużym stopniu przypadkowa.

Zdaniem odwołującego odpowiedzi na zapytania przekazane przez odwołującego do podmiotów prowadzących w/w instalacje potwierdzają, że lista została stworzona bez jakichkolwiek zapytań dotyczących możliwości przyjęcia odpadów (mocy przerobowych), czy zapytań dotyczących cen zagospodarowania odpadów.

Podniósł, że instalacja należąca do odwołującego przy ul. Swojskiej 4 w Łodzi również znalazła się na wskazanej liście, jednak żadne zapytanie dotyczące cen zagospodarowania odpadów nie zostało do odwołującego skierowane.

Na potwierdzenie załączył oświadczenia prowadzących instalacje, korespondencję Remondis sp. o.o. ze spółką SITA.

Wobec zastrzeżenia wyjaśnień dotyczących elementów cenotwórczych jako tajemnicy przedsiębiorstwa oraz biorąc pod uwagę powyższe odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności wskazane w tezie dowodowej sformułowanej w petitum odwołania.

W ocenie odwołującego biegły winien uwzględnić, że:

- zgodnie z treścią SIWZ do odebrania w ramach zamówienia z dzielnicy Bałuty będzie szacunkowo 144.387,00 Mg odpadów przez 27 miesięcy co daje 5.347,66 Mg odpadów do odebrania miesięcznie; przy założeniu średnio 21 dni roboczych w miesiącu dziennie z dzielnicy Bałuty trzeba będzie wywieźć około 254,65 Mg odpadów komunalnych,
- w wykazie sprzętu załączonego do oferty konsorcjum zadeklarowało wykonywanie zamówienia przy pomocy śmieciarek o pojemności zabudowy 16m³ – małe samochody o dopuszczalnej ładowności 4,5 Mg odpadów, co oznacza, że konieczne będzie wykonanie około 56-57 kursów dziennie,
- transportowanie odpadów do Kamieńska wymaga większej niż standardowa ilości pojazdów i osób do ich obsługi, ponieważ odległość powoduje możliwość wykonania de facto jednego kursu dziennie.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum złożonej na 1 Część zamówienia (sektor Bałuty) pomimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia odwołujący stwierdził, że odrzucenie oferty w tym zakresie jest uzasadnione wówczas, gdy zamawiający stwierdzi, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W ocenie odwołującego, biorąc pod uwagę ustalenia i rozstrzygnięcia, co do wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie konsorcjum, stwierdzić należy, że złożenie oferty przez konsorcjum stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Wskazał, że rywalizacja cenowa pomiędzy wykonawcami stanowi element funkcjonowania podmiotów gospodarczych na rynku, z których każdy ma prawo zaoferować swobodnie ustaloną cenę, która umożliwi mu wykonanie przedmiotu zamówienia, którego się podejmuje oraz zapewni mu możliwość dalszego funkcjonowania na rynku, jednak – wedle odwołującego – zaoferowana przez konsorcjum cena jest ceną dumpingową, utrudniającą

innym wykonawcom możliwość złożenia konkurencyjnej oferty, na co – uznał odwołujący – wskazują dowody powołane na okoliczność zaoferowania przez konsorcjum wykonania zamówienia za cenę rażąco niską.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum na 1 Część zamówienia (sektor Bałuty) pomimo zaoferowania przez konsorcjum przekazywania odpadów do podmiotów nie będących instalacjami lub podmiotów/instalacji nieistniejących, nie spełniających wymagań z pkt I 3. Załącznika nr 1 do SIWZ (OPZ) oraz zaoferowania wykonywania przedmiotu zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 ze zm.) oraz przepisami ustawy z dnia 13 września 2013 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2013 r. poz. 1399 ze zm.); ewentualnie zarzutu zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty w tym zakresie odwołujący podał, że w pkt I 3. Załącznika do SIWZ zawierającego opis przedmiotu zamówienia dla dzielnicy Bałuty zamawiający wskazał, że *„Wykonawca usług odbierania i zagospodarowania odpadów jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych do instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych wskazanych w złożonej ofercie, przy czym Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych bezpośrednio do instalacji wskazanych w Planie Gospodarki Odpadami Województwa Łódzkiego, przewidzianych dla IV regionu gospodarki odpadami komunalnymi oraz przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz.21 ze zm.)”*.

Podał, że konsorcjum zaoferowało przekazywanie odpadów odebranych od mieszkańców m. Łodzi do 13 punktów:

1. „ŁZUK Łódź, ul. Sanitariuszek 70/72, Łódź”,
2. „Remondis sp. z o.o. ul. Swojska 4, Łódź” - to instalacja zastępcza dla regionu IV,
3. „Amest Kamieńsk sp. z o.o., Ruszczyn, gm. Kamieńsk” - to RIPOK dla regionu III i instalacja zastępcza dla regionu IV,
4. „MPO-Łódź Sp. z o.o., ul. Zamiejska 1, Łódź” - to instalacja zastępcza dla regionu IV,
5. „ZUK Sp. z o.o. Krośniewice, Franki gm. Krośniewice” - to instalacja zastępcza dla regionu IV,
6. „Eko-Region Sp. z o.o. Bełchatów - ZZO ul. Czapliniecka Bełchatów,
7. Juko Sp. z o.o. , ul. Topolowa 1, Piotrków Trybunalski- instalacja zastępcza dla regionu II – sortownia,

8. ZUK HAK S. Burczyński, ul. Próchnika 26, Piotrków Trybunalski - to instalacja zastępcza dla regionu II – sortownia,
9. „Eneris Surowce SA Oddział w Tomaszowie Mazowieckim - to instalacja zastępcza dla regionu II – sortownia,
10. „MZK Sp. z o.o. ul. Psarskiego 3, Sulejów” - to instalacja zastępcza dla regionu II – sortownia,
11. „Stena Recykling Oddział Łódź, ul. Pojezierska 97, Łódź” to punkt skupu surowców wtórnych,
12. „Stena Recykling Oddział Warszawa, ul. Chełmżyńska 180, Warszawa” to punkt skupu surowców wtórnych,
13. „Eko-System L. F. Mostki, gm. Zduńska Wola” - to instalacja zastępcza dla regionu II.

Odwołujący podniósł, że wymieniając na liście instalacji, do których zamierzali kierować odpady z terenu m. Łodzi punkty skupu surowców wtórnych (stena Recykling przy ul. Pojezierskiej w Łodzi oraz Stena Recykling przy ul. Chełmżyńskiej w Warszawie) zamiast instalacji odzysku i unieszkodliwiania konsorcjum zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z treścią SIWZ (z pkt I 3. załącznika do SIWZ), co winno prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł także, że obecnie nie istnieje instalacja o nazwie: „Eko-Region Sp. z o.o. Bełchatów przy ul. Czaplinieckiej Bełchatów. Eko-Region to RIPOK dla regionu II w miejscowości Dylów i Wola Kruszyńska.

Oświadczył, że przy ul. Czaplinieckiej w Bełchatowie obecnie nie funkcjonuje żadna instalacja, zaś w Łodzi przy ul. Sanitariuszek 70/72 od 1 stycznia 2014 r. nie funkcjonuje także ŁZUK (Łódzki Zakład Usług Komunalnych) – obecnie pod tym adresem funkcjonuje Zakład Gospodarowania Odpadami i jest to instalacja zastępcza dla odpadów zielonych (kompostownia) dla regionu IV.

Odwołujący podniósł, że wymieniając na liście instalacji, do których zamierzali kierować odpady z terenu m. Łodzi instalacje nieistniejące konsorcjum zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z treścią SIWZ (z pkt I 3. załącznika do SIWZ), co winno prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na podstawie powyższego odwołujący uznał, że konsorcjum nie spełniło wymogu zamawiającego dotyczącego skonkretyzowania sposobu realizacji zamówienia przez podanie instalacji spełniających postawione w SIWZ wymagania, do których będzie dostarczało określone kategorie odpadów, co przesądza o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Dodał, że zaoferowanie przez konsorcjum przekazywania odpadów do w/w punktów narusza ponadto przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r.,

poz. 21 ze zm.) oraz przepisy ustawy z dnia 13 września 2013 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2013 r. poz. 1399 ze zm.).

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wezwania konsorcjum do przedłożenia dokumentu pełnomocnictwa do złożenia oferty w imieniu konsorcjantów, co skutkowało dokonaniem wyboru jako najkorzystniejszej oferty nieważnie złożonej, a to wobec braku podpisu pod ofertą osoby upoważnionej do reprezentowania konsorcjum, czego konsekwencją było m.in. zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. jako nieważnej na podstawie art. 104 Kc odwołujący podał, że z dokumentu protokołu zgromadzenia zarządu sporządzonego przez notariusza dotyczącego rzekomego udzielenia pełnomocnictwa spółce FB Serwis w 2013 r. wynika, że dnia 30 maja 2013 r. odbyło się „Zgromadzenie Zarządu spółki CESPА z udziałem wszystkich członków zarządu: Pana S.O. B., Pana F.J.G.C.M., Pana F.H.L.B. oraz Pana A.H.G.L.” (str. 4 tłumaczenia protokołu), jednak z wyciągu z rejestru spółki załączonego do oferty wynika, że od kwietnia 2013 r. członkiem zarządu jest także J.I.G.N.. Pomimo, że dokument pełnomocnictwa wskazuje, że w zgromadzeniu Zarządu w dniu 30 maja 2013 r. uczestniczyli wszyscy członkowie zarządu – podniósł odwołujący – nie było wśród nich Pana N., tj. urzędującego członka zarządu od 5 kwietnia 2013 r.

Ponadto – podniósł odwołujący – z przedłożonego aktualnego odpisu z rejestru handlowego wynika, że pan F.J.G.C.M. oraz A.H.G.L. zostali powołani do pełnienia funkcji członków zarządu po dniu podjęcia rzekomej uchwały (odpowiednia 23.05.2014 r. i 10.06.2013).

Zdaniem odwołującego, powyższe budzi wątpliwości co do rzetelności złożonych dokumentów.

Wyjaśnił, że wątpliwości co do rzetelności dokumentu pełnomocnictwa pojawiły się także po stronie zamawiającego, który dwukrotnie wzywał konsorcjum do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Stanął na stanowisku, że zarówno pierwsze wyjaśnienia konsorcjanta sprowadzające się – wedle odwołującego – do konstatacji jakoby forma notarialna dokumentów *per se* sanowała wszelkie w nich uchybienia, jak i drugie wskazujące – wedle odwołującego – na omyłkę pisarską w dokumentach niesłusznie zostały uznane przez zamawiającego za wystarczające.

Zdaniem odwołującego wyjaśnienia można uznać za niekonsekwentne, a zamawiający zaniechał wezwania konsorcjum do przedłożenia dokumentu pełnomocnictwa do złożenia oferty w imieniu konsorcjantów, co skutkowało dokonaniem wyboru jako najkorzystniejszej oferty nieważnie złożonej, a to wobec braku podpisu pod ofertą osoby upoważnionej do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Wskazał, że pełnomocnictwo nie uzupełnione na wezwanie skutkowałoby koniecznością odrzucenia oferty konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. jako nieważnej na podstawie art 104 Kc.

W odniesieniu do zarzutu dokonania dwukrotnego wezwania konsorcjum do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie tych samych okoliczności, czym zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców odwołujący podał, że zamawiający dwukrotnie, tj. pismem z dnia 19 stycznia 2016 r. i z dnia 26 stycznia 2016 r. wzywał konsorcjum do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp w zakresie tych samych okoliczności, tj. osób umocowanych do podpisania pełnomocnictwa w imieniu CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A., czym zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania należytego wykonania obowiązków kontrolnych w zakresie zbadania sytuacji podmiotowej wykonawców FBСerwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A., w szczególności posiadanych przez nich uprawnień do wykonywania działalności oraz potencjału technicznego oraz zaniechanie wykluczenia konsorcjum, które nie spełnia warunków udziału w postępowaniu związanych z posiadaniem uprawnień do wykonywania działalności będącej przedmiotem zamówienia oraz nie dysponują odpowiednim potencjałem technicznym, a to ze względu na niedysponowanie spełniającą wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r. poz. 122) bazą transportowo-magazynową i uzyskanie wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Prezydenta Miasta Łodzi w wyniku złożenia przez FBСerwis S.A. oświadczenia, o którym mowa w art. 65 usdg, niezgodne ze stanem faktycznym odwołujący wskazał, co następuje.

- brak posiadania uprawnień do wykonywania działalności będącej przedmiotem zamówienia, co stanowi naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp

Odwołujący podniósł, że konsorcjum, na podstawie art. 22. ust 1 pkt 1) ustawy Pzp podlegało wykluczeniu z postępowania ze względu na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu związanych z posiadaniem uprawnień do wykonywania działalności będącej przedmiotem zamówienia.

Wskazał, że w zakresie odbioru odpadów przepisy obowiązującego prawa nakładają na podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości wymóg posiadania uprawnień do wykonywania działalności – zgodnie bowiem z art. 9b ust. 1 i ust. 2 ucpg

działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną i wymaga wpisu do rejestru.

Podał, że warunki posiadania tych uprawnień zostały określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r. poz. 122) – w § 2.1. jako jeden z wymogów w ramach prowadzonej działalności w zakresie odbioru odpadów zostało wymienione posiadanie bazy magazynowo-transportowej oraz wskazano warunki, jakie ta baza ma spełniać.

Odwołujący przyznał, że wprawdzie w dniu 16 grudnia 2015 r. FB Serwis S.A. uzyskała wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, jednak – na podstawie pozyskanych przez odwołującego dowodów – zachodzą uzasadnione wątpliwości, czy zadeklarowana przez FB Serwis S.A. baza magazynowo-transportowa spełnia warunki postawione w ww. rozporządzeniu.

W przekonaniu odwołującego zachodzą przesłanki do wykreślenia FB Serwis z rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Prezydenta Miasta Łodzi oraz do wydania decyzji na podstawie art. 71 ust. 1 pkt 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. 2004 nr 173 poz. 1807 ze zm.) o zakazie wykonywania przez FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie działalności objętej wpisem, wobec złożenia przez przedsiębiorcę oświadczenia, o którym mowa w art. 65 tej ustawy, niezgodnego ze stanem faktycznym.

Co do braków w wyposażeniu bazy magazynowo-transportowej odwołujący podał, że FB Serwis S.A. wskazała, iż na potrzeby realizacji zamówienia dysponuje bazą transportowo-magazynową położoną w okolicach Łodzi w gminie Kamieńsk – na terenie instalacji: ZZO Amest Kamieńsk sp. z o.o. – geograficzne koordynaty 51.242658 19.421988.

W ocenie odwołującego informacje posiadane przez odwołującego wskazują, że baza transportowo-magazynowa konsorcjum nie spełnia wymogów Rozporządzenia – wskazany teren nie był wcześniej wykorzystywany jako baza transportowo-magazynowa w rozumieniu przepisów powołanego rozporządzenia, spółka FB Serwis korzysta z niego czasowo do momentu wybudowania bazy transportowo-magazynowej w Łodzi, co wraz z informacjami uzyskiwanymi przez odwołującego budzi wątpliwości, czy wskazana baza spełnia wymogi powołanego rozporządzenia, a tym samym czy uprawnia FB Serwis S.A. do prowadzenia na terenie Miasta Łodzi działalności regulowanej polegającej na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Odwołujący stwierdził, że teren bazy magazynowo-transportowej nie jest zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym, nie jest wyposażony w miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu,

miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych, teren bazy magazynowo transportowej nie jest wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21), baza nie spełnia także wymogów w zakresie wyposażenia w miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych, legalizowaną samochodową wagę najazdową oraz brakuje tam punktu bieżącej konserwacji i napraw pojazdów oraz miejsca do mycia i dezynfekcji pojazdów.

Odwołujący podniósł, że obraz mapy satelitarnej miejsca o wskazanych przez FB Serwis S.A. współrzędnych geograficznych wskazuje na teren nieutwardzony, na którym znajdują się tylko dwa małe budynki – załączył zrzut ekranu z serwisu www.google.maps.

Odwołujący oświadczył, że w związku z wyżej przedstawionymi wątpliwościami skierował wniosek o przeprowadzenie kontroli przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska w Łodzi ws. zadeklarowanej bazy w zakresie spełniania warunków wyżej cytowanego rozporządzenia.

Co do braku odpowiedniego usytuowania bazy magazynowo-transportowej odwołujący podał, że wymogiem koniecznym do wykonywania działalności polegającej na odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości sprecyzowanym w rozporządzeniu oraz sformułowanym w pkt 13 Opisu Przedmiotu Zamówienia lit. f. jest posiadanie przez wykonawcę bazy magazynowo-transportowej usytuowanej w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy, jak również prawidłowo wyposażonej (wymogi bezpieczeństwa ekologicznego).

Ponieważ zadeklarowania przez FB Serwis baza położona jest na terenie gminy Kamieńsk kwestią sporną – wskazał odwołujący – jest spełnianie powyższego warunku.

Podał, że sam zamawiający powziął wątpliwość, czy wskazana przez konsorcjum baza spełnia wymogi w zakresie odległości od granicy miasta i wystosował wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

W przekonaniu odwołującego wyjaśnienia konsorcjum są niewystarczające i niewiarygodne.

Ocecił, że z uzyskanego przez odwołującego materiału dowodowego wynika jednoznacznie, iż odległość bazy od granic administracyjnych Łodzi mierzona po drogach publicznych przekracza maksymalne 60 km.

Podkreślił, iż pismem z dnia 24 grudnia 2015 roku zamawiający został poinformowany przez odwołującego o w/w/ okolicznościach.

Załączył opinię geodety.

Co do złożenia fałszywego oświadczenia przez FB Serwis S.A. odwołujący podał, że pismem z dnia 19 stycznia 2016 r. zamawiający wezwał konsorcjum do złożenia wyjaśnień ws. spełnienia warunku polegającego na posiadaniu odpowiedniej bazy magazynowo-transportowej, formułując jedno z pytań w następujący sposób: „*W jaki sposób Wykonawca liczy odległość jaka dzieli granice Miasta Łodzi od bazy magazynowo - transportowej*”, w wyniku którego, konsorcjum – w piśmie z dnia 22 stycznia 2016 r. oświadczyło, że baza, którą posiada na potrzeby realizacji zamówienia położona jest w odległości mniejszej niż 60 km od granic miasta Łodzi.

Odwołujący uznał, że z ustaleń odwołującego bezspornie wynika, że konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje.

Dodał, że informacje te mogły mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż dotyczyły spełnienia przez wykonawcę warunków w zakresie wymaganego w SIWZ dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Uzupełnił, że taka czynność wykonawcy zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi bezwzględną przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia.

Co do braku weryfikacji spełnienia warunków przedmiotowych wykonawcy – braku realizacji obowiązków kontrolnych zamawiającego odwołujący stanął na stanowisku, że biorąc pod uwagę powyższe ustalenia odwołującego istnieje uzasadniona i realna podstawa do kwestionowania posiadanych uprawnień do wykonywania działalności będącej przedmiotem zamówienia przez konsorcjum i tym samym posiadania przez to konsorcjum nie tylko możliwości formalnych, ale przede wszystkim materialnych do prawidłowej realizacji zamówienia. Podkreślił, że zamawiający miał wiadomości na temat tych okoliczności i mimo to nie podjął wystarczających działań w celu ich zweryfikowania.

Wskazał, że Miasto Łódź jako reprezentant gminy Łódź zobowiązane jest do weryfikowania jakości i legalności świadczenia usług w gminie zgodnie z obowiązkami wynikającymi z prawa powszechnie obowiązującego, co oznacza że obowiązkiem Miasta Łodzi, jako zamawiającego, jest pełnienie kontroli nad zgodnością z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2013 r. poz. 1399 ze zm.) usług pełnionych w ramach zadań własnych gminy powierzonych do wykonywania podmiotom zewnętrznym.

Uznał, że w sytuacji powzięcia wątpliwości, co do spełnienia wymogów dyktowanych przepisami Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie

szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r. poz. 122] w zakresie bazy magazynowo - transportowej zamawiający powinien był skorzystać z narzędzi kontroli, jakie daje mu ustawa Prawo zamówień publicznych oraz inne przepisy szczególne – obowiązany był wystąpić do Głównego Inspektora Ochrony Środowiska o skontrolowanie bazy magazynowo transportowej zadeklarowanej przez FB Serwis S.A.

Odwołujący stwierdził także, że podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest badanie sytuacji podmiotowej danego wykonawcy i jego potencjału technicznego; przyjęcie odmiennego stanowiska powodowałoby zupełną iluzoryczność dokonywanej oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Uzupełnił, że obowiązek czuwania, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu wynika przede wszystkim z art. 22 ust 1 ustawy Pzp. Dodał, że w kontekście przedmiotowego zarzutu nie jest to warunek w postaci przedłożenia dokumentu zamawiającemu, ale warunek materialny uczestnictwa w przetargu, polegający na kompleksowej gotowości do wykonania usługi odbioru odpadów.

Powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej: *zgodnie z art. 22 ust 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Celem składania przez wykonawcę ww. dokumentu nie jest, zatem wejście zamawiającego w jego posiadanie, ale zweryfikowanie, czy wykonawca jest uprawniony do wykonywania reglamentowanej działalności gospodarczej* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2013 r. KIO 1036/13).

Zdaniem odwołującego z punktu widzenia nie tylko przejrzystości, ale przede wszystkim ekonomiki postępowania konieczne jest całościowe i rzetelne badanie zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, a nie wybiórcze sprawdzanie wymaganego potencjału technicznego.

Zakładając negatywny wynik kontroli przed GIOŚ dla FB Serwis S.A. – wskazał odwołujący – co pociągnie za sobą utratę uprawnień przez FB Serwis do wykonywania działalności w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości – wybór oferty wykonawcy niezdolnego do faktycznej i formalnej realizacji zamówienia oraz podlegającego *de facto* wykluczeniu pociągnie za sobą niezwykle negatywne skutki finansowe i społeczne dla Miasta Łodzi i jego mieszkańców.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum, której treść była niezgodna z treścią SIWZ ze względu na brak posiadania przez to konsorcjum bazy magazynowo - transportowej niezbędnej do doświadczenia usług będących przedmiotem zamówienia odpowiadającej wymogom SIWZ wskazanym w art. 13 Opisu Przedmiotu

Zamówienia, we wzorze umowy stanowiącej Załącznik nr 8 do SIWZ oraz wymogom wynikającym z Rozporządzenia z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 poz. 122) (dalej zwane: „Rozporządzeniem”) odwołujący podał, że w pkt 13 Opisu Przedmiotu Zamówienia lit. f. zamawiający wymagał posiadania przez wykonawcę bazy magazynowo - transportowej usytuowanej w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy.

Wskazał, że zadeklarowania przez FB Serwis baza położona jest na terenie gminy Kamieńsk.

Ocecił, że kwestią sporną jest to, czy baza ta spełnia warunek odległości od granic administracyjnych m. Łodzi (opinia biegłego geodety wskazuje na to, że nie) oraz czy spełnia inne warunki postawione w rozporządzeniu z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 poz. 122) (to wykaże kontrola prowadzona przez GIOŚ).

Odwołujący stanął na stanowisku, że konsorcjum zadeklarowało wykonywanie przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu bazy transportowo - magazynowej niespełniającej wymogów SIWZ.

Potwierdzeniem: opinia geodety.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia konsorcjum wobec złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących położenia bazy transportowo - magazynowej mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania odwołujący podał, że pismem z dnia 19 stycznia 2016 roku zamawiający wezwał konsorcjum do złożenia wyjaśnień ws. spełnienia warunku, polegającego na posiadaniu odpowiedniej bazy magazynowo - transportowej, formułując jedno z pytań w następujący sposób: *„W jaki sposób Wykonawca liczy odległość jaka dzieli granice Miasta Łodzi od bazy magazynowo - transportowej”*.

Podał, że w odpowiedzi na w/w wezwanie konsorcjum, w piśmie z dnia 22 stycznia 2016 roku oświadczyło, że baza, którą posiada na potrzeby realizacji zamówienia położona jest w odległości mniejszej niż 60 km od granic miasta Łodzi.

Odwołujący stanął na stanowisku, że wobec jego ustaleń bezspornie wynika, że konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje.

Dodał, że informacje te mogły mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż dotyczyły spełniania przez wykonawcę warunków w zakresie wymaganego w SIWZ dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Potwierdzeniem: opinia geodety.

Odwołujący wskazał również, że składając wyjaśnienia FB Serwis S.A. oświadczyła, że dysponuje bazą transportowo - magazynową położoną w okolicach Łodzi – bazą położoną w gminie Kamieńsk – na terenie instalacji: ZZO Amest Kamieńsk sp. z o.o. Ruszczyn - geograficzne koordynaty 51.242658 19.421988.

Potwierdzeniem: pismo FB Serwis do Miasta Łódź.

Podniósł, że wątpliwości budzi to, że wskazane współrzędne geograficzne nie wskazują na miejscowość Ruszczyn, w której rzeczywiście położona jest instalacją ZZÓ Amest Kamieńsk, a miejscowość Kąsiej, powiat bełchatowski, w której to miejscowości znajduje się „coś na kształt bazy”, lecz bazą spełniającą wymogi w/w rozporządzenia z pewnością nie jest.

Potwierdzeniem: zrzut ekranu z serwisu google.maps.

Dodał, że odległość bazy wskazanej przez wykonawcę, tj. terenu ZZO Amest Kamieńsk sp. z o.o. Ruszczyn, od granic administracyjnych Łodzi mierzona po drogach publicznych przekracza maksymalne 60 km /dowód: opinia biegłego geodety/, natomiast teren w miejscowości Kąsiej, położony bliżej Łodzi, nie spełnia wymogów Rozporządzenia z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 poz. 122).

Składając wyjaśnienia odnośnie do bazy transportowo - magazynowej, podając jej adres i współrzędne geograficzne miejsca położenia konsorcjum – stwierdził odwołujący – celowo wprowadziło zamawiającego w błąd – podało współrzędne geograficzne miejsca położonego bliżej Łodzi, a adres miejsca położonego poza zasięgiem 60 km, ale być może spełniającego warunki rozporządzenia.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania konsorcjum wobec nie wykazania, że konsorcjant Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A nie zalegał z uiszczeniem podatków oraz z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne na dzień składania ofert, ewentualnie zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentu dotyczącego spółki CESPА potwierdzającego nie zaleganie z uiszczeniem podatków lub zaniechania wezwania do wyjaśnień złożonego dokumentu i jego tłumaczenia na język polski odwołujący podał, że pismem z dnia 2 lutego 2016 r. zamawiający wezwał konsorcjum do uzupełnienia m.in. zagranicznych dokumentów urzędowych dotyczących spółki CESPА z klauzulą apostille.

Podkreślił, że konsorcjum nie zakwestionowało zasadności tego wezwania w trybie środków ochrony prawnej i w odpowiedzi na wezwanie złożyło zagraniczne dokumenty urzędowe z tłumaczeniem na język polski i z klauzulami apostille, wśród nich zaświadczenie

o niezaleganiu z uiszczaniem podatków oraz zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne.

Odwołujący podniósł, że wymagana przez zamawiającego klauzula apostille została w przypadku obydwu tych dokumentów wystawiona po upływie terminu składania ofert w lutym 2016 r., co dyskwalifikuje te dokumenty jako niepotwierdzające przez konsorcjum niepodlegania wykluczeniu na dzień składania ofert.

Zwrócił uwagę, że w przypadku zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu podatków:

- widnieje na nim inna nazwa podmiotu, którego dotyczy zaświadczenie (Cespa Compañía Española de Servicios Públicos), niż podmiot będący oferentem w niniejszym postępowaniu (CESPA. Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A), co zamawiający winien wyjaśnić i wezwać konsorcjum do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust 4 ustawy Pzp,
- konsorcjum dwukrotnie składało wraz z tłumaczeniem na język polski dokument potwierdzający niezaleganie przez spółkę Cespa w opłacaniu podatków (do oferty bez apostille, a na wezwanie zamawiającego w trybie 26 ust. 3 ustawy Pzp z klauzulą apostille).
- ma miejsce rozbieżność w tłumaczeniach tego dokumentu – zaświadczenie z dnia 8 października 2015 r. (str. 107 i 108 oferty konsorcjum) wskazuje na 12 miesięczny okres ważności dokumentu, natomiast zaświadczenie z 8 października 2015 r. załączone do wyjaśnień konsorcjum z 8 lutego 2016 r. wskazuje na 6 miesięczny okres ważności dokumentu, co zamawiający winien wyjaśnić na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia konsorcjum które nie wykazało braku podstaw do wykluczenia z postępowania, poprzez brak prawidłowej legalizacji dokumentów na dzień składania ofert, tj. brak dołączenia do tych dokumentów apostille z datą nie późniejszą niż na dzień składania ofert w sytuacji, gdy do czasu uzyskania apostille dokumenty pochodzące od organów Królestwa Hiszpanii nie mają waloru dokumentu i nie mogą być podstawą stwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania odwołujący podał, że pismem z dnia 2 lutego 2016 r. zamawiający wezwał konsorcjum do uzupełnienia m.in. zagranicznych dokumentów urzędowych dotyczących spółki CESPA z klauzulą apostille.

Podkreślił, że konsorcjum nie zakwestionowało zasadności tego wezwania w trybie środków ochrony prawnej.

Odwołujący wskazał, że Konwencja Haska, znosząca wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych sporządzona w Hadze dnia 5 października 1961 r. (Dz. U. 2005, nr 112, poz. 938) w stosunku do Polski weszła w życie 14 sierpnia 2005 r. Konwencja przewiduje szczególne poświadczenie udzielane w państwie, w którym dokument został wystawiony poprzez uprawnione organy tego państwa; na podstawie Konwencji Haskiej z 1961 roku klauzula apostille uwierzytelnia wszelkie dokumenty urzędowe i notarialne Państw będących stroną Konwencji; po przystąpieniu Polski do Konwencji haskiej jedyną procedurą

wymaganą w celu poświadczenia autentyczności podpisu, charakteru, w jakim działała osoba, która podpisała dokument oraz tożsamości pieczęci lub stempla, jakim został on opatrzony, jest dołączenie klauzuli apostille; dokumenty zaopatrzone w klauzulę apostille zostaną w Polsce uznane za dokumenty urzędowe.

Uzupełnił, że żaden przepis powszechnie obowiązującego prawa w Polsce nie nakłada obowiązku tłumaczenia dokumentów zagranicznych w określonej formie szczególnej. Dokumenty mogą zostać zatem przetłumaczone ad hoc – w formie dowolnej.

Wskazał nadto, że Konwencja Haska z 1961 roku dotyczy jedynie dokumentów urzędowych i notarialnych; Apostille odnosi się jedynie do państw sygnatariuszy konwencji, których w chwili obecnej jest 89; w przypadku państw niebędących stroną konwencji oraz w celu uwierzytelnienia wszelkiego rodzaju dokumentów prywatnych, niezbędne będzie przetłumaczenie ich przez polskiego tłumacza przysięgłego.

Wskazał wreszcie, że w Polsce kwestię uwierzytelniania zagranicznych dokumentów reguluje ustawa z dnia 25 listopada 2004 r. o zawodzie tłumacza przysięgłego (Dz. U. 2004 nr 273 poz. 2702) – tłumacze przysięgli są biegłymi sądowymi oraz osobami zaufania publicznego, którzy tłumaczą i uwierzytelniają dokumenty sporządzone w języku obcym; zgodnie z ustawą, tłumacz przysięgły jest uprawniony do: sporządzania i poświadczenia tłumaczeń z języka obcego na język polski i odwrotnie; sprawdzania i poświadczenia tłumaczeń sporządzonych przez inne osoby; sporządzania i sprawdzania poświadczonych odpisów pism w języku obcym i dokonywania tłumaczenia ustnego; przetłumaczenie zagranicznego dokumentu, urzędowego lub prywatnego, przez tłumacza przysięgłego jest zatem równoznaczne z jego uwierzytelnieniem; obowiązująca lista tłumaczy przysięgłych jest dostępna w Biuletynie Informacji Publicznej na oficjalnej stronie Ministerstwa Sprawiedliwości.

Podsumował, że zagraniczne dokumenty urzędowe z klauzulą apostille mogą zostać przetłumaczone w Polsce w formie dowolnej, przy czym można wezwać do przedłożenia ich tłumaczenia na język polski przez tłumacza przysięgłego; brak klauzuli apostille pociąga za sobą obowiązek tłumaczenia wszelkich dokumentów przez polskich tłumaczy przysięgłych.

Odwołujący stanął na stanowisku, że dotyczące spółki CESPА dokumenty [prócz pełnomocnictwa dla FB SERWIS) nie zawierają ani klauzuli apostille, ani nie zostały przetłumaczone przez tłumacza przysięgłego, wobec czego należy je traktować jako błędnie złożone i wezwać do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pod rygorem wykluczenia z postępowania.

Wyjaśnił, że w odpowiedzi na wezwanie konsorcjum złożyło zagraniczne dokumenty urzędowe z tłumaczeniem na język polski i z klauzulami apostille, wśród nich zaświadczenie o niezaleganiu z uiszczaniem podatków oraz zaświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne – wymagana przez zamawiającego klauzula apostille została w przypadku obydwu tych dokumentów wystawiona po upływie terminu składania ofert

w lutym 2016 r., co dyskwalifikuje te dokumenty jako niepotwierdzające przez wykonawców niepodlegania wykluczeniu na dzień składania ofert.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia konsorcjum pomimo nieprawidłowego wniesienia wadium odwołujący podał, że w pkt 8.6.5. SIWZ zamawiający wymagał, by zobowiązanie poręczyciela/gwaranta do zapłacenia kwoty wadium było bezwarunkowe.

Podniósł, że gwarancje wadium złożone przez konsorcjum zawierają klauzulę, z której wynika, że *„żądanie zapłaty powinno zostać przedłożone w siedzibie naszego Banku, z potwierdzeniem przez bank Beneficjenta lub notariusza, że podpisy w oryginale widniejące na żądaniu zapłaty zostały złożone przez osoby uprawnione do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Beneficjenta”*.

Odwołujący za oczywiste uznał, że wezwanie do zapłaty powinno być podpisane przez osoby upoważnione do reprezentowania Beneficjenta, a Gwarant powinien mieć możliwość, aby uprawnienie do reprezentowania zweryfikować, jednak za zupełnie niezrozumiały uznał wymóg, aby podpisy osób widniejących na żądaniu zapłaty zostały złożone nie przez osoby upoważnione do reprezentowania Beneficjenta w ogólności (tj. do nabywania praw i zaciągania zobowiązań), ale przez osoby uprawnione do zaciągania zobowiązań. Stwierdził, że wezwanie do zapłaty nie ma nic wspólnego z zaciąganiem zobowiązań.

Nadto podniósł, że wymóg potwierdzenia złożonych na wezwaniu do zapłaty podpisów przez bank Beneficjenta lub przez notariusza jest wymogiem dodatkowym, niepopartym żadną regulacją prawną, powodującym, że zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty wadium przestaje być bezwarunkowe – wprowadza to obowiązek współdziałania banku Beneficjenta lub notariusza, podmiotu trzeciego jako warunek konieczny otrzymania wypłaty z gwarancji.

W ocenie odwołującego w praktyce usługą poświadczenia przez bank czy przez notariusza podpisów jest normalną i powszechnie wykonywaną usługą, jednakże – podniósł – zapis uzależnia otrzymanie wypłaty od spełnienia warunku przez podmiot trzeci (bank lub notariusza). Uznał, że w niektórych sytuacjach nie cierpiących zwłoki może uniemożliwić to otrzymanie wypłaty [zamknięty oddział banku, brak w danej chwili upoważnionego pracownika mogącego poświadczyć podpisy, zamknięta kancelaria notarialna – wszystko to powoduje, że beneficjent nie ma możliwości natychmiastowego wystąpienia do Gwaranta z żądaniem zapłaty).

Podsumował, że nie doszło do skutecznego zabezpieczenia oferty wadium, a w związku z tym konsorcjum winno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania wykluczenia konsorcjum z powodu przedłożenia dokumentów w nieprzepisanej prawem formie odwołujący podał, że konsorcjum załączyło do oferty i uzupełniło, na wezwanie zamawiającego, dokumenty podmiotowe, które nie spełniają wymogów odnośnie formy.

Podniósł, że klauzule apostille zostały wystawione z datą nie późniejszą niż na dzień składania ofert (zaświadczenie o niezaleganiu z podatkami, zaświadczenie o niezaleganiu ze składkami na ubezpieczenie społeczne); natomiast do czasu uzyskania apostille dokumenty pochodzące od organów Królestwa Hiszpanii nie mają waloru dokumentu i nie mogą być podstawą stwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Stwierdził dodatkowo, że złożone przez konsorcjum dokumenty zostały poświadczone za zgodność z oryginałem w dacie późniejszej niż dzień składania ofert.

W odniesieniu do zarzutu wyboru jako najkorzystniejszej dla I części zamówienia (sektor Bałuty) oferty konsorcjum, podczas gdy podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu z przyczyn wskazanych w zarzutach poprzednich, a zaniechanie wybrania jak najkorzystniejszej dla części 1 zamówienia oferty Odwołującego.

Stwierdził, że zarzut jest pochodną wyżej postawionych zarzutów i sprowadza się do konstatacji, że biorąc pod uwagę wskazane w postawionych zarzutach uchybienia zamawiającego w ocenie warunków podmiotowych konsorcjum oraz złożonej przez nie oferty, konsorcjum winno zostać wyeliminowane z postępowania, a zamówienia na sektor Bałuty winno zostać udzielone odwołującemu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 25 lutego 2016 r., *Odpowiedzi na odwołanie w obu sprawach* [pismo zamawiającego z dnia 3 marca 2016 r. (sygn. akt KIO 237/16) oraz pismo zamawiającego dnia 4 marca 2016 r. (sygn. akt KIO 243/16), zgłoszenia przystąpienia wykonawcy w sprawie o sygn. akt KIO 237/16 w tym uzasadnienia wniosku o oddalenie odwołania (pismo z dnia 26 lutego 2016 r.), *Pisma przystępującego w sprawie o sygn. akt KIO 243/16* (pismo z dnia 7 marca 2016 r.), pisma EKO-REGION Sp. z o.o. z Bełchatowa z dnia 26 lutego 2016 r. dotyczącego instalacji zlokalizowanej przy ulicy Czaplinieckiej w Bełchatowie, Planu Gospodarki Odpadami Województwa Łódzkiego 2012, a także stanowisk stron i przystępujących, zaprezentowanych w toku rozprawy, orzekając w granicach podniesionych w obu odwołaniach zarzutów skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zarzut zaniechanie wykluczenia wykonawcy Remondis Sp. z o.o. z postępowania w Części 2 zamówienia, pomimo iż wykonawca ten nie wniósł wadium na pełny okres związania ofertą, gdyż w przedłożonych przez niego dokumentach gwarancji wadialnych wydanych przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych zastrzeżono, że podstawą zapłaty sumy gwarancyjnej będzie stanowić wyłącznie pisemne żądanie zapłaty otrzymane w okresie ważności gwarancji, a jednocześnie wskazano, iż gwarancje te automatycznie wygasają (a wszelkie roszczenia beneficjenta stają się bezskuteczne) w przypadkach, gdy upłynął termin związania ofertą oraz, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione, co jest równoznaczne z zawężeniem zakresu odpowiedzialności gwaranta i ogranicza możliwość zatrzymania wadium w przypadku zaistnienia zdarzeń uzasadniających takie zatrzymanie w przedostatnim i ostatnim dniu związania ofertą (18 marca 2016 r. godz. 16.00 – 19 marca 2016 r. godz. 24.00) albo tuż przed ewentualnym unieważnieniem postępowania oraz w przypadku po unieważnieniu postępowania, a przed zwróceniem przez zamawiającego wadium na podstawie art. 46 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby pominął złożone przez przystępującego na rozprawie gwarancje wadialne składane w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego (w tym wg wykazu w łącznej liczbie 218), ponieważ podstawą oceny skutecznego wniesienia wadium przez przystępującego w przedmiotowym postępowaniu (wedle wymogów wskazanych w dedykowanej temu postępowaniu SIWZ) może być wyłącznie treść gwarancji wadialnej złożonej przez przystępującego w tym postępowaniu.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W zakresie żadanego okresu gwarancji wadialnej zabezpieczającej ofertę wykonawcy, zamawiający – w pkt. 8.6.4 SIWZ – postawił wymóg: „*termin ważności poręczenia/gwarancji – nie krótszy niż termin związania ofertą*” oraz podał – w pkt. 8.7 SIWZ: „*W przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie poręczenia lub gwarancji, Zamawiający nie uzna dokumentów, które nie spełniają wymagań, o których mowa w pkt. 8.6 SIWZ.*”.

Wykonawca Remondis Sp. z o.o. (dalej także „Remondis”) złożył w Części 2 zamówienia na stronach 91-92 oferty, *Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr 1522/15-38/2008/BY*, wystawioną w Bydgoszczy w dniu 8 grudnia 2015 r. przez TUZ Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych (Gwarant).

W pkt. 6 gwarancji podano: „*Niniejsza gwarancja ważna jest od 21.12.2015 do 21.03.2016 i tylko wezwanie do zapłaty (...) otrzymane przez Gwaranta w tym terminie będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu gwarancji*”.

W pkt. 8 gwarancji ujęto przypadki, w których gwarancja wygasa (poza przypadkiem upływu terminu jej ważności), a wśród nich przypadek: „*upłynął termin związania ofertą*” oraz przypadek: „*postępowanie o udzielenie zamówienia zostało unieważnione*”.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wskazał termin związania ofertą wynoszący 90 dni oraz podał, że bieg tego terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert (pkt 9 SIWZ).

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 21 grudnia 2015 r. (pkt 11.2 SIWZ).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Poza sporem był fakt, że termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu upływa 19 marca 2016 r. (jako ostatni dzień związania ofertą odwołujący, w sformułowanym zarzucie – str. 2 odwołania – podał 19 marca 2016 r. godz. 24.00).

Podnieść należy, że termin ważności kwestionowanej przez odwołującego gwarancji wadialnej upływa nie w dniu 19 marca 2016 r., ale w dniu 21 marca 2016 r., tj. dwa dni po terminie związania ofertą, z których ostatni (21 marca 2016 r.) to dzień powszedni (poniedziałek).

Oznacza to, abstrahując w tym miejscu od oceny, czy w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, okres ważności gwarancji musi być dłuższy niż termin związania ofertą, stwierdzić należy, że wykonawca Remondis złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego gwarancję wadialną, której ważność była dłuższa niż termin związania ofertą, a sam odwołujący na rozprawie przyznał, że: „*minimalnym terminem na zgłoszenie żądania zapłaty jest termin jednodniowy*”.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że termin ważności złożonej przez wykonawcę Remondis gwarancji wadialnej był wystarczający i nie ograniczał możliwości zatrzymania wadium w sytuacjach wskazanych przez odwołującego, tj. wystąpienia przesłanki zatrzymania wadium „w końcowej części przedostatniego dnia lub dniu ostatnim okresu związania ofertą”, ponieważ zamawiający może żądanie zapłaty skierować do Gwaranta w poniedziałek 21 marca 2016 r.

Odnosząc się do podnoszonego przez odwołującego ograniczenia możliwości skutecznego dochodzenia zapłaty wadium w przypadku, gdy „*przesłanki zatrzymania wadium wystąpią w dniu, w którym ma miejsce unieważnienie postępowania przez Zamawiającego – bezpośrednio przed takim unieważnieniem*” oraz w przypadku, „*gdy czynność unieważnienia*

postępowania zostanie przez Zamawiającego unieważniona (cofnięta)” skład orzekający Izby wskazuje, że odwołujący przypisuje zamawiającemu takie prowadzenie przedmiotowego postępowania, które doprowadzić by miało do konieczności kumulowania czynności unieważnienia postępowania z czynnością zatrzymania wadium (w tym samym dniu), czy konieczności unieważnienia błędnie dokonanej czynności unieważnienia postępowania (abstrahując od oceny dopuszczalności czynności cofnięcia unieważnienia) .

Podnieść należy, że wskazany przez zamawiającego w postanowieniach SIWZ maksymalny termin związania ofertą (art. 85 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) nie wymagał przedłużenia (zamawiający nie wzywał do jego przedłożenia na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp), przeciwnie – postępowanie w Części 2 zostało rozstrzygnięte, poprzez wybór oferty wykonawcy Remondis, już w dniu 11 lutego 2016 r., a zatem na ponad miesiąc przed upływem związania ofertą.

Powyższe okoliczności skład orzekający Izby przytacza z tego względu, że wpisują się w określony przez zamawiającego w postanowieniach SIWZ wymóg (pkt 8.6.4): *„termin ważności poręczenia/gwarancji – nie krótszy niż termin związania ofertą”*.

Przypomnienia wymaga, że to zamawiający jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – prawidłowemu przeprowadzeniu postępowania służą m.in. postanowienia SIWZ dotyczące wadium.

Podanie wymagań dotyczących wadium jest obowiązkiem zamawiającego (art. 36 ust. 1 pkt 8), które winny być zgodne z przepisami ustawy Pzp, ale także mają być wymaganiami adekwatnymi do możliwości sprawnego i zgodnego z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przeprowadzenia przez zamawiającego konkretnego postępowania (termin związania ofertą, którą zabezpieczać ma wadium).

Zamawiający, wskazując – postanowieniem pkt. 8.6.4 SIWZ – wymóg *„termin ważności poręczenia/gwarancji – nie krótszy niż termin związania ofertą”*, zobowiązał się także wobec wykonawców, którzy złożą wadium w szczególności w formie gwarancji, że ich dokumenty zostaną uznane, o ile tylko okres ważności gwarancji będzie co najmniej równy terminowi związania ofertą (a contrario postanowienia: *„W przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie poręczenia lub gwarancji, Zamawiający nie uzna dokumentów, które nie spełniają wymagań, o których mowa w pkt. 8.6 SIWZ.”*).

W ocenie składu orzekającego Izby postanowienie to stanowiło gwarancję dla wykonawców (przy braku okoliczności wyjątkowych, uzasadniających skorzystanie przez zamawiającego z prawa, o którym mowa w art. 85 ust. 2 ustawy Pzp), że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wszystkie niezbędne czynności w jego toku przeprowadzi w takiej sekwencji (i z uwzględnieniem dni ustawowo wolnych od pracy), aby móc wystąpić do gwaranta z żądaniem zapłaty w terminie ważności gwarancji równemu terminowi związania ofertą.

Uwzględniając powyższe, a nadto fakt, że wykonawca Remondis złożył gwarancję wadialną, która „z nadmiarem” spełniała wymóg SIWZ dotyczący terminu ważności gwarancji, uznać należy, że brak jest podstaw do twierdzenia, że wykonawca ten nie wniósł prawidłowo (w zgodzie z ustawą Pzp i postanowieniami SIWZ) wadium.

Na marginesie skład orzekający Izby wskazuje, że postanowienia SIWZ (co do zgodności wymogów w zakresie wadium z przepisami) nie były kwestionowane, a nadto, że konieczność uzyskania gwarancji z terminem ważności dłuższym niż termin związania ofertą wiązały się (przy braku znajomości uwarunkowań, w tym organizacyjnych danego zamawiającego) z koniecznością samodzielnego przyjęcia przez poszczególnych wykonawców („zgadywania”), jaki termin jest dla konkretnego zamawiającego wystarczający na wystąpienie do gwaranta z żądaniem zapłaty (w związku z czym terminy te mogłyby się różnić), co narażałoby wykonawców na ponoszenie dodatkowych i różnych kosztów związanych z dłuższym terminem ważności gwarancji, niezależnie od konsekwencji w postaci wykluczenia z tego względu, że termin ważności gwarancji byłby „jedynie” np. o 2, a nie o 3 dni dłuższy niż termin związania ofertą.

Zarzut wyboru oferty wykonawcy Remondis Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż wykonawca ten winien zostać wykluczony, a jego oferta zostać uznana za odrzuconą nie potwierdził się.

Ponieważ skład orzekający Izby uznał, że brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy Remondis (dalej nadal „Remondis”) z udziału w postępowaniu z tego powodu, że wykonawca ten nie wniósł wadium na pełny okres związania ofertą (a w odwołaniu nie zgłoszono innych podstaw odrzucenia oferty wykonawcy Remondis), w konsekwencji uznał, że brak było podstaw do jej odrzucenia.

Ponieważ nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania wniesionego w sprawie o sygn. akt KIO 237/16 Izba oddaliła odwołanie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do wniosku odwołującego o odroczenie rozprawy do czasu otrzymania od Głównego Inspektora Ochrony Środowiska wyników kontroli bazy transportowo-magazynowej zadeklarowanej przez FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie w zakresie spełniania warunków rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r., poz. 122) w szczególności w zakresie, w jakim baza umożliwia prowadzenie FBSerwis S.A. działalności regulowanej, polegającej na zbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Łodzi, skład orzekający Izby wskazuje, że wyniki tej kontroli, wbrew stanowisku odwołującego, nie mogą mieć nie tylko decydującego, ale żadnego wpływu na rozstrzygnięcie Izby, a to z tego względu, iż posiadanie bazy transportowo-magazynowej nie było warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu (o czym szerzej poniżej).

Skład orzekający Izby nie uwzględnił także wniosku odwołującego o odroczenie rozprawy do czasu wydania rozstrzygnięcia sprawy wywołanej skargą odwołującego z dnia 4 marca 2016 r. na beczynność Prezydenta Miasta Łodzi w sprawie rozpatrzenia wniosku o udostępnienie informacji publicznej, ponieważ odwołujący nie wyjaśnił, z jakich względów rozstrzygnięcie to jest dla rozstrzygnięcia Izby konieczne, czy choćby przydatne.

Skład orzekający Izby pominął dokumenty:

- *Opis pomiaru odległości do miejsca przeznaczenia (wysypisko Kąsiej)* z dnia 8 lutego 2016 r. sporządzony przez uprawnionego geodetę inż. G.Ż., załączony do odwołania,
- *Wniosek o przeprowadzenie kontroli* z dnia 17 lutego 2016 r. złożony przez odwołującego do Głównego Inspektora Ochrony Środowiska w Łodzi Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Warszawie oraz Pismo Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska z lutego 2016 r. (brak wskazania dnia) do Łódzkiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska (przekazanie wniosku zgodnie z właściwością),
- Protokół kontroli z dnia 24 lutego 2016 r. oraz Informacja z dnia 1 marca 2016 r., załączone (poz. 2) przez zamawiającego do *Odpowiedzi na odwołanie* – pismo z dnia 4 marca 2016 r.,
- Pismo Zastępcy Dyrektora GDDKiA Oddział z Łodzi z dnia 18 lutego 2016 r. oraz Oświadczenie mgr inż. J.D. – Zakład Usług Geodezyjno- Kartograficznych z Radomska, złożone przez przystępującego na rozprawie,

- Protokół kontroli z dnia 29 stycznia 2016 r. wraz z pismem przekazującym z tej samej daty, Zawiadomienie o wszczęciu kontroli z dnia 15 lutego 2016 r., wyciąg z księgi wejść/wyjść na teren bazy (w dniach 29.01.-09.2016 r. 08.02.), złożone na rozprawie przez przystępującego,

ponieważ posiadanie bazy transportowo-magazynowej nie było warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu, wobec czego bez znaczenia dla rozstrzygnięcia pozostaje odległość bazy od granicy Miasta Łodzi oraz to, czy na dzień składania ofert baza spełniała przewidziane przepisami odpowiedniego rozporządzenia wymagania.

Opinię prawną z dnia 7 marca 2016 r. wydaną przez A.N. – adwokata hiszpańskiego, skład orzekający Izby uznał za stanowisko składającego ją odwołującego.

Zarzuty:

- zaniechania rzetelnego zbadania zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez konsorcjum wykonawców: FBSerwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. w zakresie rażąco niskiej ceny
oraz
- zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych wyjaśnień, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia wszystkich informacji zawartych w tych dokumentach jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w szczególności nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa kalkulacje, o których mowa w art. 9m ustawy z dnia 13 września 2013 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2013 r. poz. 1399 ze zm.), zgodnie z którym prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest obowiązany przedstawić kalkulację kosztów zagospodarowania odpadów komunalnych

potwierdziły się częściowo.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 8 stycznia 2016 r. zamawiający, z powołaniem się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał konsorcjum do złożenia wyjaśnień, przy czym zamawiający nie podał, jakie okoliczności spowodowały skorzystanie z trybu wyjaśnień na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Przy piśmie z dnia 14 stycznia 2016 r. konsorcjum wykonawców: FBSerwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. (dalej także „konsorcjum”) złożyło dokument *Wyjaśnienia wykonawcy*, na który składały się:

- (w części wstępnej) zastrzeżenie informacji podanych w wyjaśnieniach dotyczących wysokości zaoferowanej ceny wraz z uzasadnieniem,
- wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej przez to konsorcjum ceny,
- dowody z dokumentów.

Pismem z dnia 15 lutego 2016 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego z *Wnioskiem o ujawnienie wyjaśnień i dokumentów konsorcjum, którego liderem jest FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie złożonych w niniejszym postępowaniu na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.*

Odpowiadając na ww. Wniosek odwołującego, w piśmie z dnia 16 lutego 2016 r., zamawiający odmówił udostępnienia wyjaśnień i dokumentów konsorcjum, uzasadniając także, że *„dokonał oceny treści w/w wyjaśnień i uznał, że wykonawca skutecznie zastrzegł w/w informacje jako tajemnice przedsiębiorstwa. Wykonawca w treści wyjaśnień udowodnił i odpowiednio udokumentował zaistnienie przesłanek uznania w/w informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”*.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania rzetelnego zbadania zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji zawartych w wyjaśnieniach złożonych w zakresie rażąco niskiej przez konsorcjum odwołujący nie zaprezentował żadnych okoliczności zarzut uzasadniających, nie zaprezentował także żadnej argumentacji, poprzestając na zacytowaniu fragmentów orzeczeń w częściach zawierających rozważenia wstępne o ogólnym charakterze, z którymi nie sposób zresztą się nie zgodzić jak choćby to, iż obowiązkiem zamawiającego jest dogłębna, zindywidualizowana analiza skuteczności dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia, czy też zasługujące na napiętnowanie próby wykonawców zastrzegania informacji w celu pozbawienia konkurencji możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej), co skłania do wniosku, że zarzut został podniesiony wyłącznie dlatego, że zamawiający nie udostępnił odwołującemu złożonych przez konsorcjum wyjaśnień.

Dostrzeżenia wymaga konieczność rozróżnienia informacji zawartych w składanych przez wykonawcę wyjaśnieniach na okoliczność charakteru zaoferowanej ceny od informacji uzasadniających zastrzeżenie tych pierwszych.

W przedmiotowym postępowaniu, w przypadku wykonawcy, który będzie zastrzegać informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w ofercie, zamawiający w SIWZ zażądał – obok dokonania samego zastrzeżenia – wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, skuteczność dokonanego zastrzeżenia jest poddana analizie i oceniona przez zamawiającego na podstawie informacji uzasadniających zastrzeżenia, nie zaś samodzielnie przez zamawiającego na podstawie samego charakteru zastrzeżonych informacji.

Stawiając zarzut nierzetelnego zbadania przez zamawiającego zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez konsorcjum odwołujący winien wskazać okoliczności faktyczne, co wymagało odniesienia się przez odwołującego do informacji uzasadniających zastrzeżenie.

Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu odwołujący nie zwracał się do zamawiającego o udostępnienie uzasadnienia dokonanego zastrzeżenia, wymaganego przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, a jedynie o udostępnienie wyjaśnień złożonych przez konsorcjum na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp („właściwych wyjaśnień”) i to także po uzyskaniu od zamawiającego odpowiedzi z dnia 16 lutego 2016 r., w której zamawiający oznajmił, że nie ujawni wyjaśnień i dokumentów, ponieważ konsorcjum – wykonawca zastrzegł je jako zawierające tajemnice przedsiębiorstwa oraz *„udowodnił i odpowiednio udokumentował zaistnienie przesłanek uznania w/w informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”*.

Tak bowiem (tj. jako wniosek o udostępnienie wyłącznie „właściwych wyjaśnień”) skład orzekający zakwalifikował wniosek odwołującego z dnia 15 lutego 2016 r. skierowany do zamawiającego, tj. *„Wniosek o ujawnienie wyjaśnień i dokumentów konsorcjum, którego liderem jest FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie złożonych w niniejszym postępowaniu na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp”*, ponieważ przesądza o tym wskazana podstawa prawna, tj. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Fakt, że informacje – uzasadnienie zastrzeżenia oraz informacje zastrzeżone zostały ujęte w ramach jednego dokumentu (*„Wyjaśnienia wykonawcy”*) w żadnym razie konieczności dokonania ww. rozróżnienia nie znosi.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania rzetelnego zbadania zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez konsorcjum nie potwierdził się.

Uwzględniając, iż zarzut zaniechania odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez konsorcjum wyjaśnień został oparty o okoliczność faktyczną, iż w wyjaśnieniach konsorcjum znalazła się informacja o kosztach zagospodarowania odpadów komunalnych w instalacjach, do których wykonawca zobowiązany jest przekazywać odebrane odpady (zmieszane, zielone, selektywnie zebrane), która jest informacją jawną, ponieważ instalacje te *„stosują powszechnie dostępne cenniki, czy też oferują wykonanie usług*

zagospodarowania odpadów za identyczne ceny wszystkim zainteresowanym” (str. 12 odwołania) skład orzekający Izby uznał, że zarzut częściowo się potwierdził.

Abstrahując od prawdziwości twierdzenia odwołującego, że instalacje „oferują wykonanie usług zagospodarowania odpadów za identyczne ceny wszystkim zainteresowanym” skład orzekający Izby ustalił, że w wyjaśnieniach złożonych przez konsorcjum znalazła się informacja o kosztach zagospodarowania odpadów komunalnych w ww. instalacjach odwołująca się do cennika – wysokości opłat wskazanych w *Zarządzenia Nr 1551/VII/15 Prezydenta Miasta Łodzi z dnia 22 lipca 2015 r. w sprawie wysokości opłat za korzystanie z obiektów i instalacji służących do zbierania, unieszkodliwiania i przetwarzania odpadów komunalnych*, wobec czego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający naruszył – poprzez zaniechanie udostępnienia odwołującemu tej informacji przepis art. 8 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Przy czym skład orzekający Izby zaznacza, że podziela stanowisko przystępującego, który argumentował (Pismo z dnia 7 marca 2016 r., II): *„Na cenę ofertową – poza cenami usług zagospodarowania określonych odpadów – składa się cały szereg innych elementów kosztotwórczych, takich jak np. koszty utrzymania bazy, koszty logistyki, koszty zatrudnienia pracowników itd. Ewentualna dostępność pewnej części informacji dotyczącej kalkulacji ceny ofertowej nie oznacza wcale – co zdaje się wywodzić Odwołujący – aby automatycznie jawna stawała się całość kalkulacji ceny ofertowej”*.

Jednocześnie, oceniając prawidłowość czynności zamawiającego, polegającej na zaniechaniu udostępnienia odwołującemu informacji zawartych w wyjaśnieniach złożonych przez konsorcjum przy piśmie z dnia 14 stycznia 2016 r. na wezwanie zamawiającego z dnia 8 stycznia 2016 r., w świetle uzasadnienia konsorcjum, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że większość zastrzeżonych przez konsorcjum informacji to takie, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i wymagają ochrony.

I chociaż także inne informacje (inne niż cenniki) ujęte w wyjaśnieniach konsorcjum, nie mogą być zakwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa, to jednak udostępnienie tych informacji nie może mieć wpływu na wynik postępowania, polegający na wyborze oferty konsorcjum w Części 1 zamówienia, ponieważ ogólny ich charakter nie może prowadzić do zakwestionowania realnego charakteru ceny ofertowej konsorcjum.

Z tego względu skład orzekający Izby, pomimo częściowego potwierdzenia się zarzutu, nie uwzględnił odwołania, a w konsekwencji nie nakazał zamawiającemu udostępnienia jakichkolwiek informacji zawartych w wyjaśnieniach konsorcjum złożonych przy piśmie z dnia 14 stycznia 2016 r.

Skład orzekający Izby nie dopuścił dowodu z dokumentu – pismo Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Łódź Sp. z o.o. z dnia 29 lutego 2016 r. na okoliczność jawnego charakteru cen przeładunku odpadów, ponieważ okoliczność objęcia wyjaśnieniami konsorcjum z dnia 14 stycznia 2016 r. informacji o przeładunku odpadów nie stanowiła podstawy zarzutu.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: FBSerwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. na 1 Część zamówienia (sektor Bałuty) pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 8 stycznia 2016 r. zamawiający, z powołaniem się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał konsorcjum do złożenia wyjaśnień, przy czym zamawiający nie podał, jakie okoliczności spowodowały skorzystanie z trybu wyjaśnień na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Przy piśmie z dnia 14 stycznia 2016 r. konsorcjum wykonawców: FBSerwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. (dalej nadal „konsorcjum”) złożyło *Wyjaśnienia wykonawcy*, na które składały się:

- (w części wstępnej) zastrzeżenie informacji podanych w wyjaśnieniach dotyczących wysokości zaoferowanej ceny wraz z uzasadnieniem,
- wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej przez to konsorcjum ceny,
- dowody z dokumentów.

Zamawiający uznał dokonane zastrzeżenia za skuteczne.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zarzut odwołującego został oparty o następujące okoliczności faktyczne:

- konsorcjum zaoferowało wykonanie zamówienia za cenę niższą o 30% od wartości zamówienia,
- cena ofertowa konsorcjum jest o 20% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert złożonych na tę część zamówienia,
- różnica cen ofertowych konsorcjum w przypadku porównywalnej z Częścią 1 Części 2 zamówienia wynosi 64,40 zł (podczas, gdy różnica cen w przypadku odwołującego wynosi jedynie 1,08 zł).

W toku rozprawy odwołujący wskazywał nowe okoliczności faktyczne stanowiące podstawę zarzutu (m.in. dotyczące kosztów paliwa, logistyki, przeładunku), które skład orzekający Izby ocenił jako próbę nieskutecznego poszerzenia podstaw odwołania.

Wnioski płynące z porównania ceny ofertowej konsorcjum do ustalonej przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT dla Części 1 zamówienia, do średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w Części 1 zamówienia, a także do ceny ofertowej konsorcjum złożonej w ramach Części 2 zamówienia (Widzew) same w sobie nie mogą uzasadniać twierdzenia, że cena zaoferowana przez konsorcjum w Części 1 zamówienia jest ceną rażąco niską, a co najwyżej mogą stanowić podstawę wszczęcia przez zamawiającego procedury wyjaśnienia ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Procedura taka została zresztą przez zamawiającego przeprowadzona.

Co więcej, porównywalność cen ofertowych sektora Bałuty i sektora Widzew nie została przez odwołującego wykazana – porównywalności obu sektorów nie można przyjmować z tego tylko powodu, że w obu częściach przedmiotem był odbiór i zagospodarowanie odpadów (w odróżnieniu od pozostałych trzech części, w którym przedmiot ograniczał się do odbioru odpadów). Odwołujący nie wykazał, że porównywalność ta występuje pomimo, iż długość ulic na terenie sektora Bałuty (487 km) jest większa (o ponad 7%) niż długość ulic na terenie sektora Widzew (449,3 km) – co zamawiający wskazał w opisie przedmiotu zamówienia odnoszącym się do Części 1 i 2 zamówienia, a co musi mieć wpływ na wyższe na koszty świadczenia usługi, w tym koszty paliwa, a nadto wymaga wykorzystania (minimum określone przez zamawiającego) więcej (o 4) pojazdów z funkcją kompaktującą, co także musi mieć wpływ na wyższe koszty.

Odwołujący nie wykazał także, że konsorcjum nie dokonało „rozeznania rynku jeżeli chodzi o koszty zagospodarowania odpadów na terenie województwa łódzkiego” w drodze zapytań do podmiotów wskazanych przez konsorcjum w *Formularzu ofertowym* jako prowadzących instalacje, ponieważ – na co wskazywał przystępujący w swoim pisemnym stanowisku (Pismo z dnia 7 marca 2016 r., III lit.c) jest to tylko „jeden ze sposobów”.

Nadto zgodzić należy się z twierdzeniem przystępującego, iż „*Uzyskiwanie informacji o cenach zagospodarowania odpadów jest o tyle proste, iż – jak wyjaśniał to sam Odwołujący – jest to informacja powszechnie dostępna*”.

Skład orzekający Izby dał wiarę oświadczeniu przystępującego, który po raz pierwszy uczestniczy w postępowaniu przetargowym dotyczącym terenu gminy tego zamawiającego, że poprzez kierowanie zapytań chciał uniknąć ujawnienia zamiaru ubiegania się o to zamówienie (Pismo z dnia 7 marca 2016 r., III lit. c), a nadto, że „*posiada wypracowane metody*

pozyskiwania informacji niezbędnych do kalkulacji ceny ofertowej (Pismo z dnia 7 marca 2016 r., III lit.c).

Kwestionowanie zaoferowanej przez konsorcjum ceny wyłącznie w oparciu o ww. porównania, które – jak wskazano – stanowić mogą co najwyżej podstawę wszczęcia przez zamawiającego procedury wyjaśnienia ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz na podstawie niewykazanego braku rozeznania przez konsorcjum cen zagospodarowania odpadów nie może odnieść skutku w postaci uznania ceny ofertowej konsorcjum w Części 1 zamówienia jako rażąco niskiej.

Ponieważ podniesione w odwołaniu okoliczności faktyczne uzasadniają co najwyżej wszczęcie postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp lub nie zostały przez odwołującego wykazane, a dokonana przez skład orzekający Izby ocena skutecznie zastrzeżonych jako zawierających informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa wyjaśnień konsorcjum i załączonych doń dowodów, złożonych przy piśmie z dnia 14 stycznia 2016 r., pozwala na uznanie, że konsorcjum wykazało, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (ze względu na przyjęte założenia co do sposobu realizacji zamówienia i odpowiadające mu koszty, a także wskazaną marżę) uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby oddalił wniosek odwołującego o powołanie biegłego, ponieważ dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, opartej na wskazanych przez odwołującego do uwzględnienia okoliczności, nie mogłaby prowadzić do wykazania, że cena ofertowa konsorcjum jest cena rażąco niską – nie byłaby oparta o wszystkie informacje i założenia konieczne do uwzględnienia przy kwalifikacji ceny ofertowej konsorcjum jako rażąco niskiej, w szczególności pomijałaby treść złożonych przez konsorcjum wyjaśnień z dnia 14 stycznia 2016 r.

Skład orzekający Izby nie dopuścił dowodów z:

- umowy Nr 272.2.22.2015 z dnia 26 czerwca 2015 r. zawartej pomiędzy Prezydentem Miasta Łodzi a wykonawcą Tonsmeier Centrum Sp. z o.o. z Kutna w wyniku zamówienia z wolnej ręki (sektor Bałuty), a w konsekwencji także pisma wskazanej spółki z dnia 29 lutego 2016 r. oraz sporządzonej przez odwołującego na jego podstawie „kosztochłonności sektora Bałuty,
- umowy Nr 272.2.26.2015 z dnia 26 czerwca 2015 r. zawartej pomiędzy Prezydentem Miasta Łodzi a wykonawcą Remondis Sp. z o.o. z Warszawy w wyniku zamówienia z wolnej ręki (sektor Widzew),
- ogłoszeń: o zamówieniu (2015/S 078-138418, 237912-2015), o udzieleniu zamówienia (2013/S 130-224955, 2013/S 130-224940, 2014/S 232-409579, 2014/S 232-409634,

2015/S 128-235974, 2015/S 133-246160), o wyborze najkorzystniejszej oferty z 13.10.2015 r. w sprawie ZP/2/2015 w postępowaniu prowadzonym przez zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z Krośniewic oraz z 23.12.2015 r. w postępowaniu prowadzonym przez MPO Łódź Sp. z o.o.), Formularza ofertowego z postępowania prowadzonego przez MPO Łódź Sp. z o.o. na odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 12 12, z a w konsekwencji z „Porównania wysokości wynagrodzeń za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w Łodzi – sektory Bałuty i Widzew od 1 lipca 2013 r.”,

ponieważ odwołujący nie wykazał, że ww. ogłoszenia, umowy dotyczą postępowań porównywalnych do przedmiotowego.

Porównywalności tych postępowań z przedmiotowym (co do cen) nie można uznać w sytuacji, gdy były prowadzone w niekonkurencyjnym trybie zamówienia z wolnej ręki, tj. bez konieczności poddania ofert ocenie według wskazanych przez zamawiającego kryteriów, innych niż jedynie cena, ujmowały inną częstotliwość odbierania odpadów, czy dotyczyły innego, niż komunalne, rodzaju odpadów (19 12 12).

Nadto, o czym była mowa powyżej, porównywalność sektorów Bałuty i Widzew nie została także przez odwołującego wykazana.

Z tego powodu, iż nie wykazano porównywalności sektorów Bałuty i Widzew skład orzekający Izby nie dopuścił także dowodu z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia (2013/S 130-224955) oraz Formularza ofertowego z postępowania prowadzonego przez Miasto Łódź DOA-ZP-V.271.2.16.2013, złożonych na rozprawie przez przystępującego.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: FBSerwis S.A. oraz CESP A Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. na 1 Część zamówienia (sektor Bałuty) pomimo, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący, stawiając zarzut przyjął, że uzasadnia go zaferowanie przez konsorcjum ceny rażąco niskiej w Części 1 zamówienia oraz gołosłownie stwierdził, że zaferowana przez konsorcjum cena jest ceną dumpingową

Wobec uznania, że oferta konsorcjum nie zawiera ceny rażąco niskiej oraz wobec gołosłowności twierdzenia co do zaferowania przez konsorcjum ceny dumpingowej skład orzekający Izby uznał także, że zarzut złożenia przez konsorcjum ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: FBSerwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. na 1 Część zamówienia (sektor Bałuty) pomimo zaoferowania przekazywania odpadów do podmiotów nie będących instalacjami lub podmiotów/instalacji nieistniejących, nie spełniających wymagań z pkt. I 3. Załącznika nr 1 do SIWZ (OPZ) oraz pomimo zaoferowania wykonywania przedmiotu zamówienia niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21 ze zm.) oraz przepisami ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, ewentualnie zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty w tym zakresie nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający zażądał wskazania przez wykonawcę w *Formularzu ofertowym* (wzór stanowił Załącznik nr 2 do SIWZ) wskazania instalacji, do których będzie przekazywał odebrane odpady komunalne, nie żądając przy tym wskazania minimalnej liczby (powyżej 1) oraz nie ograniczając ich maksymalnej liczby.

Zgodnie z odpowiedzią udzieloną przez zamawiającego w ramach wyjaśnień treści SIWZ (pismo z dnia 11 grudnia 2015 r.): „*Zamawiający potwierdza, że Wykonawca będzie mógł kierować odpady komunalne do niektórych lub wszystkich wskazanych przez siebie instalacji*”.

Konsorcjum wskazało w swoim Formularzu ofertowym 13 pozycji, w tym instalacje:

- Amest Kamieński sp. z o.o., Ruszczyń, gm. Kamieńsk (poz. 3) – instalacja zastępcza dla regionu IV,
- ZUK Sp. z o.o. Krośniewice, Franki, gm. Krośniewice (poz. 5) – instalacja zastępcza dla regionu IV.

Zastrzeżenia odwołującego (różnego rodzaju) dotyczyły pozycji 1, 6, 11 i 12 *Formularza ofertowego* konsorcjum.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Uznać należy, skoro zamawiający, żądając wskazania przez wykonawcę w *Formularzu ofertowym* instalacji, do których ten będzie przekazywał odebrane odpady komunalne, nie zastrzegł minimalnej ich liczby, a konsorcjum wskazało instalacje Amest Kamieński sp. z o.o., Ruszczyń, gm. Kamieńsk oraz instalację ZUK Sp. z o.o. Krośniewice, Franki, gm. Krośniewice, z których żadna nie była przez odwołującego kwestionowana, że konsorcjum zaoferowało wykonywanie przedmiotu zamówienia w zgodzie z wymaganiami zamawiającego (pkt I. 3 Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ dla sektora Bałuty).

Złożone przez odwołującego na rozprawie pismo EKO-REGION Sp. z o.o. z Bełchatowa z dnia 26 lutego 2016 r. dotyczące instalacji zlokalizowanej przy ulicy Czaplinieckiej w Bełchatowie oraz Plan Gospodarki Odpadami Województwa Łódzkiego 2012 nie odnosiły się do żadnej z ww. instalacji.

Zarzut zaniechania wezwania konsorcjum wykonawców: FBSerwis S.A. oraz CESP A Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. do przedłożenia dokumentu pełnomocnictwa do złożenia oferty w imieniu konsorcjantów, co skutkowało dokonaniem wyboru jako najkorzystniejszej oferty nieważnie złożonej, a to wobec braku podpisu pod ofertą osoby upoważnionej do reprezentowania konsorcjum, konsekwencją czego było zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tj. jako nieważnej na podstawie art. 104 Kc nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Konsorcjum złożyło pełnomocnictwo udzielone na rzecz spółki handlowej prawa polskiego FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie, tj. udokumentowaną przez sekretarza A.J.G.L. w dniu 3 czerwca 2013 r. w formie aktu notarialnego uchwałę zarządu spółki Cespa Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. (w języku hiszpańskim wraz z tłumaczeniem na język polski – str. 14-37 oferty), podjętą na zgromadzeniu, które odbyło się w dniu 30 maja 2013 r., do której załączono zaświadczenie z dnia 30 maja 2013 r. podpisane przez Prezesa S.O.P. oraz przez sekretarza A.J.G.L., zgodnie z którym dnia 30 maja 2013 r. odbyło się Zgromadzenie Zarządu Spółki z udziałem wszystkich członków zarządu:

- S.O.P.,
 - F.J.G.C.M.
 - F.J.L.B.,
 - A.J.G.L.,
- podczas którego zarząd jednogłośnie uchwalił:
- udzielić pełnomocnictwa specjalnego na rzecz spółki handlowej prawa polskiego FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie (wskazano zakres),
 - upoważnić Prezesa S.O.P. i Sekretarza Zarządu A.J.G.L., aby jeden z nich, mógł udokumentować uchwały podjęte podczas tego posiedzenia.

Konsorcjum złożyło także zaświadczenie z Rejestru Handlowego w Barcelonie z dnia 7 lipca 2015 r. w języku hiszpańskim wraz z tłumaczeniem na język polski (str. 101-106 oferty), zgodnie z którym członkami zarządu spółki Cespa Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. są:

- S.O.P. – mianowany 21 maja 2012 r., okres trwania kadencji: 21 maja 2017 r.,
- A.J.G.L. – mianowany 19 czerwca 2013 r., okres trwania kadencji: 19 czerwca 2018 r.,
- J.I.G.N. – mianowany 5 kwietnia 2013 r., okres trwania kadencji: 5 kwietnia 2018 r.,
- F.J.G.C.M. – mianowany 23 maja 2014 r., okres trwania kadencji: 23 maja 2019 r.

Pismem z dnia 19 stycznia 2016 r. konsorcjum zostało wezwane do złożenia wyjaśnień: "Pan F.J.G.C.M. został mianowany na członka Zarządu dopiero 23.05.2014 r., więc dlaczego jego podpis jako członka Zarządu widnieje pod pełnomocnictwem specjalny wydany dla FB Serwis sporządzonym w dniu 30.05.2013r. ?

Pan J.I.G.N. został mianowany na członka Zarządu 05.04.2013r., a z treści załączonego pełnomocnictwa specjalnego wydanego dla FB Serwis wynika, że stawili się wszyscy Członkowie Zarządu Spółki, a wśród nazwisk nie widnieje Pan J.I.G.N. ?"

W piśmie z dnia 22 stycznia 2016 r. lider konsorcjum oświadczył, że *"badanie poprawności pełnomocnictwa zweryfikowanego przez notariusza państwa, zgodnie z prawem którego funkcjonuje dany podmiot jest całkowicie nieuprawnione, ponieważ pełnomocnictwo korzysta z domniemania poprawności"* oraz wyjaśnił, że *"złożony wraz z ofertą aktualny odpis z hiszpańskiego rejestru handlowego, z dnia 7 lipca 2015 r. obejmuje jedynie ostatnie kadencje, na które zostali wybrani poszczególni członkowie zarządu spółki CESPА, nie wskazując jednocześnie, czy dany członek zarządu pełnił tę funkcję wcześniej"*.

Pismem z dnia 26 stycznia 2016 r. zamawiający wezwał konsorcjum do złożenia dodatkowych wyjaśnień, tj. czy Pan S.O.P., Pan F.J.G.C.M., Pan F.L.B. oraz Pan A.J.G.L. na dzień sporządzenia pełnomocnictwa specjalnego dla FBSerwis, tj.30.05.2013 r. pełnili funkcję członków Zarządu, a tym samym byli umocowani do podpisania takiego dokumentu.

Odpowiadając na ponowne wezwanie konsorcjum, w piśmie z dnia 28 stycznia 2016 r., podało, że na dzień 30 maja 2013 r. Zarząd spółki CESPА składał się z następujących członków:

- S.O.P.,
- F.J.G.C.M.,
- J.G.L.,
- J.I.G.N..

Oświadczyło także, że *"W zaświadczeniu przedstawionym notariuszowi (...) znalazła się omyłka pisarska – na liście uczestników posiedzenia zamiast pana J.I.G.N. został wskazany"*

pan J.L.B., który w dacie posiedzenia nie był członkiem zarządu CESPА. Niemniej jednak w rzeczywistości w posiedzeniu Zarządu, na którym Pełnomocnictwo zostało udzielone, uczestniczył Pan J.I.G.N. – a więc osoba, która była wówczas członkiem Zarządu CESPА”.

Zaprezentował stanowisko, że „wspomniana omyłka pisarska w treści załączonego do oferty Pełnomocnictwa w żaden sposób na skuteczność udzielonego pełnomocnictwa nie wpływa” oraz, że „gdyby w posiedzeniu nie brali (uwaga Izby: pominięto „udziału”) wszyscy członkowie zarządu CESPА, uchwała w sprawie udzielenia pełnomocnictwa zostałaby udzielona skutecznie, gdyż zachowana zostałaby wymaga większość głosów”.

Oświadczyło także, że „w posiedzeniu wzięli udział wszyscy członkowie wchodzący w skład zarządu na dzień 30 maja 2013r., co potwierdza oryginalny protokół posiedzenia zarchiwizowany w aktach posiedzeń zarządu Spółki CESPА”.

Poinformował także, że „akt notarialny dotyczący potwierdzenia udzielenia pełnomocnictwa został odpowiednio poprawiony”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Złożone pełnomocnictwo to dokument urzędowy – akt notarialny, który (także na gruncie prawa hiszpańskiego, co nie było kwestionowane) korzysta z domniemania zgodności z prawdą tego, co zostało w nim urzędowo zaświadczone.

Fakt, że do pełnomocnictwa załączono zaświadczenie dotyczące posiedzenia Zarządu spółki CESPА w dniu 30 maja 2013 r., w którym podano inny skład zarządu niż wskazany w dokumencie rejestrowym z 2015 r. dołączonym do oferty (w innym zresztą celu niż ustalenie składu zarządu, tj. w celu stwierdzenia, że w stosunku do wykonawcy nie otwarto likwidacji lub nie ogłoszono jego upadłości – co wynika z postanowienia 6.3.1 SIWZ) nie obala wskazanego domniemania, a co najwyżej usprawiedliwia skierowanie przez zamawiającego do konsorcjum wezwania do złożenia wyjaśnień.

Dodatkowo podkreślić należy, że prawidłowy skład zarządu na posiedzeniu w dniu 30 maja 2013 r. został potwierdzony przez notariusza sporządzającego akt notarialny w dniu 3 czerwca 2013 r., w akcie sprostowania pełnomocnictwa specjalnego w dniu 28 stycznia 2016 r. (dokument został złożony do Prezesa KIO przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem w sprawie KIO 243/16) – w którym ujęto: *„W tekście zaświadczenia załączonego do wspomnianego aktu został popełniony błąd przy przepisywaniu protokołu, polegający na tym, że jako członek zarządu spółki został wpisany „Pan F.J.L.B.”, kiedy ten nie sprawował już tego stanowiska, a członek zarządu, który w rzeczywistości był obecny, to „Pan J.I.G.N.”, jak wynika z oryginalnego protokołu sporządzonego na wspomnianym posiedzeniu Zarządu, który mi okazuje i który zwracam, oraz jak powinno być zostać zapisane w wyżej wymienionym zaświadczeniu”.*

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że spółka CESPА skutecznie umocowała FBSerwis z Wareszawy, a w konsekwencji, że oferta została podpisana przez osobę upoważnioną do reprezentowania konsorcjum.

Zarzut dokonania dwukrotnego wezwania konsorcjum do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie tych samych okoliczności, czym naruszył zasadę równego traktowania wykonawców nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Bezsporny był fakt, że zamawiający kierował do konsorcjum wezwania do złożenia wyjaśnień w pismach z dnia 19 stycznia 2016 r. i 26 stycznia 2016 r.

Odwołujący gołostownie twierdził, że wezwania były kierowane do konsorcjum „w zakresie tych samych okoliczności” – to, że, jak podał odwołujący, wezwania dotyczyły „osób umocowanych do podpisania pełnomocnictwa w imieniu CESPА” nie oznacza jeszcze, że wyjaśniani podlegały te same okoliczności.

Przede wszystkim jednak podnieść należy, w zgodzie z jednolitym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, że przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie limituje liczby kierowanych przez zamawiającego do wykonawcy wezwań do składania wyjaśnień, a odwołujący nie wskazał, na czym polegać by miało w tym przypadku naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Wobec tego uznać należy, że działania zamawiającego zgodne z ww. przepisem – kwestie wezwań regulującym, nie mogą prowadzić do przypisania zamawiającemu naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Jak trafnie wskazał przystępujący „W orzecznictwie przyjmuje się, iż zakaz ponawiania dotyczy tylko czynności określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (wezwanie do uzupełnienia dokumentów, nie rozciąga się natomiast na czynność wyjaśnienia (26 ust. 4 ustawy PZP)” – (Pismo przystępującego z dnia 7 marca 2016 r., VII).

Dostrzeżenia nadto wymaga, że niezależnie od liczby kierowanych przez zamawiającego do wykonawcy wezwań w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, obowiązek zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie zostaje zniesiony.

Zarzut zaniechania należytego wykonania obowiązków kontrolnych w zakresie zbadania sytuacji podmiotowej wykonawców FBSerwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A., w szczególności posiadanych przez nich uprawnień do wykonywania działalności oraz potencjału technicznego oraz zaniechania wykluczenia tego konsorcjum, które nie spełnia warunków udziału w postępowaniu związanych z posiadaniem uprawnień do wykonywania działalności będącej przedmiotem zamówienia oraz nie dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Części 1 zamawiający, w zakresie uprawnień do wykonywania działalności, zażądał jedynie posiadania aktualnego zezwolenia na transport odpadów wydanego przez właściwy organ na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. Nr 21 z późn. zm.) lub równoważnego, wydanego na podstawie wcześniejszych przepisów (pkt 5.1.1. SIWZ) oraz zażądał, w zakresie potencjału technicznego, dysponowania przez wykonawcę pojazdami o różnych funkcjach w łącznej ilości 21 (pkt 5.1.3. SIWZ).

W SIWZ, w szczególności w pkt. 5 SIWZ *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny i spełniania tych warunków* zamawiający nie wprowadził warunku posiadania wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 9c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 250) oraz nie wprowadził warunku posiadania przez wykonawcę bazy magazynowo-transportowej.

Oczekiwania zamawiającego co do potencjału technicznego wykonawcy ograniczało się do dysponowania pojazdami o różnych funkcjach we wskazanych ilościach.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Badanie sytuacji podmiotowej wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polega na sprawdzeniu w sposób przewidziany w SIWZ (wcześniej w ogłoszeniu o zamówieniu), że nie później niż na dzień składania ofert wykonawca spełniania postawione przez zamawiającego w SIWZ (wcześniej w ogłoszeniu o zamówieniu) warunki udziału w postępowaniu, w tym tzw. warunki podmiotowe – zarówno warunki udziału w postępowaniu, jak i opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków zamawiający ma obowiązek ująć w treści ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w SIWZ (art. 41 pkt 7 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w Części 1 zamawiający – jak wskazano powyżej – w zakresie uprawnień do wykonywania działalności,

zażądał jedynie posiadania aktualnego zezwolenia na transport odpadów wydanego przez właściwy organ na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. Nr 21 z późn. zm.) lub równoważnego wydanego na podstawie wcześniejszych przepisów, zaś w zakresie potencjału technicznego zażądał dysponowania pojazdami o różnych funkcjach w łącznej ilości 21.

Tymczasem odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechania zbadania posiadania przez konsorcjum – na dzień składania ofert – posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej, którego to zamawiający w SIWZ nie przewidział oraz zbadania posiadania przez konsorcjum na dzień składania ofert bazy transportowo-materiałowej spełniającej przewidziane prawem warunki, czego także zamawiający w SIWZ nie przewidział.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby uznał, że zamawiającemu nie można przypisać zaniechania w zakresie zbadania sytuacji podmiotowej konsorcjum, ponieważ badanie sytuacji podmiotowej konsorcjum w oparciu o inne warunki niż te, które zostały ustalone przez zamawiającego w ramach tego postępowania jest niedopuszczalne i stanowiłoby naruszenie przez zamawiającego zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Dodatkowo jedynie skład orzekający Izby wskazuje, że:

- zamawiający negatywnie odpowiedział na podjętą przez odwołującego (pismo Remondis z dnia 20 listopada 2015 r.), na etapie przed terminem składania ofert, próbę poszerzenia warunków udziału w postępowaniu, poprzez wprowadzenie wymogów dotyczących posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (odpowiedź nr 2 – pismo zamawiającego z dnia 11 grudnia 2016 r.),
- nie wyraził także zgody, wbrew oczekiwaniu odwołującego zawartemu w piśmie z dnia 20 listopada 2015 r., na „*wprowadzenie na etapie warunków udziału w postępowaniu wymogów dotyczących posiadania przez podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości bazy magazynowo – transportowej spełniającej wymagania sprecyzowane w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości*” (odpowiedź nr 5 – pismo zamawiającego z dnia 11 grudnia 2015 r.).

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców: FBSerwis S.A. oraz CESP A Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A., której treść była niezgodna z treścią SIWZ ze względu na brak posiadania bazy magazynowo-transportowej niezbędnej do świadczenia usług będących przedmiotem zamówienia odpowiadającej wymogom SIWZ wskazanym w art. 13 Opisu Przedmiotu Zamówienia, we

wzorze Umowy stanowiącej Załącznik nr 8 do SIWZ oraz wymogom wynikającym z Rozporządzenia z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 poz. 122) nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W pkt 5 SIWZ *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny i spełniania tych warunków* zamawiający nie wprowadził warunku posiadania bazy magazynowo-transportowej, a oczekiwania zamawiającego co do potencjału technicznego wykonawcy ograniczało się do dysponowania pojazdami o różnych funkcjach we wskazanych ilościach.

W Załączniku nr 1 do SIWZ, odnoszącym się do sektora Bałuty zamawiający zawarł *Opis przedmiotu zamówienia*, a w nim – w pkt 13 *Obowiązki Wykonawcy w zakresie posiadania sprzętu i bazy magazynowo-transportowej* lit. f wskazał, że wykonawca zobowiązany jest „*posiadać bazę magazynowo transportową usytuowaną w mieście Łodzi lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy miasta*”.

Zamawiający nie żądał także wskazania bazy materiałowo-transportowej w treści oferty.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zarzut odwołującego oparty został na założeniu, że obowiązkiem wykonawcy było posiadanie bazy magazynowo-transportowej w terminie składania ofert, co jest założeniem błędnym, a to z tego względu, że nie znajduje potwierdzenia w postanowieniach SIWZ.

Wskazany przez odwołującego pkt 13 Załącznika nr 1 dotyczy jednak etapu świadczenia oczekiwanej przez zamawiającego usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych – cały Załącznik nr 1 to opis przedmiotu zamówienia, a więc opis tego co i jak winien świadczyć zwycięski wykonawca w toku realizacji usługi.

Nadto, co podnosiło konsorcjum w piśmie z dnia 22 stycznia 2016 r.: „*brak obowiązku posiadania bazy na dzień składania ofert wynika także z braku wymogu posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej na dzień składania ofert*”.

Skłania to do przyznania racji przystępującemu, który stanął na stanowisku, że „*Odwołujący nie dostrzega tym samym różnicy pomiędzy etapem Postępowania, na którym zamawiający bada dysponowanie przez wykonawców odpowiednim potencjałem i określa warunki udziału w postępowaniu, a etapem realizacji zamówienia, na którym wykonawca obowiązany jest do realizacji umowy zgodnie z OPZ*” (Pismo zamawiającego z dnia 7 marca 2016 r. złożone na rozprawie, pkt IX).

Podanie przez konsorcjum – na wezwanie zamawiającego z dnia 19 stycznia 2016 r., (które to wezwanie nie znajdowało oparcia w treści SIWZ) – bazy w miejscowości Ruszczyn, gmina Kamieński było informacją dodatkową, nie ujętą w treści oferty konsorcjum i tym samym informacją, która nie mogła stanowić podstawy weryfikacji zgodności treści oferty konsorcjum z treścią SIWZ (w której zresztą wymogu posiadania bazy na dzień składania ofert nie zawarto).

Potwierdził to przed terminem składania ofert sam zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 5: „Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie na etapie warunków udziału w postępowaniu wymogów dotyczących posiadania przez podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości bazy magazynowo – transportowej spełniającej wymagania sprecyzowane w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości” (Pismo zamawiającego z dnia 11 grudnia 2015 r.).

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty tegoż konsorcjum z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ z zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania wykluczenia konsorcjum wykonawców: FBSerwis S.A. oraz CESPA Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. z postępowania wobec złożenia nieprawdziwych informacji dotyczących położenia bazy transportowo-magazynowej mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania nie potwierdził się.

Wobec braku obowiązku posiadania przez wykonawcę na dzień składania ofert bazy transportowo-magazynowej prawdziwość informacji co do odległości wskazanej przez wykonawcę, poza treścią oferty, bazy nie ma znaczenia, tym samym nie może mieć wpływ na wynik postępowania. Samo zaś badanie posiadania bazy w terminie składania ofert nie może stanowić podstawy do wykluczenia z postępowania, ponieważ warunku takiego zamawiający nie postawił.

Zarzuty zaniechania wykluczenia z postępowania konsorcjum wykonawców: FBSerwis S.A. oraz CESPA Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A.:

- wobec nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie niepodlegania wykluczeniu (nie wykazano, że konsorcjant CESPA Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A nie zalegał z uiszczeniem podatków oraz z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne na dzień składania ofert), ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentu dotyczącego tej spółki potwierdzającego nie zaleganie z uiszczeniem podatków lub zaniechania wezwania do wyjaśnień złożonego dokumentu i jego tłumaczenia na język polski,

- które nie wykazało braku podstaw do wykluczenia z postępowania, poprzez brak prawidłowej legalizacji dokumentów na dzień składania ofert, tj. brak dołączenia do tych dokumentów apostille z datą nie późniejszą niż na dzień składania ofert w sytuacji, gdy do czasu uzyskania apostille dokumenty pochodzące od organów Królestwa Hiszpanii nie mają waloru dokumentu i nie mogą być podstawą stwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania.
- z powodu przedłożenia dokumentów w nieprzepisanej prawem formie nie potwierdziły się.

Stan faktyczny był bezsporny.

Odwołujący utrzymywał, że opatrzenie zaświadczeń odnoszących się do hiszpańskiego partnera konsorcjum o niezaleganiu z podatkami oraz o niezaleganiu ze składkami na ubezpieczenie społeczne klauzulą apostille po terminie składania ofert (w lutym 2016 r.) dyskwalifikuje te dokumenty jako potwierdzające niepodleganie wykluczeniu na dzień składania ofert.

Odwołujący argumentował, że *„do czasu uzyskania apostille dokumenty pochodzące od organów Królestwa Hiszpanii nie mają waloru dokumentu i nie mogą być podstawą stwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania”*.

Skład orzekający Izby uznał, że względu na fakt, że w polskim systemie prawnym nie istnieją przepisy wymagające legalizacji dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, że złożone przez konsorcjum ww. zaświadczenia były dokumentami, który mogły stanowić (bez względu na to, że zostały opatrzone klauzulą apostille po terminie składania ofert) podstawę do oceny istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy.

Przypomnienia wymaga, że rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) reguluje, że *„Dokumenty są składane w oryginale lub w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę”* (§ 6 ust. 1) oraz że *„Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski”* (§ 6 ust. 4)

Uregulowania te nie różnicują przy tym formy „dokumentów polskich” i „dokumentów zagranicznych” (wystawionych przez podmioty z zagranicy), żądając jedynie dodatkowo w odniesieniu do „dokumentów zagranicznych”, aby zostały złożone wraz z tłumaczeniem na język polski (nie musi to być tłumaczenie sporządzone przez tłumacza przysięgłego).

Przywołane uregulowania należy rozumieć jako „przepisy prawne”, o których mowa w art. 3 zdanie drugie Konwencji znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych sporządzonej w Hadze dnia 5 października 1961 r., co przesądza o tym, iż

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poświadczenie klauzulą *apostille* nie może być wymagane.

Trafnie także podniósł przystępujący (Pismo z dnia 7 marca 2016 r., XII), że w postanowieniach SIWZ przedmiotowego postępowanie zamawiający nie wprowadził wymogu, iżby zagraniczne dokumenty urzędowe miały być składane z klauzulą *apostille*.

Skład orzekający Izby dodatkowo wskazuje, że pozwoliłoby to na ocenę przez Izbę zgodności takiego wymogu już przed upływem terminu składania ofert.

Zaznaczyć także należy, że w spornej kwestii wypowiedział się Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 7 czerwca 2010 r. sygn. akt XIX Ga 225/10, a nadto kilkakrotnie Izba (tytułem przykładu: wyrok z dnia 4 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO 643/09, KIO 656/09, wyrok z dnia 18 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO 1684/09, wyrok z dnia 29 marca 2010 r. sygn. akt KIO 303/10, KIO), oceniając że w polskim systemie prawnym nie istnieją przepisy wymagające poświadczania zagranicznych dokumentów urzędowych składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego klauzulą *apostille*.

Powyższe oznacza, iż nietrafione są zarzuty odwołującego dotyczące przedkładania zagranicznych dokumentów urzędowych z klauzulą *apostille*. Wymaganie takie jest tym bardziej nieuzasadnione, iż nie zostało przewidziane w treści SIWZ (choć nawet wówczas byłoby to wymaganie sprzeczne z obowiązującym prawem).

Podkreślana przez odwołującego okoliczność, że konsorcjum nie zakwestionowało zasadności wezwania zamawiającego „w trybie środków ochrony prawnej” (jak ustalił skład orzekający Izby, konsorcjum – w piśmie z dnia 8 lutego 2016 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie zamawiającego z dnia 2 lutego 2016 r. – podnosiło, że żądanie zamawiającego jest „całkowicie bezzasadne i w obowiązującym stanie prawnym nie znajduje żadnego uzasadnienia”) pozostaje bez znaczenia, ponieważ ocena spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu w sposób, jaki nie został ujawniony w treści SIWZ nie jest dopuszczalny jako sprzeczny z zasadami równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Zgodzić nadto należy się z przystępującym (Pismo z dnia 7 marca 2016 r., XI) zgodnie z którym: „*Kwestia ustalenia, kiedy dokumenty zostały opatrzone klauzulami apostille nie ma żadnego znaczenia dla ustalenia daty, na którą te dokumenty potwierdzają brak podstaw do wykluczenia konsorcjanta (...). To bowiem podmiot wystawiający te dokumenty weryfikuje okoliczność uiszczania podatków czy składek – robi to w dacie wydawania dokumentu i na tę datę zaświadcza potwierdzaną okoliczność – nie zaś urzędnik opatrujący później dokument klauzula apostille (ten ostatni weryfikuje tylko podpis, względnie również pieczęć, która na dokumencie widnieje)*”.

Odnosząc się do dostrzeżonych przez odwołującego niezgodności co do oznaczenia podmiotu, którego zaświadczenie dotyczy (str. 107-108 oferty: CESPА Compañia Española De

Servicios Publicos) oraz podmiotu – członka konsorcjum składającego ofertę (CESPA Compañía Española De Servicios Públicos Auxiliares S.A.) skład orzekający Izby wskazuje, że jego identyfikacja, na podstawie innych zindywidualizowanych danych – jak NIP: wskazany w samym zaświadczeniu oraz np. w Rejestrze Handlowym (str. 104 oferty) – nie nastręcza trudności.

Odnosząc się także do rozbieżności w tłumaczeniach zaświadczenia potwierdzającego, że spółka CESPA nie zalega z opłacaniem podatków w zakresie okresu ich ważności, polegającej na wskazaniu raz 12 miesięcy (str. 107-108 oferty), drugim 6 miesięcy (zaświadczenia załączone do odpowiedzi z dnia 8 lutego 2016 r.), skład orzekający Izby wskazuje, że oba okresy spełniają postawiony przez zamawiającego w SIWZ, a odpowiadający przepisom, wymóg (wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem składania ofert – pkt 6.3 SIWZ).

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby uznał, że żaden z ww. zarzutów nie potwierdził się.

Zarzut zaniechania wykluczenia konsorcjum wykonawców: FBSerwis S.A. oraz CESPA Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. pomimo nieprawidłowego wniesienia wadium nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z żądaniem zamawiającego wskazanym w pkt. 8.6. SIWZ: „*W przypadku składania przez Wykonawcę wadium w formie poręczenia lub gwarancji, dokumenty te powinny być sporządzone zgodnie z obowiązującym prawem i zawierać: co najmniej: (...) 8.6.5. zobowiązanie poręczyciela/gwaranta do zapłacenia kwoty wadium bezwarunkowo na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w sytuacji, jeżeli (...)*”

Konsorcjum wykonawców: FBSerwis S.A. oraz CESPA Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. złożyło wraz z ofertą – w odniesieniu do Części 1 zamówienia (sektor Bałuty) – Gwarancję Nr 550011059 wystawioną w dniu 15 grudnia 2015 r. przez Haltong Bank S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, w której znalazło się m.in. następujące postanowienie: „*Żądanie zapłaty powinno zostać nam przedłożone w siedzibie naszego Banku z potwierdzeniem przez bank Beneficjenta lub notariusza, że podpisy w oryginale widniejące na żądaniu zapłaty zostały złożone przez osoby uprawnione do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Beneficjenta*”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołujący nie kwestionował, że złożona przez konsorcjum gwarancja zapewniała zamawiającemu zaspokojenie się we wszystkich przypadkach wskazanych przez zamawiającego [pkt 8.6.5. (8.6.5.1. – 8.6.5.2.)], ale zakwestionował bezwarunkowy charakter złożonej przez konsorcjum gwarancji bankowej z tego względu, że wystawca gwarancji zastrzegł, że: *„Żądanie zapłaty powinno zostać nam przedłożone w siedzibie naszego Banku z potwierdzeniem przez bank Beneficjenta lub notariusza, że podpisy w oryginale widniejące na żądaniu zapłaty zostały złożone przez osoby uprawnione do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Beneficjenta”*.

W ocenie składu orzekającego Izby zastrzeżenie podpisania żądania zapłaty przez osoby uprawnione do zaciągania zobowiązań oraz potwierdzenia tegoż przez bank Beneficjenta lub notariusza nie czyni udzielonej gwarancji warunkową, ponieważ jest to wymóg, który nie dotyczy warunków zapłaty sumy gwarancyjnej (podstaw żądania zapłaty), ale ma wyłącznie charakter formalny odnoszący się do weryfikacji upoważnienia osób reprezentujących Beneficjenta.

Trafnie także przystępujący w swoim stanowisku (Pismo przystępującego z dnia 7 marca 2016 r.) podnosił, że *„wymóg zapisany w treści gwarancji jest mniejszy od sugerowanego przez Odwołującego”* – wymóg w treści gwarancji wskazuje na *„osoby uprawnione do zaciągania zobowiązań majątkowych”*, odwołujący zaś jako „akceptowalny” uznał wymóg podpisania żądania zapłaty przez osoby upoważnione do reprezentowania Beneficjenta w ogólności, tj. – jak wskazał – upoważnione *„do nabywania praw i zaciągania zobowiązań”* – str. 26 odwołania, drugi akapit: *„Zupełnie niezrozumiałą jest jednak wymóg by podpisy osób widniejących na żądaniu zapłaty zostały złożone nie przez osoby upoważnione do reprezentowania Beneficjenta w ogólności (tj. do nabywania praw i zaciągania zobowiązań), ale przez osoby uprawnione do zaciągania zobowiązań”*.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że konsorcjum wykonawców: FBSerwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. prawidłowo wniosło wadium, a zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia tegoż konsorcjum z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut wyboru jako najkorzystniejszej dla 1 Części zamówienia oferty konsorcjum wykonawców: FBSerwis S.A. oraz CESPА Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. podczas gdy podlega wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu z przyczyn wskazanych w zarzutach poprzednich nie potwierdził się.

Ponieważ skład orzekający Izby uznał, że brak było podstaw do wykluczenia konsorcjum z udziału w postępowaniu oraz do odrzucenia oferty tego konsorcjum, uznał także, że zarzut wyboru oferty konsorcjum w Części 1 zamówienia, jako najkorzystniejszej, nie potwierdził się

Zarzut zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej dla Części 1 zamówienia oferty odwołującego nie potwierdził się.

Ponieważ skład orzekający Izby uznał, że brak było podstaw do wykluczenia konsorcjum z udziału w postępowaniu oraz do odrzucenia oferty tego konsorcjum, a oferta tego wykonawcy w świetle przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą, uznał także, że zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej nie potwierdził się.

Na podstawie art. 192 ust. 8 ustawy Pzp skład orzekający Izby wydał orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b 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:

Członkowie:

.....