

WYROK

z dnia 5 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2013 r. przez Odwołującego – CTL Maczki – Bór SA w Sosnowcu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – TAURON Wytwarzanie S.A. w Katowicach

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu TAURON Wytwarzanie S.A. w Katowicach zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez dopuszczenie w Rozdziale I *Instrukcja dla wykonawców* pkt XX tego dokumentu - w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - możliwości łącznego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganych uprawnień do realizacji przedmiotu zamówienia w postaci pozwoleń administracyjnych oraz decyzji potwierdzających uprawnienia do realizacji przedmiotu zamówienia i spełnienia statusu „posiadacza odpadów” o kodzie, na który składana jest oferta (Rozdział I, pkt XX ust 2 pkt a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia), oraz wymagań dotyczących ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia (Rozdział I, pkt XX ust 2 pkt c, tiret 2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia);

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - TAURON Wytwarzanie SA w Katowicach i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – CTL Maczki – Bór SA w Sosnowcu, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego - TAURON Wytwarzanie SA w Katowicach, na rzecz Odwołującego – CTL Maczki – Bór SA w Sosnowcu, kwotę 18 854 zł 00 gr (osiemnastu tysięcy ośmiuset pięćdziesięciu czterech złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

I. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Odbiór i gospodarowanie mieszaniną popiołów lotnych z węgla i ubocznych produktów odsiarczania spalin metodą pól suchą o kodzie odpadu 10 01 82 w TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna - Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie oraz odbiór i gospodarowanie żużłem o kodzie odpadu 10 01 01 w TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna - Oddział Elektrownia Jaworzno III w Jaworznie i w TAURON Wytwarzanie Spółka Akcyjna – Oddział Elektrownia Łagisza w Będzinie*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 sierpnia 2013 r., a w dniu 9 sierpnia 2013 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ).

II. Odwołujący złożył odwołanie wobec brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zarzucając naruszenie:

- 1) art. 23 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 1) oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uzależnienie możliwości złożenia oferty przez kilku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia od posiadania określonych w SIWZ uprawnień przez każdego z tych wykonawców, co stoi w sprzeczności z art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uniemożliwia złożenie w postępowaniu ofert przez konsorcjum wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia zgodnie z jego opisem, a tym samym narusza fundamentalne zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
- 2) art. 23 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt 4) oraz art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uzależnienie możliwości złożenia oferty przez kilku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia od posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności przez każdego z tych wykonawców, co stoi w sprzeczności z art. 23 ust. 1

ustawy Prawo zamówień publicznych, co uniemożliwia złożenie w postępowaniu ofert przez konsorcjum wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia zgodnie z jego opisem, a tym samym narusza fundamentalne zasady prawa zamówień publicznych, tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

- 3) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 3 i ust. 2 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, na skutek nie uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a polegający na nieokreśleniu gwarantowanego w całym okresie trwania umowy minimalnego poziomu przekazywanych przez Zamawiającego Wykonawcy odpadów w ramach każdego zadania zamówienia; co skutkuje przeliczeniem całego ryzyka gospodarczego związanego z zamówieniem na Wykonawcę i stworzeniem skrajnej nieekwiwalentności świadczeń, a także niemożnością przygotowania i złożenia oferty postępowaniu, gdyż nie zostały określone warunki stanowiące podstawę skalkulowania oferowanej ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu;

- 1) zmiany Specyfikacji - Rozdziału I (Instrukcja dla Wykonawców) pkt XX („Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków”) ust. 3 w ten sposób, że w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki opisane w ust. 2a oraz 2c tiret drugi Wykonawcy wspólnie ubiegający o udzielenie zamówienia mogą spełniać łącznie;
- 2) określeniu w treści Specyfikacji gwarantowanego w całym okresie trwania umowy minimalnego poziomu przekazywanych przez Zamawiającego Wykonawcy odpadów w ramach każdej części zamówienia, a tym samym zmianę Specyfikacji - § 1 ust. 5 Rozdziału V („Wzór umowy dla Części I”) oraz § 1 ust. 6 Rozdziału V („Wzór umowy Część II” oraz „Wzór umowy Część III”) w ten sposób, iż zrzeczenie się roszczeń Wykonawcy związanych z ilościami odpadów przekazanych do zagospodarowania oraz w związku z kwotami wskazanymi w umowie nie będzie obejmować gwarancji Zamawiającego do wykonania umów na minimalnym, gwarantowanym poziomie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następującą argumentację:

W zakresie wymogu legitymowania się posiadaniem uprawnień przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, formułując wymogi, jakie muszą spełniać członkowie konsorcjum, zamierzający wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, Zamawiający zażądał, by każdy z członków Konsorcjum posiadał:

„Odpowiednie uprawnienia do realizacji przedmiotu zamówienia, tj. pozwolenia administracyjne oraz wszystkie właściwe decyzje potwierdzające uprawnienia do realizacji przedmiotu zamówienia i spełnienia statusu „posiadacza odpadów” o kodzie odpadu, na który składana jest oferta, w zakresie gospodarowania odpadami, określone w ustawie z dnia 14.12.2012 r. o odpadach (Dz. U. 2013 r. poz. 21 z późniejszymi zmianami)”.

Uzależnienie możliwości złożenia oferty przez kilku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia od posiadania określonych uprawnień przez każdego z tych wykonawców, nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych, a jedynie stanowi wymóg ograniczający konkurencję. Nie można się bowiem zgodzić z Zamawiającym, że uzasadniony jest wymóg posiadania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zezwoleniami, o których mowa powyżej. Dla oceny przedmiotowej sprawy zasadnicze znaczenie ma treść i cel art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych, który dopuszcza możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego. Istotą tego przepisu jest umożliwienie udziału w postępowaniu wykonawcom, którzy samodzielnie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, natomiast dzięki połączeniu swojego potencjału, są w stanie ubiegać się o zamówienie i dać rękojmię jego należytej realizacji. Zgodnie ust. 3 przywołanego powyżej przepisu, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z powyższego wynika, że konsorcjum biorące udział w postępowaniu, co do zasady winno być traktowane - w odniesieniu do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Prawo zamówień publicznych - jak jeden podmiot dysponujący określonym potencjałem w zakresie technicznym, kadrowym, wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, na który składa się potencjał poszczególnych członków konsorcjum. Tylko wówczas zachowany zostanie sens przepisów dopuszczających wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, a interpretacja przeciwna podważałaby ratio legis art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podkreślić należy, że konsorcjum jest ważną instytucją zapewniającą uczciwą konkurencję. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej utrwalił się pogląd, zgodnie z którym kryteria kwalifikacji wykonawców powinny być niedyskryminacyjne, nieograniczające konkurencję (tak KIO w wyroku z dnia 3 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 250/08). Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, jak i stanowiskiem prezentowanym w doktrynie (m.in. tak Józef Edmund Nowicki, „Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia”. Zamówienia publiczne Doradca, nr 10/2007, s.36), w przypadku ustanowienia przez zamawiającego warunku posiadania odpowiednich uprawnień (o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), przyjąć należy, że wystarczające jest wykazanie spełnienia danego warunku przez tego z członków

konsorcjum, który będzie faktycznie realizował część zamówienia, do której wykonania wymagane jest posiadanie uprawnień ustawowych (wyrok KIO z dnia 18 maja 2010 r., sygn. akt I KIO/UZP 786/10) Z uwagi na zróżnicowany charakter obowiązków przyszłego wykonawcy Zamówienia, możliwy byłby taki podział tych obowiązków pomiędzy członków konsorcjum, by wystarczające było posiadanie stosownych zezwoleń przez co najmniej jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a zatem że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia spełniali ten wymóg łącznie. Wymóg ten jest nieproporcjonalny, w związku z czym uznać należy, że narusza on zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, uniemożliwiając tym samym złożenie w postępowaniu oferty przez Odwołującego (tj. konsorcjum wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia zgodnie z jego opisem). Z przepisu art. 23 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych. wynika, że każdy z członków konsorcjum jest traktowany jako wykonawca, z tą jednak różnicą, że konsorcjanci składają wspólny wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ofertę, natomiast wymóg spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnosi się do konsorcjum jako całości, a nie do poszczególnych konsorcjantów (wyroki Zespołu Arbitrów: z dnia 20 września 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/O-I 144/07; z dnia 26 lipca 2006 r., sygn. akt UZP/ZO/O-2136/06).

Wymóg posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia Zamawiający, żądając od Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania przez każdego z tych Wykonawców ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, różnicuje wykonawców występujących wspólnie od podmiotów startujących samodzielnie, na niekorzyść tej pierwszej grupy. Takie podejście Zamawiającego stoi w sprzeczności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie, „w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, potencjał finansowy konsorcjantów może być badany łącznie (właśnie celem powstania konsorcjów jest wspólne posługiwanie się posiadany przez uczestników konsorcjum potencjałów technicznych i finansowych), a więc możliwość sumowania potencjału obejmuje również posługiwanie się polisą ubezpieczeniową (podobnie jak można np. sumować zdolność kredytową czy posiadane środki poszczególnych konsorcjantów).(...) Zatem możliwość złożenia polisy na wymaganą przez Zamawiającego kwotę przez tylko jednego z uczestników konsorcjum wynika wprost z przepisów” (wyrok KIO z dnia 02.09.2009 r., KIO/UZP 1085/09). Podobne stanowisko zaprezentowano w wyroku z dnia 13 sierpnia 2009 r. (KIO/UZP 993/09), w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w stosunku do żadnego z wykonawców nie mogą zachodzić przesłanki wykluczenia (...)

Natomiast, jeśli chodzi o warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku konsorcjum, mogą być spełnione łącznie przez tych wykonawców. Wynika to z istoty wspólnego ubiegania się o zamówienie przez wykonawców i tworzonych w tym celu konsorcjów. Dlatego też potencjały, zarówno techniczny i osobowy, jak i ekonomiczny i finansowy poszczególnych członków konsorcjum podlegają sumowaniu. W zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej wystarczające było zatem, aby jeden z uczestników konsorcjum posiadał wymagane ubezpieczenie, na żadaną sumę. W tym bowiem przypadku mamy do czynienia z żądanym dokumentem na potwierdzenie spełniania warunku, czyli potencjalnej zdolności finansowej wykonawcy do realizacji zamówienia, a nie z koniecznością posiadania ubezpieczenia OC przez wykonawcę, który będzie realizował zamówienie w trybie umowy w sprawie zamówienia publicznego, niezależnie od tego, czy jest to wykonawca samodzielnie ubiegający się o zamówienie, czy też są to wykonawcy składający ofertę wspólną". W orzeczeniu z dnia 23 lipca 2010r. (KIO 1432/10) skład orzekający podzielił dominujące w orzecznictwie stanowisko, iż spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej powinno być w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oceniane łącznie. Podkreślić bowiem należy, że „zaakceptowanie odmiennego poglądu prowadziłoby do znacznego zwielokrotnienia wymogów (w niniejszej sprawie posiadanie ubezpieczeń na kwoty wielokrotnie większe) postawionych wobec konsorcjum w stosunku do wymogu stawianego wykonawcy ubiegającemu się samodzielnie o udzielenie zamówienia, co zaś byłoby nie do pogodzenia z zasadą równości wyrażoną w art. 7 p.z.p." . Należy bowiem mieć na uwadze, że z samej natury konsorcjum wynika prymat zasady łączenia potencjałów, albowiem konsorcjum zawiązywane jest właśnie w celu łączenia potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie wykazać spełnienia pozytywnego warunku udziału w postępowaniu. Z punktu widzenia zamawiającego nie jest istotna wysokość sumy gwarancyjnej ubezpieczeń poszczególnych wykonawców, ponieważ odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jest solidarna,

W zakresie zaniechania wskazania przez Zamawiającego gwarantowanych minimalnych ilości odpadów Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Obowiązkiem Zamawiającego jest więc takie opisanie przedmiotu zamówienia, które pozwoli Wykonawcom ukształtowanie treści złożonych ofert w sposób maksymalnie precyzyjny. W sytuacji, kiedy, jak w niniejszym

postępowaniu, jedynym kryterium oceny ofert jest cena, opis przedmiotu zamówienia powinien przez wystarczającą precyzję zapewniać Wykonawcom możliwość oszacowania tejże ceny w sposób możliwie wolny od założeń opartych jedynie o własne domysły, jako że cena niezawierająca pośród swych elementów kosztu niedających się oszacować ryzyk jest z natury rzeczy korzystniejsza także dla Zamawiającego. W doktrynie przedmiotu wskazuje się, iż opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wpływających na nią. Decydująca dla oceny poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia powinna być perspektywa wykonawcy. Jeśli podany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie pozwala Wykonawcy jednoznacznie określić ceny, uznać należy, iż opis nie został przygotowany prawidłowo (M. Stachowiak [w:] Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. ex 2007.) W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.05.2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 787/10) wskazano, iż artykuł 29 ust. 1 p.z.p, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia tylko dlatego, że nie jest on w stanie przewidzieć dokładnych ilości zamawianych produktów. Izba wskazała także, w wyroku z dnia 17.12.2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1406/08), że dokładne opisanie przedmiotu zamówienia umożliwia wykonawcom prawidłowe skalkulowanie ceny oferty, bez narażenia się na ewentualne straty. Opisanym wyżej wymogom nie sprostali Zamawiający kształtując treść SIWZ w niniejszym postępowaniu. W treści SIWZ W Rozdziale I (Instrukcja dla Wykonawców) pkt VI („Termin wykonania zamówienia”) Zamawiający przewiduje, że przedmiot umowy będzie wykonywany przez okres 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, wskazując również szacunkowe ilości odpadu przeznaczonego do zagospodarowania w okresie umowy (Rozdział III – Opis przedmiotu zamówienia Część techniczna SIWZ dla Części I, ust.2b ; Rozdział III- Opis przedmiotu zamówienia Część techniczna SIWZ dla Części II, ust.1; Rozdział III- Opis przedmiotu zamówienia Część techniczna SIWZ dla Części III, pkt I, ust. 1a). Jednocześnie w Rozdziale V („Wzór umowy”) w § 1 ust. 5 (Część I), § 1 ust.6 (Część II i Część III) Zamawiający zastrzega, że Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia związane z ilościami odpadów przekazanych do zagospodarowania, ani też w związku z kwotą wskazaną w umowie. Podstawą rozliczenia z Wykonawcą za realizację umowy są ceny jednostkowe za odbiór 1 Mg odpadów i faktycznie przekazane do zagospodarowania ilości odpadów - każdorazowo zadysponowane przez Zamawiającego. Zamawiający podkreśla, że ilości odpadów wskazane w umowach i załącznikach do nich oraz kwoty umowy mają charakter wyłącznie szacunkowy (orientacyjny) i nie stanowią zobowiązania Zamawiającego do przekazania Wykonawcy w/w ilości odpadów do zagospodarowania, a w konsekwencji finansowej realizacji umowy do wysokości kwoty wskazanej w umowach. W związku z powyższym Zamawiający nie przewiduje roszczenia odszkodowawczego Wykonawcy w przypadku, gdy suma świadczeń będzie niższa od

wartości kontraktu. Z uwagi na konieczność ponoszenia przez Wykonawcę stałych kosztów - związanych z realizacją kontraktu - niezależnych od ilości wybranego odpadu, brak gwarancji ilości minimalnej uniemożliwia przeliczenie tych kosztów na cenę jednostkową tj. zł/Mg. W rezultacie, Wykonawca kalkulując cenę, nie mając podanych minimalnych ilości zamówienia i nie mogąc opierać się w pełni na podawanych jedynie orientacyjnie średnich ilościach odpadów, musi abstrakcyjnie zakładać, że rzeczywiste zlecenie Zamawiającego będzie wynosić x ilości odpadów w czasie trwania całej umowy i w poszczególnych okresach rozliczeniowych. Cena jednostkowa będzie zatem pochodną subiektywnie zakładanego przez danego Wykonawcę, a nie wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia rozmiaru świadczenia. Tym samym każdy z Wykonawców może przyjąć inne założenia. Zgodnie zaś z zasadami z p.z.p. kryteria co do przedmiotu zamówienia powinny być jednakowe dla każdego Wykonawcy i jasno wynikać z opisu. Tylko precyzyjne określenie, jakie minimalne ilości odpadów będą przedmiotem usługi w danym okresie rozliczeniowym, pozwoli wszystkim uczestnikom postępowania przetargowego, na przyjęcie jednakowych założeń wyjściowych do ustalenia ceny ofertowej. Określenie minimalnego progu realizacji zamówienia nie stwarza przy tym dla Zamawiającego zagrożenia, że Wykonawca kierując tym, nie będzie w stanie wypełnić pełnego zakresu umowy, gdyż oczywistym jest co oznacza poziom „minimalny” oraz że Wykonawca musi być przygotowany do realizacji pełnego przedmiotu umowy. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 11 stycznia 2008 r. (KIO/UZP 33/07) orzekła, iż Zamawiający określił tylko górną granicę swojego zobowiązania, nie określając nawet minimalnej ilości czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji zamówienia. Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 p.z.p., który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia właściwą kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy. Stworzona przez Zamawiającego sytuacja, wprowadza nie tylko nierówność Wykonawców (wymaga bowiem, aby Wykonawca sam dokonał określania istotnych warunków zamówienia), ale nadto stwarza całkowicie nierówną relację Zamawiający -Wykonawca. Jeśli bowiem przyjęte zostanie, że w czasie realizacji kontraktu Zamawiający przed długi okres czasu nie będzie w ogóle składał zleceń odebrania odpadów lub też, że nie złoży ich w ogóle, to Wykonawca nie otrzyma żadnej zapłaty, a będzie musiał pokryć wszystkie koszty, tak jakby świadczył pełnowartościową usługę, jednocześnie nie mogąc liczyć na pokrycie kosztów z innych źródeł, gdyż stałe zaangażowanie potencjału w realizację tego kontraktu, uniemożliwia równoczesne świadczenie usług wobec innych podmiotów. Oczywiście celem postępowania przetargowego, jest wyłonienie wykonawcy,

który na najkorzystniejszych dla Zamawiającego warunkach zrealizuje przedmiot zamówienia. Jednak na względzie należy mieć, że w zakresie nie uregulowanym w ustawie Prawo zamówień publicznych do relacji między stronami zastosowanie znajdują przepisy kodeksu cywilnego. I tak zgodnie z art. 354 § 2 k.c., wierzyciel powinien współdziałać z dłużnikiem w wykonaniu zobowiązania zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje - także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Tym samym wierzyciel nie może stwarzać sytuacji, w której dłużnik zaangażuje się całkowicie w realizację zobowiązania, a wierzyciel nie stworzy mu realnej możliwości na spełnienie świadczenia, a więc również na uzyskanie podstawy do otrzymania wynagrodzenia. Zgodnie z art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Tym samym zamawiający zastrzegając się ustawą p.z.p. nie może wykorzystywać szczególnych uprawnień, jakie mu ona daje, do budowania stosunku prawnego, w którym dochodzi do ustalenia rażąco nierównych relacji między Stronami. W orzecnictwie utrwalony jest pogląd, iż świadczenia stron powinny być ekwiwalentne, o ile z woli stron wyraźnie nie wynika nic innego (np. chęć obdarowania). Zgodnie z art. 487 § 2 k.c. umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej. Z założenia umowa, która ma zostać zawarta w wyniku przedmiotowego przetargu kwalifikowana powinna być, jako umowa wzajemna (Wykonawca spełni określoną usługę, za którą ma otrzymać oznaczone wynagrodzenie). Na tle umów wzajemnych nie dopuszczalne jest wprowadzanie, postanowień, które godziłyby w zasadę ekwiwalentności świadczeń stron (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 29 listopada 2009 r., sygn. 1 ACa 1026/2005; porównaj też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 2004 r., sygn. II CK 739/2004). Wykonawca jest świadomy, że przystępując do przetargu, oraz zawierając umowę, ponosi określone ryzyko gospodarcze - gdyż jest ono wpisane w jego działalność. Jednakże całkowicie nieuzasadnione jest twierdzenie, iż prawidłowa (w świetle przepisów k.c. i ustawy Prawo zamówień publicznych) jest sytuacja, w której jeden uczestnik stosunku prawnego wykorzystując swoją uprzywilejowaną pozycję kształtuje go tak, aby zdjąć z siebie wszelkie ryzyko (w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie ponosi żadnego ryzyka), natomiast przerzucić go na kontrahenta.

III. Zamawiający złożył w dniu 5 września 2013 r. odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań dotyczących postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjąć należy, iż wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu jak również może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, jeśli nie zachodzi obiektywna niemożliwość uczestnictwa tego wykonawcy w postępowaniu. Nie stanowi przeszkody dla uznania, że wykazane zostało posiadanie przez Odwołującego przesłanek materialnoprawnych, podniesienie zarzutów dotyczących niedopuszczenia wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu łącznie przez kilku członków konsorcjum fakt, że Odwołujący w postępowaniu odwoławczym występuje samodzielnie, a nie w ramach konsorcjum. Na obecnym etapie, dochodzenie formy, w jakiej Odwołujący będzie ubiegał się o zamówienie (samodzielnie, czy wspólnie z innymi wykonawcami) jest przedwczesnym, skoro ta zależy od kształtu stawianych warunków udziału w postępowaniu. Nie sposób wymagać, by wykonawca już teraz deklarował (i tak występował w postępowaniu odwoławczym) porozumienie z innym lub innymi wykonawcami, nawet jeśli kwestionuje te postanowienia SIWZ, które referują do wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne.

II. W ZAKRESIE POSTAWIONYCH W ODWOŁANIU ZARZUTÓW, UWZGLĘDNIONO OKOLICZNOŚCI:

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, z następujących powodów:

[1]. W zakresie zarzutów dotyczących postawienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganych uprawnień (pozwoleń i decyzji administracyjnych) – w sytuacji dotyczącej wspólnego ubiegania się o zamówienie przez dwóch lub więcej wykonawców, by tego rodzaju decyzje i porozumienia posiadał każdy z wykonawców:

Bezspornym jest, że Zamawiający w zakresie spornego warunku udziału w postępowaniu wymaga, by każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne posiadał komplet wymaganych pozwoleń i decyzji administracyjnych. W SIWZ, w Rozdziale I Instrukcja dla wykonawców, pkt XX *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków* w ust. 3 Zamawiający podał bowiem: „*W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunek opisany w ust. 2a oraz warunek opisany w ust. 2c tiret drugi musi spełniać każdy z Wykonawców, a warunki opisane w ust. 2b i 2c tiret pierwszy mogą spełniać łącznie*”.

W ust. 2a pkt XX mówi się o wymaganych pozwoleniach i decyzjach administracyjnych, zaś ust. 2c tiret dwa – o wymaganiu dotyczącym posiadania polisy OC na kwotę co najmniej 500 000 zł.

Po pierwsze, zgodzić się trzeba z argumentacją prezentowaną przez Odwołującego, że wyrażone w zakresie spornego warunku wymaganie w istocie czyni iluzoryczną istotę konsorcjum. Jeśli bowiem konsorcjum zwykle się zawiera po to, by wykonawcy, którzy samodzielnie nie dysponują wymaganym dla realizacji zamówienia potencjałem, mogli połączyć różne zasoby, to wymaganie, by każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie posiadał wszystkie decyzje i pozwolenia oraz by każdy z nich posiadał z osobna ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą w postępowaniu kwotę przeczy takiemu sensowi konsorcjum.

Zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 ustawy, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to tyle, że wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie należy traktować w sposób łączny, tak, jakby posiadane przez poszczególnych członków konsorcjum walory stanowiły zasób wykonawców wspólnie występujących w postępowaniu.

Po drugie, zamawiający w żaden sposób nie wykazał, by realizacja przedmiotu zamówienia wymagała posiadania przez każdy z podmiotów, niezależnie od tego jakie elementy zamówienia podmiot ten by realizował, posiadania wszystkich uprawnień. Przeciwnie, przedmiot zamówienia ma taki charakter, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą wykonywać odrębne elementy nań się składające, na podstawie posiadanych pozwoleń i decyzji, stosownie do zakresu wykonywanych czynności.

Po trzecie, potwierdzeniem powyższej oceny są postanowienia SIWZ dotyczące podwykonawstwa. Jak wynika z Rozdziału I Instrukcja dla wykonawców, pkt XIX SIWZ, Zamawiający dopuścił w pełnym zakresie podwykonawstwo, w żaden sposób go nie ograniczając i nie wymagając od podwykonawcy określonej części zamówienia jakichkolwiek uprawnień. Zamawiający jedynie, w pkt XIX ust. 3 tej części SIWZ podał, że Wykonawca nie może powierzyć podwykonawcom realizacji całości zamówienia. Oznacza to tyle, że wykonawcy mogą w sposób nieskrępowany posługiwać się podwykonawcą, który posiada w określonym zakresie uprawnienia do wykonywania działalności (co stanowi zresztą wyraz optymistycznych dla Zamawiającego przewidywań, skoro w świetle treści SIWZ nawet i to nie jest wymagane od podwykonawców), choć sami muszą w pełni spełniać warunek w zakresie wszystkich decyzji i pozwoleń, mimo, że nie będą one wykorzystywane.

Zamawiający, zapytany na rozprawie o dopuszczenie w przedmiotowym postępowaniu podwykonawstwa i jego ewentualnego ograniczenia, podał, że nie ograniczył podwykonawstwa, jedynym ograniczeniem jest niedopuszczenie możliwości realizacji przez podwykonawcę całości przedmiotu zamówienia. Następnie, Zamawiający, zapytany, czy w jakimkolwiek zakresie w przedmiotowym postępowaniu wymaga od podwykonawców posiadania uprawnień, albo decyzji administracyjnych, podał, że takie akty nie są od podwykonawców wymagane.

Oznacza to tyle, że Zamawiający wymagając od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, aby każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego posiadał komplet wymaganych pozwoleń i decyzji, naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[2]. W zakresie zarzutów dotyczących postawienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej wyrażającej się posiadaniem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej – w sytuacji dotyczącej wspólnego ubiegania się o zamówienie przez dwóch lub więcej wykonawców – by tego rodzaju ubezpieczenie na wymaganą w postępowaniu kwotę posiadał każdy z wykonawców:

Potwierdził się również zarzut skierowany wobec tych postanowień SIWZ, z których wynika obowiązek spełniania przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunku w zakresie posiadania polisy OC na kwotę 500 000 zł.

Wymaganie od każdego z członków konsorcjum z osobna posiadania polisy OC na odpowiednią kwotę stoi w sprzeczności zarówno z istotą konsorcjum, wyrażającą się możliwością skumulowania w ramach jednego organizmu różnych, wymaganych w danym postępowaniu walorów, jak i godzi w wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasadę równego traktowania wykonawców. W innej sytuacji, w świetle

kwestionowanych postanowień SIWZ, znajdzie się wykonawca samodzielnie występujący, a w innej – wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego wspólnie. W tym drugim wypadku wymaganie zamawiającego jest odpowiednio do liczby wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – zwielokrotnione. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w takim wypadku muszą spełnić warunek tyle razy, ilu wykonawców wspólnie występuje.

Zamawiający na rozprawie, zapytany w czym wyraża się wymagana w postępowaniu, w pkt XX ust 2c SIWZ zdolność finansowa wykonawcy, podał, że chodzi w tym wypadku o zabezpieczenie interesów zamawiającego w postaci możliwości dochodzenia od ubezpieczyciela roszczeń związanych z realizacją zamówienia; wiarygodność ma wynikać z ubezpieczania wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego, odpowiedzialność solidarna wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie zawsze oznacza jednak możliwość zaspokojenia się od każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia; może zdarzyć się że jeden wykonawca będzie dysponował polisą, a drugi nie, a taka sytuacja jest niepożądana.

Biorąc pod uwagę taką argumentację, dostrzeżenia wymaga, że istotą warunku w zakresie zdolności finansowej wyrażonej polisą OC, nie jest zaspokojenie się Zamawiającego z ubezpieczenia. Jeśli Zamawiający wymaga posiadania ubezpieczenia OC na określoną kwotę, to takie ubezpieczenie posiadane przez jednego z kilku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, musi być uznane za wystarczające dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W orzecznictwie wskazuje się, że wymagania stawiane w ramach danego warunku udziału w postępowaniu, nie mogą być różnicowane w stosunku do różnych wykonawców i relatywizowane w stosunku do indywidualnej sytuacji wykonawców. Warunek udziału w postępowaniu musi mieć jednakowe znaczenie dla wszystkich wykonawców, więc zróżnicowanie wymagania w zależności od tego, czy wykonawca ubiega się o zamówienie samodzielnie czy też działając w ramach konsorcjum, nie może być uznane za obiektywne.

Powyższe determinowało uznanie naruszenia przepisów art. 23 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy. Nie potwierdziły się w stosunku do postanowień dotyczących warunków udziału w postępowaniu zarzuty naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy: uszło uwadze Odwołującego, że przepis ten dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, a nie sposobu konstruowania warunków udziału w postępowaniu.

[3]. W zakresie zarzutów dotyczących nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, poprzez niewskazanie minimalnej ilości odpadów, jaka będzie przedmiotem zamówienia:

Zgodzić się trzeba z Odwołującym, że powinnością Zamawiającego jest maksymalnie staranne i precyzyjne dokonanie opisu przedmiotu zamówienia. Oznacza to tyle, że Zamawiający powinien sprecyzować zakres zamówienia w sposób pozwalający na sporządzenie oferty, oszacowanie jego zakresu a następnie wycenę.

Na gruncie analizowanej sprawy Zamawiający w SIWZ, Rozdziale III *Opis przedmiotu zamówienia Część techniczna* podał dla trzech części zamówienia przewidywane ilości odpadów, jakie będą przedmiotem tego, trwającego 12 miesięcy, zamówienia. Zamawiający w odniesieniu do części I – obejmującej odbiór i gospodarowanie żużłem o kodzie odpadu 10 01 01 w Oddziale Elektrowni Jaworzno III w Jaworznie podał relatywnie szczegółowe informacje na temat założonych, przewidywanych ilości odpadów, opatrując opis o informacje historyczne z lat 2011 i 2012. Zamawiający podał, że przewidywana ilość żużla kotłowego o kodzie odpadu 10 01 01 przeznaczonego do zagospodarowania w okresie trwania umowy wynosi 160 000 [Mg] +/- 25 %; szacunkowa ilość żużla produkowanego przez jeden pracujący blok wynosi ok 100 Mg na dobę; przeciętna całkowita ilość jest szacowana na ok. 300 Mg do ok. 500 Mg na dobę; maksymalną całkowitą ilość wytwarzanego żużla można szacować na ok. 600 Mg na dobę, zaś minimalną na ok. 200 Mg na dobę. W odniesieniu do pozostałych części Zamawiający wyjaśnił, że szacowanie jest trudniejsze bo bloki których one dotyczą są stare i będą powoli wycofywane z eksploatacji (wygaszane), stąd szacunki są obarczone większym stopniem niepewności rzeczywistych ilości odpadów podlegających zamówieniu. W odniesieniu do części II – odbioru gospodarowania żużłem o kodzie odpadu 10 01 01 w Oddziale Elektrownia Łagisza w Będzinie, Zamawiający podał opis instalacji wytwarzania żużla, możliwości retencji w zakresie odbioru żużla, jego charakterystykę. Zamawiający podał, że przewidywana ilość żużla kotłowego o kodzie odpadu 10 01 01 przeznaczonego do zagospodarowania w okresie trwania umowy wynosi 50 000 ton +/- 30 %. W zakresie części III – odbiór i gospodarowanie mieszaniną popiołów lotnych z węgla i ubocznych produktów odsiarczania spalin metodą pólsuchą o kodzie odpadu 10 01 82 w Oddziale Elektrownia Łagisza w Będzinie, Zamawiający zawarł opis instalacji wytwarzania mieszaniny, charakterystykę odpadu i odbioru mieszaniny, określił także przewidywane ilości wytwarzanej mieszaniny produktu poreakcyjnego IOS z popiołem suchym o kodzie odpadu 10 01 82. I tak, Zamawiający podał, że przewidywana w okresie wykonywania umowy ilość wytwarzanej mieszaniny produktu poreakcyjnego IOS z popiołem suchym o kodzie odpadu 10 01 82 w Elektrowni Łagisza w Będzinie jest szacowana na 20 000 ton +/- 30 %;

Zawarte w tej części SIW informacje są maksymalnie szczegółowe, bazują na obserwacji dotychczasowej ilości odpadów oraz przewidywaniach co do ich ilości w okresie wykonywania umowy, zatem należy przyjąć, że w świetle podania przez Zamawiającego tak szczegółowych i starannie zaprezentowanych informacji, zakomunikowany został wykonawcom możliwie szeroki zakres danych, które mogą mieć znaczenie dla oszacowania pracochłonności wykonania zamówienia raz jego wyceny. Zatem te informacje trzeba traktować z pełną powagą jako pełnowartościowe i miarodajne źródło, oparte o możliwie dostępne Zamawiającemu informacje, stanowiące podstawę do założenia przewidywanego zakresu zamówienia, które nie powinno ulec znaczącej zmianie in minus wobec tych szacunków. Obawy Odwołującego, zgodnie z którymi mogłaby nastąpić niewłaściwa wycena oferty, oparta na przyjęciu pewnych kosztów stałych i zmiennych, uwzględniających przewidywany zakres zamówienia, zdają się zakładać istotne zmniejszenie ilości rzeczywiście objętych przedmiotem zamówienia ilości odpadów. Należy jednak przyjąć raczej odmienne podejście – że te szacunki stanowią relatywnie wierną projekcję zakresu przedmiotu zamówienia i ilości odpowiednich odpadów.

Nie sposób jednak wymagać, by Zamawiający był zobligowany do podania minimalnej ilości takich odpadów, czego żąda w postępowaniu Odwołujący. Może się bowiem zdarzyć, że zaprezentowane w Rozdziale III Opisu przedmiotu zamówienia, części technicznej SIWZ założenia, z obiektywnych, nieprzewidywalnych powodów okażą się nietrafne i w rzeczywistości odpadów będzie mniej. W takim wypadku nie sposób wymagać, że Zamawiający zobowiąże się do oddania do zagospodarowania odpadów, których finalnie nie będzie miał, skoro nie wytworzy ich w takiej ilości. Sprostanie wymaganiu Odwołującego i zobowiązanie się przez Zamawiającego do odbioru pewnej - minimalnej ilości odpadów skłaniało by do ostrożnego podejścia, opartego na mechanizmie „ostrożnej wyceny”, dalekiego jednak od realnej ilości odpadów, jakie mogą być wytworzone i podlegałyby temu zamówieniu. Stąd mechanizm opisu przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu, polegający na podaniu maksymalnie starannych i pełnych informacji, dotyczących wcześniejszych doświadczeń w zakresie produkcji odpadów oraz podanie przewidywań w tym zakresie, stanowi właściwy i nie naruszający przepisu art. 29 ust. 1 ustawy opis przedmiotu zamówienia.

Należy przyjąć – wbrew obawom Odwołującego – zdającym się być opartymi na pesymistycznych założeniach, że te informacje nie mają poważnego znaczenia, że tego rodzaju komunikat zawarty w SIWZ ma znaczenie deklaracji Zamawiającego złożonej w sposób poważny i opartej na miarodajnych podstawach, która wyraża przewidywane wartości, w obecnym stanie wiedzy Zamawiającego możliwie najbliższe tym, jakie realnie będą przedmiotem zamówienia. Stąd te informacje, stanowią właściwą i miarodajną

podstawę dla wykonawców do dokonywania wyceny zakresu zamówienia, która to wycena – co wymaga podkreślenia – ma odnosić się nie do odgadywanego zakresu całości zamówienia w ciągu 12 miesięcy, ale ma bazować na cenie za 1 Mg odpadów o odpowiednim kodzie i w zakresie odpowiednich części zamówienia.

Podkreślenia przy tym wymaga, akcentując powyższe znaczenie opisu przedmiotu zamówienia jako obowiązku zaprezentowania wszystkich znanych Zamawiającemu informacji mających wpływ na sporządzenie oferty w układzie 12 miesięcy trwania zamówienia i w zakresie podanych w SWZ trzech części zamówienia (dwóch elektrowni i odpadów o określonych kodach), że nie będzie dopuszczalne ewentualne uznaniowe zmniejszenie przez Zamawiającego ilości wskazanych opadów z jednostek objętych zamówieniem w ramach tej umowy, przekazywanych do unieszkodliwienia, mimo że wytworzone byłyby one w tym zakresie i objęcie ich przedmiotem odrębnego zamówienia. Należy stwierdzić – hipotetycznie jedynie – że tego rodzaju praktyka, jeśli miałyby być zastosowana, stanowiłaby nadużycie prawa. Zamawiający obowiązany jest przekazać te odpady o kodach objętych przedmiotem zamówienia i pochodzące ze wskazanych w SIWZ elektrowni, jakie zostaną wytworzone

w trakcie trwania umowy, w takiej ilości, jaka zostanie wytworzona, choć aktualnie, z całkowitą pewnością tej ilości nie można określić. Bazowanie na szacunku, dotyczącym przewidywanych ilości odpadów, opartych na rzeczowych podstawach, stanowi wystarczający opis przedmiotu zamówienia, o takiej specyfice przedmiotu, jak ten, którego dotyczy zamówienie.

Z tych względów zarzut stawiany w powyższym zakresie nie zasługiwał na aprobatę.

III. ROZSTRZYGNIECIE O ŻĄDANIACH ODWOŁANIA:

Opisane wyżej naruszenia przepisów ustawy mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy, w związku z czym odwołanie podlega uwzględnieniu.

Potwierdziły się, kierowane wobec postanowień SIWZ ujętych w Rozdziale I Instrukcja dla wykonawców, pkt XX *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków* w ust. 3, zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uznając zasadność zarzutów skierowanych wobec powyższych postanowień SIWZ, orzeczono, zgodnie z żądaniami postawionymi w odwołaniu, to jest nakazano dopuszczenie w Rozdziale I *Instrukcja dla wykonawców* pkt XX tego dokumentu - w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - możliwości łącznego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania

wymaganych uprawnień do realizacji przedmiotu zamówienia w postaci pozwoleń administracyjnych oraz decyzji potwierdzających uprawnienia do realizacji przedmiotu zamówienia i spełnienia statusu „posiadacza odpadów” o kodzie, na który składana jest oferta (Rozdział I, pkt XX ust 2 pkt a) SIWZ), oraz wymagań dotyczących ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia (Rozdział I, pkt XX ust 2 pkt c, tiret 2) SIWZ).

Do uznania Zamawiającego pozostawiono sposób wyeliminowania wskazanego, obostrzonego wymagania wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: czy to poprzez wykreślenie z pkt XX *Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków* ust. 3 o treści „*W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków opisany w ust. 2a oraz warunek opisany w w ust. 2c tiret drugi musi spełniać każdy z Wykonawców, a warunki opisane w ust. 2b i 2c tiret pierwszy mogą spełniać łącznie*”; czy też wprowadzenie zapisu wskazującego w sposób pozytywny na możliwość łącznego (wspólnego) spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców składających się na konsorcjum. Jeśli w ocenie Zamawiającego – czego Zamawiający nie eksponował w postępowaniu odwoławczym - istotne jest uzyskanie pewności, że każdy z podmiotów, w jakiegokolwiek roli wykonujących jakikolwiek element składający się na wykonanie zamówienia, w części, w której jego wykonanie wymaga posiadania odpowiednich pozwoleń administracyjnych i decyzji, posiada takie uprawnienia, właściwym będzie wyraźne zastrzeżenie, że Zamawiający wymaga posiadania odpowiednich pozwoleń administracyjnych i decyzji przez każdy z podmiotów, który będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w zakresie wymagającym posiadania pozwoleń i decyzji administracyjnych, stosownie do zakresu wykonywanych czynności. Odwołujący nie kwestionował jednak samej zasady i dopuszczalności wymagania odpowiednich pozwoleń administracyjnych i decyzji, wskazując jedynie na bezpodstawne ograniczenie stawiane wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, by każdy z tych wykonawców posiadał wszystkie tego rodzaju akty, niezależnie od tego czy i w jakim zakresie będzie wykonywał czynności ich wymagających.

Zakres nakazanych zmian w SIWZ pociąga za sobą konieczność analogicznej zmiany ogłoszenia, czego jednak Odwołujący nie objął swoim żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający winien zatem z własnej inicjatywy dopełnić obowiązku wynikającego z art. 38 ust. 4a ustawy.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5

ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). Zasądzono, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania: wartość uiszczanego wpisu w wysokości 15.000 zł oraz koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika, który zastępował Odwołującego, na podstawie złożonego rachunku z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł. Uznano za uzasadnione koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę jednego pełnomocnika: postawione w odwołaniu zarzuty nie miały charakteru złożonego, wymagającego posiadania wiedzy z różnych, niezwiązanych z sobą dziedzin a tym samym zestawienia specjalistów reprezentujących różne zagadnienia. Postawione zarzuty miały charakter prawnych, przy czym postępowanie odwoławcze zamyka się wyłącznie w zakresie postawionych w odwołaniu zarzutów, których rozszerzanie na rozprawie jest niedopuszczalne (art. 192 ust. 7 ustawy).

Z tego względu uznano za uzasadnione koszty dojazdu, na podstawie złożonych kopii biletów PKP z tytułu dojazdu między Katowicami a Warszawą oraz z powrotem jednego pełnomocnika (co daje dwukrotność wynikającej z tych biletów kwoty 127 zł).

Skład orzekający