

**Sygn. akt: KIO/UZP 42/09**

**KIO/UZP 43/09**

**WYROK**

**z dnia 23 stycznia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Członkowie: Izabela Kuciak  
Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 stycznia 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2009 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. Konsorcjum firm: ECOMES Sp. z o.o., Katowice, ul. Przemysłowa 10 i Firma HALLER S.A., Katowice, ul. Obroki 133**

**B. Konsorcjum firm: ECOMES Sp. z o.o., Katowice, ul. Przemysłowa 10 i Firma HALLER S.A., Katowice, ul. Obroki 133**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Południowy Koncern Energetyczny S.A. w Katowicach – Elektrownia Jaworzno III, Jaworzno, ul. Promienna 51** protestów:

**A. Konsorcjum firm: ECOMES Sp. z o.o., Katowice, ul. Przemysłowa 10 i Firma HALLER S.A., Katowice, ul. Obroki 133 z dnia 18 grudnia 2008 r.**

**B. Konsorcjum firm: ECOMES Sp. z o.o., Katowice, ul. Przemysłowa 10 i Firma HALLER S.A., Katowice, ul. Obroki 133 z dnia 22 grudnia 2008 r.**

przy udziale zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego:

**- Evonik Energo Mineral Sp. z o.o., Katowice, ul. Kolejowa 57**

po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie wniesione od rozstrzygnięcia protestu z dnia 18 grudnia 2008 r. i nakazuje Zamawiającemu dokonanie powtórnego badania i oceny ofert,
2. Oddala odwołanie wniesione od rozstrzygnięcia protestu z dnia 22 grudnia 2008 r.
3. Kosztami postępowania obciąża
  - Południowy Koncern Energetyczny S.A. w Katowicach – Elektrownia Jaworzno III, Jaworzno, ul. Promienna 51,
  - Konsorcjum firm: ECOMES Sp. z o.o., Katowice, ul. Przemysłowa 10 i Firma HALLER S.A., Katowice, ul. Obroki 133

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: ECOMES Sp. z o.o., Katowice, ul. Przemysłowa 10 i Firma HALLER S.A., Katowice, ul. Obroki 133,**
  - B koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: ECOMES Sp. z o.o., Katowice, ul. Przemysłowa 10 i Firma HALLER S.A., Katowice, ul. Obroki 133,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum firm: ECOMES Sp. z o.o., Katowice, ul. Przemysłowa 10 i Firma HALLER S.A., Katowice, ul. Obroki 133** na rzecz **Południowego Koncernu Energetycznego S.A. w Katowicach – Elektrowni Jaworzno III, Jaworzno, ul. Promienna 51** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Południowy Koncern Energetyczny S.A. w Katowicach – Elektrownia Jaworzno III, Jaworzno, ul. Promienna 51** na rzecz **Konsorcjum firm: ECOMES Sp. z o.o., Katowice, ul. Przemysłowa 10**

**i Firma HALLER S.A., Katowice, ul. Obroki 133** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

4) dokonać zwrotu kwoty 25 426 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

**A** kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: ECOMES Sp. z o.o., Katowice, ul. Przemysłowa 10 i Firma HALLER S.A., Katowice, ul. Obroki 133,**

**B** kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum firm: ECOMES Sp. z o.o., Katowice, ul. Przemysłowa 10 i Firma HALLER S.A., Katowice, ul. Obroki 133.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający tj. Południowy Koncern Energetyczny S.A. prowadzi w trybie negocjacji bez ogłoszenia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i gospodarowanie odpadami paleniskowymi o kodach 10 01 01 (żużel), 10 01 02 (popiół lotny), 10 01 82 (popiół lotny i denny fluidalny) z PKE S.A. Elektrowni Jaworzno III – Elektrownia II.

W dniu 11 grudnia 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Evonik Energo Mineral Sp. z o.o.

### **Sprawa KIO/UZP 42/09:**

W dniu 18 grudnia 2008 r. protest wniosło Konsorcjum firm: ECOMES Sp. z o.o. i Firma Haller S.A. zwane dalej Konsorcjum ECOMES wobec następujących czynności Zamawiającego:

1. zaniechania odrzucenia oferty Evonik Energo Mineral Sp. z o.o., mimo że:

a) oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którą wykonawca zmienił po otwarciu ofert, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp,

b) Wykonawca ten podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,

c) oferta ww. Wykonawcy jest sprzeczna z art. 82 ust. 1 i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp,

2. naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez wezwanie Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. do zmiany zaoferowanej ceny po otwarciu ofert,

3. naruszenia zasady równego traktowania wykonawców tj. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,

4. naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt. 5 ustawy Pzp oraz wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy Pzp.

Protestujący podniósł, iż Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert wezwał Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. nie tylko do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, ale także do dokonania zmiany treści oferty w zakresie jej ceny. W efekcie Wykonawca ten trzy dni po otwarciu ofert i odczytaniu ich cen, tj. w dniu

8 grudnia 2008 r., złożył nową ofertę cenową wraz z nowym formularzem cenowym. Cena, którą podał Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. po terminie otwarcia ofert jest trzykrotnie wyższa od ceny pierwotnie zaoferowanej. Powyższe oznacza, zdaniem Protestującego, że Wykonawca ten złożył w przedmiotowym postępowaniu dwie oferty cenowe, co stanowi naruszenie art. 82 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym oferta Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. jest sprzeczna z ww. przepisem i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp. Protestujący wskazał, że zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zmienić lub wycofać ofertę jedynie przed upływem terminu składania ofert. Wobec powyższego, tylko pierwszą z cen zaoferowanych przez Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. można brać pod uwagę.

Cenę zaproponowaną pierwotnie przez Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. Protestujący uznał za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i stwierdził, iż oferta ww. Wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Cena zaproponowana przez ww. Wykonawcę stanowi zaledwie 32 % kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, mimo że, jak stwierdził Protestujący, Zamawiający nie doszacował wartości przedmiotu zamówienia przyjmując ceny niższe niż aktualnie obowiązujące za realizację analogicznej usługi, czym naruszył art. 32 ust.1 ustawy Pzp. Jednocześnie, cena oferty uznanej za najkorzystniejszą stanowi zaledwie 21 % średniej cen pozostałych ofert. Zdaniem Protestującego, przyczyną wyraźnie niższej, niż zaproponowane przez pozostałych Wykonawców, ceny może być świadome działanie wykonawcy lub nierzetelność kalkulacji, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia. Wskazał, iż Zamawiający zaniechał przeprowadzenia procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Protestujący wywiódł, iż w ofercie Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. brak było dokumentu stwierdzającego zezwolenie na gospodarowanie odpadami o kodzie 10 01 01, 10 01 02 oraz 10 01 82 zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Dokument taki Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązani byli złożyć na potwierdzenie spełniania warunku w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności. Wykonawca Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. posiada w zakresie odpadów o kodzie 10 01 82 dokument uprawniający do transportu odpadów, a nie gospodarowania nimi jako „posiadacz odpadów”. Wskazał, iż Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. nie złożył ww. dokumentu również na wezwanie Zamawiającego. Przekazał natomiast dokument dotyczący innego wykonawcy, który nie był jest wykonawcą składającym ofertę wspólnie z Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. Zdaniem Protestującego, nawet jeśli firma „PHU SUL” będzie działała przy realizacji przedmiotowego zamówienia jako podwykonawca Evonik Energo Mineral Sp. z o.o., to ww. dokument, jako dotyczący

podwykonawcy, nie może być brany pod uwagę przy badaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę składającego ofertę.

Protestujący podniósł także, że Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. zastrzegła jako tajemnicę przedsiębiorstwa strony 49 i 50 swojej oferty, na których Wykonawca zawarł Wykaz wykonanych usług w zakresie gospodarowania odpadami pochodzącymi z procesów spalania węgla kamiennego o kodach 10 01 01, 10 01 02 oraz 10 01 82. Ww. informacje nie nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, gdyż można je uzyskać w dowolny sposób, a Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. nie podjęła żadnych prawnie dopuszczalnych starań, aby dane te były chronione. Jak wynika z analizy pozostałej treści oferty, ww. Wykonawca przedstawił w ww. Wykazie nieprawdziwe dane, bowiem nie posiadając zgodnego z obowiązującymi przepisami zezwolenia na gospodarowanie odpadami o kodzie 10 01 82 nie mógł wykazać się realizacją usług w wymaganym zakresie. Nawet jeżeli ze złożonego Wykazu wynika, że Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. posiada doświadczenie w zakresie gospodarowania odpadami, w szczególności odpadami o kodzie 10 01 82, oznacza to, że Wykonawca ten przedstawił w ofercie dane nieprawdziwe.

Protestujący ponadto wskazał, że na stronie 87 oferty Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. złożył oświadczenie, że w wyniku jego dłużej pracy w kierunku zagospodarowania odpadów o kodach 10 01 01, 10 01 02 oraz 10 01 82 posiada ona szerokie doświadczenie w zakresie kierunków zagospodarowania tych materiałów. Protestujący uznał ww. oświadczenie za nieprawdziwe. Stwierdził, że jeśli Wykonawca istotnie zdobył takie doświadczenie, to uczynił to nielegalnie. Co za tym idzie, doświadczenie to nie może być brane pod uwagę. Wobec powyższego, Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp, ponieważ złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zauważył, iż na podstawie ww. informacji Wykonawca został uznany za spełniającego warunek udziału w postępowaniu, co z kolei pozwoliło na uznanie jego oferty za najkorzystniejszą. Protestujący zażądał odtajnienia Wykazu wykonanych usług i przekazania go Protestującemu.

Na skutek wyżej opisanych czynności, w ocenie Protestującego, Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, przez nie odrzucenie oferty Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. Tym samym Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt. 5 ustawy Pzp oraz wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy Pzp, a zatem nie może zawrzeć umowy, gdyż stanowiłoby to naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Protestujący wniósł o uwzględnienie protestu, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. do dokonania zmiany zaoferowanej ceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie dokonanie

ponownej oceny oferty Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. pod kątem przesłanek do odrzucenia oferty, dokonanie odrzucenia tej oferty, a następnie dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 2 pkt. 5 ustawy Pzp, tj. oferty Protestującego.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosił w dniu 27 grudnia 2008 r. (pismem z dnia 26 grudnia 2008 r.) Wykonawca Evonik Energo Mineral Sp. z o.o.

Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp uznaje się za jego oddalenie.

Wobec powyższego, Konsorcjum ECOMES wniosło w dniu 7 stycznia 2008 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu jak w proteście. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. do dokonania zmiany zaoferowanej ceny, dokonania ponownej oceny oferty ww. Wykonawcy pod kątem spełniania przesłanek do jej odrzucenia, odrzucenia oferty Evonik Energo Mineral Sp. z o.o., dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 2 pkt. 5 ustawy Pzp, a także zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie złożonych na rozprawie rachunków.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił pismem z dnia 15 stycznia 2008 r. Wykonawca Evonik Energo Mineral Sp. z o.o.

### **Sprawa KIO/UZP 43/09**

W dniu 22 stycznia 2008 r. Konsorcjum ECOMES wniosło protest wobec następujących czynności Zamawiającego:

- zaniechania odrzucenia oferty Evonik Energo Mineral Sp. z o.o., mimo że Wykonawca ten podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust 2 pkt. 3 ustawy Pzp, a tym samym jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp,
- zaniechania wezwania ww. Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, co stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,

- naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, tj. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt. 5 oraz wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy Pzp.

Protestujący podniósł, iż Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z powodu nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W Załączniku nr 2 do zaproszenia do udziału w negocjacjach Zamawiający postawił warunki udziału w postępowaniu. W pkt. 6 wymagał złożenia dokumentów określonych w § 1 ust. 1 pkt. 3) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2006 r. Nr 87, poz. 605 z późn zm.), nie dostosowując treści ww. przepisu do trybu negocjacji bez ogłoszenia. Protestujący zauważył, iż termin składania ofert wyznaczono na dzień 5 grudnia 2008 r., zatem za ważne należy uznać zaświadczenia z Urzędu Skarbowego i Zakładu Ubezpieczeń Społecznych wystawione nie wcześniej niż w dniu 4 września 2008 r. Tymczasem Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. złożyła zaświadczenie Naczelnika I Śląskiego Urzędu Skarbowego w Sosnowcu oraz zaświadczenie Zakładu Ubezpieczeń Społecznych - Oddział w Chorzowie wystawione w dniu 27 sierpnia 2008 r. (str. 34 i 36 oferty). Powyższe oznacza, w ocenie Protestującego, że Wykonawca ten nie złożył w terminie wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, zatem Zamawiający zobowiązany był do wezwania Wykonawcy do ich uzupełnienia. Zamawiający zaniechał tej czynności, co stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Protestujący stwierdził ponadto, że efektem nie złożenia przez Wykonawcę ww. dokumentów powinno być wykluczenie Wykonawcy z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty. Zamawiający zaniechał powyższego, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

Na skutek ww. czynności Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ mimo zaistnienia przesłanek do odrzucenia oferty Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. zaniechał powyższego. Tym samym, zdaniem Protestującego, Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt. 5 ustawy Pzp oraz wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy Pzp, a zatem nie może zawrzeć umowy, gdyż stanowiłoby to naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Protestujący wniósł o uwzględnienie protestu i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności, o których unieważnienie Protestujący wniósł w proteście z dnia 18 grudnia 2008 r., a następnie dokonanie ponownej oceny oferty Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. pod kątem przesłanek do jej odrzucenia, odrzucenie oferty ww.

Wykonawcy oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 2 pkt. 5 ustawy Pzp tj. oferty Protestującego.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosił w dniu 27 grudnia 2008 r. (pismem z dnia 26 grudnia 2008 r.) Wykonawca Evonik Energo Mineral Sp. z o.o.

Zamawiający nie dokonał rozstrzygnięcia protestu, co zgodnie z art. 183 ust. 3 ustawy Pzp uznaje się za jego oddalenie.

Wobec powyższego, Konsorcjum ECOMES wniosło w dniu 7 stycznia 2008 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu jak w proteście. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności, o których unieważnienie Odwołujący wniósł w proteście z dnia 18 grudnia 2008 r., dokonania ponownej oceny oferty Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. pod kątem spełnienia przesłanek jej odrzucenia, dokonania odrzucenia ww. oferty, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 2 pkt. 5 ustawy Pzp, tj. oferty Odwołującego, a także zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie przedłożonych na rozprawie rachunków.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił pismem z dnia 15 stycznia 2008 r. Wykonawca Evonik Energo Mineral Sp. z o.o.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie wniesione od rozstrzygnięcia protestu z dnia 18 grudnia 2008 r. zasługuje na uwzględnienie (sprawa o sygn. akt KIO/UZP 42/09).

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia środków ochrony prawnej.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, iż przedmiotem zamówienia jest odbiór i gospodarowanie odpadami paleniskowymi o kodach 10 01 01, 10 01 02 i 10 01 82. Jako jeden z warunków udziału w postępowaniu Zamawiający postawił wymóg posiadania dokumentu stwierdzającego zezwolenie na gospodarowanie odpadami o ww. kodach zgodnie z obowiązującymi przepisami. Przez gospodarowanie odpadami rozumieć należy, zgodnie z art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2001 r. Nr 62, poz. 628 z późn. zm.), zbieranie, transport, odzysk i unieszkodliwianie odpadów, w tym również nadzór nad takimi działaniami oraz nad miejscami unieszkodliwiania odpadów. Bezsporne między stronami jest, iż Wykonawca Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. nie posiada zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku odpadów o kodzie 10 01 82, a tym samym samodzielnie nie spełnia postawionego warunku. Na wezwanie Zamawiającego z dnia 5 grudnia 2008 r. do uzupełnienia decyzji administracyjnych w zakresie gospodarowania odpadami Wykonawca ten przekazał Zamawiającemu m.in. decyzję z dnia 17 września 2004 r. oraz decyzję zmieniającą ww. dokument z dnia 4 listopada 2008 r., którymi zezwolono Przedsiębiorstwu Handlowo – Usługowemu „SUL” na odzysk odpadów o poszczególnych kodach, w tym o kodzie 10 01 82. Zamawiający wywodził, iż bez znaczenia jest, czy wykonawca wykona zamówienia samodzielnie, czy przy pomocy innych podmiotów, uznając za uprawnione wskazanie Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowego „SUL” jako uprawnionego do prowadzenia działalności w zakresie odzysku odpadów i złożenia dokumentu dotyczącego ww. Przedsiębiorstwa na dowód spełniania warunku udziału w postępowaniu. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż wykonawcy nie mają obowiązku realizowania zamówienia samodzielnie – na możliwość udziału w zamówieniu podwykonawców wskazuje ustawa Pzp m.in. w art. 36 ust. 4. Jednakże warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadanych uprawnień lub zezwoleń zobowiązany jest spełniać Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia (składający wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu bądź ofertę). Wykonawca Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. mając świadomość, iż nie posiada wymaganych zezwoleń, miał możliwość złożenia oferty wspólnie z Przedsiębiorstwem Handlowo – Usługowym „SUL”, co skutkowałoby oceną wszystkich uprawnień posiadanych przez obie firmy jako posiadanych przez Wykonawcę – konsorcjum ubiegające się o udzielenie zamówienia. Podkreślić należy bowiem, iż przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się, zgodnie z dyspozycją art. 23 ust. 3 ustawy Pzp do wykonawców występujących wspólnie. Tymczasem Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „SUL” zostało wskazane w ofercie Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. jedynie jako podwykonawca (strona 25 oferty). Izba nie przychyliła się do twierdzeń Zamawiającego o dopuszczalności wykazywania się na dowód spełniania warunku udziału w postępowaniu uprawnieniami podwykonawcy. Art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o treści zmienionej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 181, poz. 1058)

pozwala tylko w odniesieniu do warunku dotyczącego potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia do przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia ww. potencjału i osób. Możliwości takiej ustawa Pzp nie przewiduje dla wykazania się przez wykonawców stosownymi uprawnieniami, posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, jak również dla znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Możliwości wykazywania się na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu uprawnieniami innych podmiotów nie daje wykonawcom również Dyrektywa 2004/18/WE. W art. 47 Dyrektywa daje wykonawcy możliwość polegania na zdolności i zasobach innego podmiotu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, natomiast przywoływany przez Zamawiającego na rozprawie art. 48 odnosi się do ww. możliwości w zakresie zdolności technicznej i doświadczenia. Kwestia uprawnień została uregulowana w art. 46 Dyrektywy, gdzie ww. możliwości nie przewidziano. Uprawnień takich nie daje również art. 25 Dyrektywy, na który powoływał się Zamawiający, dający zamawiającemu możliwość wymagania od wykonawców wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierzają powierzyć podwykonawcom. Przedmiotowy dokument może być, jako składany potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, przedmiotem uzupełnienia zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jednakże uzupełnienie takie może być dokonane tylko jednokrotnie, co zostało już w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonane.

Analizując dokumenty przedmiotowego postępowania Izba stwierdziła, że istotnie doszło do zmiany przez Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. zaoferowanej ceny. Pierwotnie Wykonawca ten zaoferował wykonanie zamówienia trwającego przez okres od 1 stycznia 2009 r. do dnia 31 grudnia 2011 r. (pkt 2 ppkt 4 Formularza oferty) za kwotę 3 120 750,24 zł. brutto. Na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 5 grudnia 2008 r. do „sprostowania” ceny, Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. pismem z dnia 8 grudnia 2008 r. przekazała fragment zmodyfikowanego Formularza oferty oraz Formularz cenowy, gdzie cenę za realizację zamówienia przez 3 lata określono na 9 362 250,72 zł. Wskazać w tym miejscu należy na błędne postępowanie Zamawiającego, bowiem to sam Zamawiający, zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, zobowiązany jest do poprawienia omyłek, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Powyższe nie było jednak przedmiotem zarzutu, nie wywarło również negatywnego wpływu na przebieg postępowania. Izba uznała, że ze względu na ilości odpadów wskazane w § 1 ust. 3 Wzoru umowy, a także treść Formularza cenowego stanowiącego Załącznik nr 3 do Formularza oferty, który jednoznacznie wskazywał na konieczność wyliczenia ceny za rok realizacji usługi, cena wskazana pierwotnie przez Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. stanowi omyłkę polegającą wstawieniu kwoty wyliczonej w Formularzu cenowym do Formularza oferty. W tym miejscu

wskazać należy, iż rodzaje omyłek popełnionych w treści oferty, które można poprawić, określone zostały w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, któremu nowe brzmienie nadała nowelizacja ustawy Pzp z dnia 4 września 2008 r. Przepis ten wymienia 3 kategorie omyłek: oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. Omyłka popełniona przez Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. z całą pewnością nie jest oczywistą omyłką pisarską czy rachunkową. W ocenie Izby, omyłkę tę należy kwalifikować do trzeciej z ww. kategorii. Jednakże z uwagi na fakt, iż jej sprostowanie wiąże się z trzykrotnym wzrostem ceny (z 3 120 750,24 zł na 9 362 250,72 zł) nie sposób stwierdzić, iż nie powoduje ono istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z uwagi na tę „istotność” omyłka ta nie podlega, w ocenie Izby, poprawie w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Izba uznała za zasadny.

Wobec nieuprawnionego poprawienia ceny zaoferowanej przez Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. potwierdził się również zarzut zaoferowania przez ww. Wykonawcę ceny rażąco niskiej. Pojęcia ceny rażąco niskiej nie definiuje prawo, jednakże w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych wykształcił się pogląd, iż ceną taką jest cena nierealna, znacząco odbiegająca od cen rynkowych, wskazująca na wykonanie usługi poniżej jej kosztów. Punktem odniesienia dla ceny podanej przez Wykonawcę w procesie oceny czy cena ta jest rażąco niska jest szacunkowa wartość zamówienia powiększona o VAT. W wyniku tego porównania Izba stwierdziła, że zaoferowana cena jest niższa od wartości zamówienia określonej przez Zamawiającego powiększonej o VAT o około 27%. Cena ta jest również znacząco niższa od cen podanych przez pozostałych wykonawców, w tym o 23,81 % od ceny zaoferowanej przez Odwołującego, o 19 % od ceny zaoferowanej przez EKO-TRADE Sp. z o.o. i o 21,66% od ceny PPH UTEX Sp. z o.o. Ponadto, fakt zaniżenia ceny przyznała pośrednio Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. podwyższając w dniu 8 grudnia 2008 r. cenę do 9 362 250,72 zł. Powyższe prowadzi do konstatacji, że cenę zaoferowaną przez ww. Wykonawcę, której nie można poprawić w myśl art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, należy uznać za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym stanie faktycznym, ze względu na brak możliwości uznania zaoferowanej ceny za rażąco niską bez umożliwienia Wykonawcy wypowiedzenia się co do tej kwestii, Zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, choć jej wynik, wobec oświadczenia Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. z dnia 8 grudnia 2008 r. dotyczącego ceny, wydaje się być jednoznaczny.

Za zasadny Izba uznała również zarzut dotyczący nie wykazania przez Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. W Wykazie wykonanych usług Wykonawca ten wykazał wykonanie 7 usług

przedstawiając dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie w odniesieniu do 3 z nich. Postawiony przez Zamawiającego warunek dotyczył wykazania się przez wykonawców wykonaniem w ciągu ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom w zakresie odbioru i gospodarki odpadami paleniskowymi o kodach 10 01 01 (żużel), 10 01 02 (popiół lotny), 10 01 82 (popiół lotny i denny fluidalny) pochodzących z procesów spalania węgla kamiennego z podaniem ich wartości netto, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. Z brzmienia warunku jednoznacznie wynika, iż Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem usług w zakresie gospodarowania odpadami o wszystkich trzech z ww. kodach. Tymczasem, w ocenie Izby, Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. nie wykazała doświadczenia w gospodarowaniu odpadami o kodach 10 01 01 i 10 01 82. Zarówno Wykaz wykonanych usług (strony 49 i 50 oferty), jak i dokumenty złożone na potwierdzenie ich prawidłowego wykonania (strony 89 – 91 oferty) należą do katalogu dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, które mogą być uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Powyższe ma miejsce w niniejszej sprawie – Wykonawca Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu z uwagi na opisany powyżej brak zezwolenia na odzysk odpadów o kodzie 10 01 82, zatem jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W związku z powyższym, potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego odnośnie nieprawdziwości złożonego na stronie 87 oferty Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. oświadczenia. W dokumencie tym Wykonawca stwierdził, że w wyniku jego długoletniej pracy w kierunku zagospodarowania odpadów o kodach 10 01 01, 10 01 02, 10 01 82, posiada szerokie doświadczenie w odniesieniu do kierunków zagospodarowania tych materiałów w branży budowlanej, cementowniach oraz kopalniach. Stwierdził również, iż jest w stanie zagospodarować ilość odpadów pozyskaną u Zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił dowodu na potwierdzenie swoich twierdzeń, do czego jest zobowiązany w myśl art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.). Izba uznała, wbrew twierdzeniom Odwołującego, iż powyższemu oświadczeniu nie przeczy brak zezwolenia na odzysk odpadów o kodzie 10 01 82, jak również nie wykazanie zrealizowania w ciągu ostatnich 3 lat doświadczenia w gospodarowaniu odpadami o kodach 10 01 01 i 10 01 82. Długoletnia praca, o której mowa w przedmiotowym oświadczeniu mogła być wykonywana przez Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. w okresie wcześniejszym niż ostatnie 3 lata bądź w konsorcjum z innymi wykonawcami.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a oraz 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

Jednocześnie Izba stwierdziła, iż odwołanie wniesione od rozstrzygnięcia protestu z dnia 22 grudnia 2008 r. nie zasługuje na uwzględnienie (sprawa o sygn. akt KIO/UZP 43/09).

Izba stwierdziła, iż Zamawiający przekazując poszczególnym Wykonawcom zaproszenie do negocjacji już w tym dokumencie wskazał na warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty, które Wykonawcy powinni złożyć na potwierdzenie ich spełniania (Załącznik nr 2). Wśród ww. dokumentów znajdowały się również zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego oraz Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzające odpowiednio, iż wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne lub że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert. W przedmiotowym stanie faktycznym Zamawiający wyznaczył termin negocjacji na dzień 17 listopada 2008 r. Evonik Energo Mineral Sp. z o.o. złożyła w trakcie negocjacji zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach oraz zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek wydane w dniu 27 sierpnia 2008 r., zatem ww. dokumenty uznać należy za ważne i wydane w terminie zgodnym z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Potwierdził tym samym postawiony w zaproszeniu do negocjacji warunek. Izba uznała, iż wymóg załączenia do oferty ww. zaświadczeń wydanych w dacie późniejszej, odpowiadającej dacie składania ofert byłby wymogiem nadmiernym. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3, a tym bardziej do jego wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 2 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy Pzp na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....