

WYROK

z dnia 3 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Katarzyna Brzeska

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 grudnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **17 listopada 2014 r.** przez konsorcjum firm: **NOVA Sp. z o.o. (lider); SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział Nowy Sącz; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o., ul. Śniadeckich 14, 33-300 Nowy Sącz** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Nowy Sącz, ul. Rynek 1, 33-300 Nowy Sącz**, przy udziale:

- A) **Konsorcjum AVR Sp. z o.o. (lider), ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków oraz AVR S.p.A., Via Francesco Tensi 116, 00133 ROMA**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego konsorcjum firm: **NOVA Sp. z o.o. (lider); SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział Nowy Sącz; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o., ul. Śniadeckich 14, 33-300 Nowy Sącz**,
 - 1.2. unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum firm: **AVR Sp. z o.o. (lider), ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków oraz AVR S.p.A., Via Francesco Tensi 116, 00133 ROMA**,
 - 1.3. ponowienie czynności badania oceny i wyboru oferty, poprzedzone wezwaniem konsorcjum firm: **AVR Sp. z o.o. (lider), ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków oraz AVR S.p.A., Via Francesco Tensi 116, 00133 ROMA** do złożenia:

a) wyjaśnień i dowodów na temat wskazanego w ofercie pojazdu: o numerze VIN ZCFC357170D514374, IVECO DAILY 35C11 i posiadanego napędu przez ten pojazd;

b) dokumentu potwierdzającego posiadanie na termin złożenia ofert umowy z podmiotem właściwym do zagospodarowanie odpadów obejmujących przetwarzanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania,

c) do uzupełnienia dokumentu Certyfikatu Jakości zgodnie z normą ISO 9001 lub Certyfikatu Ochrony Środowiska zgodnie z normą ISO 14001 lub innego równoważnego potwierdzającego spełnianie wymogów standardów zarządzania jakościowego lub zarządzania środowiskowego w odniesieniu lidera konsorcjum, tj. **AVR Sp. z o.o., ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Miasto Nowy Sącz, ul. Rynek 1, 33-300 Nowy Sącz**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **NOVA Sp. z o.o. (lider); SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział Nowy Sącz; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. Śniadeckich 14, 33-300 Nowy Sącz tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od zamawiającego **Miasta Nowy Sącz, ul. Rynek 1, 33-300 Nowy Sącz kwotę 18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz odwołującego: **NOVA Sp. z o.o. (lider); SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział Nowy Sącz; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o. Śniadeckich 14, 33-300 Nowy Sącz** tytułem zwrotu kosztów poniesionego wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Nowym Sączu.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE 2014/S 153- 275028 z 12.08.2014r., nr 2014/S 168-299146; 2014/S 182-321261 na „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Nowego Sącza oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych”, dnia 17 listopada 2014 r. zostało złożone w formie elektronicznej odwołanie przez konsorcjum firm: NOVA Sp. z o.o. (lider); SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział Nowy Sącz; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o., w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia przez zamawiającego w dniu 6 listopada 2014 r. o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej konsorcjum AVR Sp. z o.o. (lider) z siedzibą w Krakowie oraz AVR S.p.A. z siedzibą w Rzymie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Miastu Nowy Sącz naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r., poz. 907 z późniejszymi zmianami) zwanej dalej ustawą Pzp, tj.:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. (zwane dalej: konsorcjum AVR), pomimo braku przesłanek ku temu,

2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego (zwane dalej: konsorcjum NOVA), pomimo braku podstaw ku temu,

3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentu, który znajdował się w ofercie,

4. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum AVR z postępowania:

- ze względu na brak potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym, tj.: bazą magazynowo - transportową oraz pojazdem do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła, spełniającego normę min. EURO 5;

- oraz ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji przez konsorcjum AVR w tym zakresie,

5. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust.1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum AVR, pomimo, iż z załączonych do oferty dokumentów nie wynika, iż konsorcjum będzie wykonywało przedmiot zamówienia, zgodnie z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ oraz przepisami odrębnymi,

5. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum AVR z postępowania ze względu na brak potwierdzenia przez AVR S.p.A. spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności,

6 art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego żądania wyjaśnień od konsorcjum AVR co do rażąco niskiej ceny,

7. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum AVR ze względu na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz żądał nakazania zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) dokonania ponownej oceny i badania ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) dokonania czynności odrzucenia oferty konsorcjum AVR,
- 5) dokonania czynności wykluczenia konsorcjum AVR z postępowania,
- 6) dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Jednocześnie na podstawie art. 190 ust. 1 w zw. z art. 190 ust. 4 Pzp odwołujący wnosil o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego z listy Sądu Okręgowego w Warszawie z dziedziny księgowość, finanse, ekonomia, rachunkowość i ekonomika w celu wykazania, że zaoferowana cena przez konsorcjum AVR jest ceną rażąco niską i o zobowiązanie biegłego do udzielenia informacji, czy:

- zamawiający bezpodstawnie zaniechał żądania wyjaśnień od konsorcjum AVR co do rażąco niskiej ceny, pomimo przesłanek przewidzianych w art. 90 ust. 1 Pzp,

- cena wskazana w ofercie konsorcjum AVR obejmuje wszystkie elementy, niezbędne do wykonania zamówienia w terminie i zakresie opisanym w SIWZ - w wysokości pozwalającej na co najmniej nie poniesienie straty przy realizacji przedmiotu zamówienia?

- czy konsorcjum AVR uwzględniło koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym koszty dodatkowe i pośrednie i te, które mogą pojawić się w trakcie

realizacji zamówienia, a które powinien wykonawca przewidzieć w dacie sporządzania ofert i uwzględnić koszty realizacji zamówienia?

- jaka jest przewidywalna wysokość ewentualnego zysku lub straty, którą może ponieść konsorcjum AVR.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że w interesie każdego wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne jest dążenie do tego, aby postępowanie to toczyło się zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy. Odwołujący uznawał, że może ponieść szkodę na skutek zaniechań oraz czynności podjętych przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu, gdyż w jego ocenie złożył ofertę kompletną oraz zgodną z wymaganiami SIWZ. Tymczasem zamawiający, wbrew temu, co wynikało ze stanu faktycznego oraz stanu prawnego, zażądał od odwołującego dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a następnie w sposób nieprawidłowy dokumenty te ocenił. Jednocześnie, zamawiający, zaniechał podjęcia stosownych czynności w stosunku do oferty konsorcjum AVR, w szczególności nie wyjaśnił wątpliwości dotyczących rażąco niskiej ceny, jaką zawierała ta oferta, a następnie nie dokonał czynności odrzucenia tej oferty ze względu na rażąco niską cenę.

Ponadto, zamawiający zaniechał gruntownego przebadania oferty złożonej przez konsorcjum AVR, zwłaszcza w zakresie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z treścią SIWZ. Tym samym, zdaniem odwołującego, zamawiający naruszył podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji w postępowaniu. Na skutek działań zamawiającego, odwołujący poniósł szkodę, ponieważ został mu odcięty dostęp do uzyskania niniejszego zamówienia publicznego. W związku z powyższym wskazywał, iż legitymuje się interesem prawnym we wniesieniu odwołania.

Odnosząc się do terminu na wniesienie odwołania, odwołujący zaznaczał, że zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 Pzp, złożył odwołanie w terminie 10 dni od dnia uzyskania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. od 6 listopada 2014r. Odwołujący przekonywał, iż ze względu na fakt, że na skutek nieprawidłowego w jego ocenie wezwania w drodze art. 26 ust. 3 Pzp - poniósł szkodę dopiero na etapie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, w związku z powyższym, uznał też, iż zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp został podniesiony w terminie ustawowym na wniesienie środka ochrony prawnej.

Odwołujący informował, że zgodnie z decyzją zamawiającego, za najkorzystniejszą ofertę w niniejszym postępowaniu uznano ofertę konsorcjum AVR z ceną 22 749 971,04 zł

brutto. Z kolei, oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ze względu na rzekomy brak potwierdzenia, że oferowane przez odwołującego usługi odpowiadają wymaganiom zamawiającego.

I. Zarzuty odwołującego wobec dokonanej oceny jego oferty.

Zarzut I.1. Naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo braku podstaw ku temu.

Zarzut I.2. Naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp poprzez wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentu, który znajdował się w ofercie.

Odwołujący podnosił, że zgodnie z rozdziałem VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ, zamawiający wymagał od wykonawców celem potwierdzenia spełniania przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego przedłożenia „umów (umowy) zawartych z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne przetwarzające zmieszane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania oraz odpady zielone wskazanymi dla Regionu sądecko-gorlickiego Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r., lub oświadczenia o prowadzeniu instalacji regionalnej”. Wskazany dokument związany był z wymaganiem zamawiającego, co do przedmiotu zamówienia. Zgodnie bowiem z pkt 5 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ „Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych do regionalnej instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych.”

Na potwierdzenie, iż oferowane usługi odpowiadają wymaganiom SIWZ, odwołujący złożył oświadczenie oraz umowę potwierdzającą, iż odwołujący ma dostęp do instalacji regionalnych przetwarzających zmieszane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania oraz odpady zielone.

Oświadczeniem z dnia 9 października 2014 r., odwołujący potwierdził dysponowanie instalacją regionalną przetwarzającą zmieszane odpady komunalne oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. Natomiast na potwierdzenie posiadania dostępu do instalacji regionalnej przetwarzającej odpady zielone, odwołujący przedstawił umowę z dnia 1 kwietnia 2014r., Nr 1/04/2014/NOVA, zawartą z firmą Kompostech Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu. Zgodnie z § 1 ust. 1 tej umowy Kompostech Sp. z o.o. jako zleceniobiorca zobowiązał się do zagospodarowania dostarczanych przez odwołującego (zleceniodawcę) odpadów o kodach 20 01 08 oraz 20 02 01 (a zatem odpadów zielonych). Wskazana umowa zgodnie z § 3 ust. 2 obowiązuje strony

do dnia 31 grudnia 2014r. Tym samym, według odwołującego potwierdzone zostało, że w momencie upływu terminu składania ofert posiadał on dostęp do instalacji regionalnej przetwarzającej te rodzaje odpadów, na które zamawiający wskazał w wymaganiu określonym w rozdz. VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ. Tymczasem, zamawiający ocenił wskazane oświadczenie oraz umowę za niewystarczające dla potwierdzenia wymagania określonego w rozdz. VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ. Podstawą wątpliwości zamawiającego było oświadczenie odwołującego z dnia 9 października 2014r. dołączone do oferty, z którego wynikało, iż nie została jeszcze zawarta umowa z Kompostech Sp. z o.o., która obowiązywałaby przez cały okres wykonywania przedmiotu zamówienia. Zatem wiążącą obie strony umową była w momencie składania oferty tylko Umowa Nr 1/04/2014/NOVA, obowiązująca do dnia 31 grudnia 2014 r.

Wskazane oświadczenie, jak zaznaczał odwołujący było złożone z czystej ostrożności, zgodnie z dyspozycją art. 355 Kodeksu cywilnego. Zdaniem odwołującego, zamawiający niezasadnie ocenił dokumenty, dokonując interpretacji oświadczenia woli, jakim jest oferta, z uwzględnieniem wskazanego oświadczenia, które miało charakter jedynie dodatkowy. W opinii odwołującego, zamawiający winien był dokonać oceny oferty, biorąc pod uwagę dokumenty złożone przez odwołującego i korespondujące z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ. Tymczasem, zamawiający, koncentrując się na oświadczeniu odwołującego z dnia 9 października 2014r., w dniu 27 października 2014r. wezwał odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu w postaci umowy z podmiotem prowadzącym instalację regionalną przetwarzającą odpady zielone w regionie sądecko - gorlickim, w celu potwierdzenia, iż oferowana przez wykonawcę usługa spełnia wymagania zamawiającego.

W terminie wyznaczonym przez zamawiającego, odwołujący odpowiedział na niniejsze wezwanie. W odpowiedzi z dnia 4 listopada 2014r. odwołujący wskazał, iż załączył do oferty umowę potwierdzającą spełnianie wymagania określonego w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ. Jednocześnie, kierując się art. 355 Kodeksu cywilnego, z daleko idącej ostrożności załączył ponownie dla potwierdzenia warunku określonego w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ umowę z dnia 1 kwietnia 2014 r. zawartą z firmą Kompostech Sp. z o.o. Tymczasem, zamawiający nie przyjął ani wyjaśnień złożonych przez odwołującego, ani załączonego do nich dokumentu, uzupełnionego zgodnie z wezwaniem na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, podtrzymując stanowisko, iż umowa ta nie potwierdza spełniania wymagania zawartego rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ.

Zdaniem odwołującego, zamawiający w swoich czynnościach popełnił kilka nieprawidłowości. Po pierwsze, wskazane wezwanie do uzupełnienia dokumentów było działaniem nieuprawnionym ze strony zamawiającego, gdyż dyspozycja art. 26 ust. 3 Pzp

przewiduje obowiązek zamawiającego - wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, gdy „w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 (...), albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy (...), do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Tymczasem analizując stan faktyczny, nie można stwierdzić, iż doszło do sytuacji określonej hipotezą zawartą w art. 26 ust. 3 Pzp, bowiem odwołujący złożył wszystkie dokumenty wymagane w SIWZ, jak również wszystkie te dokumenty odpowiadały wymaganiom zamawiającego i potwierdzały zgodność oferowanych usług z opisem przedmiotu zamówienia. Jak sam zamawiający zauważył w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, umowa lub oświadczenie wymagane w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ stanowiły dokumenty w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, a zatem znajdował do nich zastosowanie art. 26 ust. 3 zdanie 2 Pzp „Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert”. Zatem datą kluczową dla oceny, czy dany dokument potwierdza spełnianie przez oferowane usługi wymagań SIWZ była data upływu terminu składania ofert. Ponieważ przedstawiona przez odwołującego umowa z dnia 1 kwietnia 2014r., potwierdzająca dostęp wykonawcy do instalacji regionalnej przetwarzającej odpady zielone była ważna w momencie upływu terminu składania ofert (i nadal jest obowiązująca), zatem odwołujący uznał, iż potwierdzała zgodność oferowanych usług z wymaganiami SIWZ. Zwłaszcza, iż zamawiający nie wyartykułował w sposób jednoznaczny, iż wykonawcy mają przedstawić umowy lub oświadczenia potwierdzające, iż posiadają oni dostęp do instalacji regionalnej w określonym terminie. Jedynym wyspecyfikowanym wymaganiem w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ były rodzaje odpadów, jakie miały być przetwarzane przez instalacje regionalne.

Zamawiający, w odpowiedziach opublikowanych 30 września 2014r. na pytanie nr 1 o treści: „Czy umowa lub umowy powinny być zawarte z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne dla Regionu sądecko-gorlickiego na czas trwania zamówienia tj. od 1 stycznia 2015r. do 31 grudnia 2017?” Odpowiedział następująco: „Obowiązkiem Wykonawcy, w celu potwierdzenia, iż oferowana przez niego usługa spełnia wymagania Zamawiającego, jest załączenie do oferty umowy lub umów zawartych z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne dla Regionu sądecko-

gorlickiego, z której (których) musi wynikać, iż oferowana usługa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Przedmiotowa umowa/umowy należą do katalogu tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, a do tego rodzaju dokumentów Zamawiający nie określa w sposób szczegółowy ich treści, gdyż z treści powyższych dokumentów (umowy/umów) winno jedynie wynikać, iż oferowane przez wykonawcę usługi odpowiadają wymaganiom przedmiotu zamówienia, określonym przez Zamawiającego”.

Według odwołującego tą enigmatyczną odpowiedzią, zamawiający przyznał, iż nie określił żadnych szczegółowych wymagań w zakresie treści składanych umów oraz oświadczeń, a zwłaszcza w zakresie terminu ich trwania. W związku z powyższym, wobec dokumentów wskazanych w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ odwołujący przyjął ogólną zasadę wyrażoną w art. 26 ust. 3 zdanie 2 Pzp, o której wspomniano wyżej. Jednocześnie, odwołujący zaznaczał, iż zamawiający ustalając bardzo ogólnikowo warunek określony w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ oraz odpowiadając na pytanie nr 1 w dniu 30 września 2014r. samodzielnie określił w sposób wiążący, jak będzie oceniać złożone przez wykonawców dokumenty. Skoro żadnych szczegółowych wymagań nie poczynił na etapie sporządzania SIWZ oraz wyjaśniania jej treści, stąd nie może na etapie dokonywania oceny ofert wysuwać wymagań lub warunków wcześniej niewyartykułowanych. Jak wskazał Sąd Okręgowy w wyroku z dnia 16 maja 2012r., sygn. akt: II Ca 397/13: *„Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) powinna zawierać wskazanie warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, jaki precyzuje zamawiający w celu zapewnienia, że wybrany wykonawca będzie zdolny do należytego wykonania zamówienia. Jest to konieczne również z punktu widzenia wykonawcy, który jeszcze przed sporządzeniem oferty powinien wiedzieć, czy spełnia postawione mu warunki i czy celowe jest przystąpienie do przetargu. Jak trafnie wskazała Izba w pisemnych motywach zaskarżonego rozstrzygnięcia, od chwili udostępnienia SIWZ jest ona wiążąca dla zamawiającego i jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych, co wynika z art. 70¹ § 4 k.c.”* W doktrynie wskazuje się, że SIWZ można uznać za warunki przetargu w rozumieniu Kodeksu cywilnego, co uzasadnia stosowanie powołanego wyżej przepisu. W konsekwencji udostępnienie SIWZ skutkuje tym, że zamawiający jest związany swoim oświadczeniem woli, co do warunków prowadzenia postępowania i innych elementów wymienionych w SIWZ (zob. M. S., Komentarz do art. 36 ustawy - Prawo zamówień publicznych, komentarz WKP 2012). Oznacza to, że po otwarciu ofert zamawiający nie może dokonywać ich oceny w sposób dowolny, sprzeczny z treścią warunków określonych w SIWZ. Zamawiający nie może oceniać ofert w kategoriach zgodności lub niezgodności ze swoimi intencjami, które nie zostały w sposób jasny dookreślone w SIWZ. Opierając ocenę oferty wyłącznie o swoje intencje zamawiający może

doprowadzić do dowolności, która stoi w sprzeczności z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (zob. m.in. wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z dnia 28.01.2005 r., UZP/ZO/O-121/05, LEX nr 168190; wyrok KIO z dnia 23.01.2012 r., KIO 51/12, LEX nr 1109093)”.

Tym samym, odwołujący uznał, że pierwotny dokument złożony przez niego odpowiadał wymaganiom SIWZ, jak również ten sam dokument uzupełniony w drodze art. 26 ust. 3 Pzp. Z tych względów, poczytał za niezasadne wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 27 października 2014r., bowiem zamawiający zażądał uzupełnienia dokumentu, który znajdował się w ofercie, jak również odpowiadającego wymaganiom SIWZ i potwierdzającego spełnianie wymagań określonych przez zamawiającego. Odwołujący argumentował, że powyższy wniosek potwierdza także zastosowanie tzw. systemowej wewnętrznej metody wykładni normy prawnej, w oparciu, o którą interpretacja jednego członu danego przepisu nie może być dokonywana w oderwaniu od jej drugiego członu. Uwagę tą odnosił do sformułowania zamieszczonego w ostatnim fragmencie analizowanego pkt 15 ppkt 1 rozdziału VII SIWZ, zgodnie z którym alternatywą dla przedstawienia ww. umowy jest złożenie „oświadczenia o prowadzeniu instalacji regionalnej”. Użyty w tym sformułowaniu czas terażniejszy świadczy, więc o tym, że prawnie relewantny dla zamawiającego jest stan obecny - istniejący na dzień składnia ofert. Gdyby było inaczej, zamawiający nie żądałby, bowiem „oświadczenia o prowadzeniu” RIPOK, lecz „oświadczenia o zamiarze (deklaracji) prowadzenia” RIPOK w okresie realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, tj. od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2017 r. Oczekiwanie takie nie zostało jednak sformułowane, gdyż racjonalnym było założenie, że działanie RIPOK zdolnej do odbierania odpadów z terenu miasta Nowego Sącza w całym okresie realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego jest jednak zdarzeniem przyszłym i niepewnym, podobnie jak kwestia możliwej awarii takiej instalacji, uniemożliwiającej przyjmowanie odpadów, która dezaktualizowałaby wszelkie tego rodzaju „gwarancje” przyjęcia ich do zagospodarowania w RIPOK. Dokonując wykładni wymogu określonego w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ wskazywał na dyspozycję art. 91 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 1399 z póź. zm.), zgodnie z którym *„1. Prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest obowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi.*

2. *W przypadku wystąpienia awarii regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, uniemożliwiającej odbieranie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania od podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości odpady te przekazuje się do instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi tego regionu, wskazanych w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami. Prowadzący instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, która została wskazana jako instalacja zastępcza, jest obowiązany przyjmując przekazywane do tej instalacji odpady.* Wynikająca z tego przepisu norma prawna gwarantuje, bowiem w sposób rzeczywisty i trwały prawo do żądania przyjęcia odpadów do zagospodarowania przez podmiot prowadzący RIPOK. Istnienie ww. przepisu wyklucza, więc jakąkolwiek niepewność, co do dostępności usług świadczonych przez RIPOK dla wszystkich podmiotów odbierających odpady komunalne. Przynotował tezę z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 czerwca 2013 r. (sygn. KIO 1378/13), publ. Legalis nr 738288: „(...) okoliczność, iż Wykonawca zabezpieczy zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych nie wymaga potwierdzenia mocą umowy, skoro gwarancją ich zagospodarowania przez obowiązek zawarcia umowy w tym przedmiocie stanowi przepis art. 91 o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.” Brak takiej niepewności nie pozwala, więc na zastosowanie rozszerzającej wykładni postanowienia zamieszczonego w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ, która sprowadzałaby się do potwierdzenia tezy zawartej w pytaniu, której zamawiający nie potwierdził w swojej odpowiedzi udzielonej w dniu 30 września 2014 r. Niezależnie, bowiem od tego, czy na etapie przetargu wykonawcy dysponują umową dotyczącą zagospodarowania odpadów komunalnych obejmującą cały okres realizacji zamówienia publicznego, czy też dysponują jedynie umową ważną na dzień składania ofert, odpady i tak muszą trafić do RIPOK, który ma prawny obowiązek je przyjąć na podstawie umowy, jaką obowiązany jest zawrzeć zgodnie z zacytowanym przepisem Ponadto, jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w cytowanym wyżej wyroku, „Żaden przepis prawa nie nakłada jednak na podmiot prowadzący RIPOK obowiązku składania jakichkolwiek oświadczeń o przyjmowaniu w przyszłości odpadów komunalnych od poszczególnych podmiotów odbierających lub pretendujących do odbierania odpadów komunalnych. (...)”, zaś (...) wykonawcy nie mają żadnego roszczenia ani jakiegokolwiek prawnego instrumentu pozwalającego wymusić uzyskanie takiego dokumentu od takiego podmiotu.” Odwołujący uznał to za kolejny argument uzasadniający tezę, iż wymóg zamieszczony w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ powinien być interpretowany ściśle, a więc w sposób prowadzący do wniosku, iż wymóg ten spełnia każda umowa zawarta z podmiotem prowadzącym „właściwy miejscowo” RIPOK, o ile na dzień składania ofert jest ona ważna. Dla spełnienia ww. wymogu nie posiada, więc żadnego znaczenia m.in. okoliczność czasokresu obowiązywania

tej umowy. Odwołujący nie zgodził się z argumentacją przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą we wskazanym wyroku, iż sformułowanie wymogu dysponowania „zapewnieniem przyjmowania odpadów do RIPOK” od podmiotu prowadzącego RIPOK (równoznacznym z zawarciem umowy), dotyczącym całego okresu realizacji zamówienia publicznego, mogłoby stanowić przyczynę powstawania patologicznych zjawisk antykonkurencyjnych, związanych z „blokowaniem” wykonawcom dostępu do zamówienia przez - posiadające pozycję monopolistyczną - podmioty prowadzące RIPOK, np. poprzez narzucanie nieuczciwych warunków umownych, w tym cen. Stwarzanie przez zamawiających warunków do powstawania tego rodzaju zjawisk, noszących znamiona praktyk ograniczających konkurencję określonych w art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, pozostawałoby zaś w niewątpliwiej sprzeczności z podstawową zasadą udzielania zamówień publicznych, wyrażoną w art. 7 Prawa zamówień publicznych. Zauważył, że taka „antyrynkowa” i „antykonkurencyjna” wykładnia postanowień SIWZ implikowałaby istotne zagrożenia również dla zamawiających. Stosowanie praktyk monopolistycznych przez podmiot prowadzący RIPOK „uderza” bowiem wprawdzie bezpośrednio w wykonawców, ale pośrednio i najbardziej dotkliwie w zamawiających, gdyż faktyczne koszty tychże praktyk monopolistycznych wykonawcy zmuszeni byłiby uwzględnić w cenie ofertowej.

Odwołujący podkreślał fakt, iż w punkcie 5 „Szczegółowego opisu zamówienia” - który został określony w zmienionym w dniu 18 września 2014 r. załączniku nr 1 do SIWZ - wymóg dotyczący przekazywania do RIPOK odniesiony został przez zamawiającego wyłącznie do „zmieszanych odpadów komunalnych”. W tym kontekście za niezrozumiałe przyjął, jakie konkretnie „wymaganie” sformułowane przez zamawiającego w SIWZ miałyby potwierdzać żądana przez zamawiającego umowa „(...) z podmiotem prowadzącym instalację regionalną przetwarzającą odpady zielone w Regionie sądecko-gorlickim (.a którego to wymagania nie potwierdzałyby przedłożona wraz z ofertą umowa Nr 1/04/2014/NOVA z dnia 1 kwietnia 2014 r. pomiędzy NOVA Sp. z o.o. a Kompostech Sp. z o.o. w przedmiocie zagospodarowania odpadów zielonych). Zaznaczał, że zamawiający w treści SIWZ nie określił w ogóle standardu wykonywania usług zagospodarowania odpadów, w związku z czym nie jest jasne, jakie „wymagania” dotyczące sposobu wykonywania tej usługi miałyby potwierdzać oświadczenia lub umowy, o których mowa w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ. „Wymaganiem”, na okoliczność spełnienia, którego zamawiający może zażądać dodatkowych dokumentów w trybie art. 25 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w związku z § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, winien być bowiem określony standard (sposób) świadczenia usługi, realizacji dostawy lub wykonywania robót budowlanych, a nie sam fakt świadczenia usługi. Dobitym tego świadectwem jest przykładowy katalog dowodów potwierdzających

„wymagania” zamawiającego, określony w wymienionym wyżej § 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...), w których wymieniono m.in. próbki produktów, czy też zaświadczenia potwierdzające jakość dostarczanych produktów albo norm zarządzania środowiskiem. Odwołujący uznał powyższe za kolejny argument na rzecz braku podstaw do stosowania wykładni rozszerzającej, polegającej na wyinterpretowaniu dalej idących wymagań, dotyczących przedłożonych dokumentów, niż to wynika z literalnego brzmienia postanowienia zamieszczonego rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ. Podtrzymał twierdzenie o braku podstaw do uznania, że przedłożona przez konsorcjum umowa Nr 1/04/2014/NOVA z dnia 1 kwietnia 2014 r. pomiędzy NOVA Sp. z o.o. a Kompostech Sp. z o.o. w przedmiocie zagospodarowania odpadów zielonych nie spełnia ww. wymogu SIWZ.

Jednocześnie, odwołujący ponowił argumentację, że posiada interes prawny w podnoszeniu niniejszego zarzutu, jak również zarzut nie jest złożony po terminie, bowiem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (art. 179 ust. 1 Pzp). Tym samym, dla wykazania legitymacji we wniesieniu odwołania, odwołujący musi wykazać interes w uzyskaniu zamówienia (w szerokim znaczeniu tego pojęcia) oraz wykazać szkodę. Jak podała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 listopada 2012r., KIO 2424/12: *„Zatem, Odwołujący obok wykazania faktycznego interesu w uzyskaniu zamówienia, co w rozpoznawanej sprawie jest niesporne, winien wykazać naruszenie przepisów Pzp oraz poniesienie lub możliwość poniesienia szkody, rozumianej wyłącznie, jako szkody majątkowej, a więc nie obejmującej krzywdy stanowiącej szkodę niemajątkową. Odwołujący nie mógł ponieść szkody majątkowej wyłącznie na skutek wezwania przez Zamawiającego do złożenia dokumentu, skoro dokument, jedyny jaki posiada w tym zakresie, złożył w wyznaczonym terminie. Wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest niewątpliwie jednym z etapów postępowania (część procedury) w toku badania i oceny ofert, którego efektem jest ocena ofert i w konsekwencji wybór najkorzystniejszej oferty lub unieważnienie postępowania. Czynność ta, jako czynność będąca częścią procedury, której następstwem jest ocena ofert, sama w sobie nie powoduje powstania szkody, w przeciwieństwie do np. wezwania w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, gdzie przepis ust. 3 tego artykułu stanowi bezpośrednią sankcję związaną z niezłożeniem wyjaśnień lub złożeniem wyjaśnień o niewłaściwej treści, w postaci odrzucenia oferty wykonawcy. Możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody majątkowej może wystąpić dopiero w przypadku niekorzystnej dla jego interesu oceny oferty dokonanej w toku wyboru oferty najkorzystniejszej, od której to czynności przysługują zagwarantowane ustawowo środki ochrony prawnej”.*

Tym samym, w ocenie odwołującego Izba potwierdziła, iż naruszenie interesu wykonawcy oraz poniesienie przez niego szkody, a zatem łączne wystąpienie przesłanek legitymujących do skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, może nastąpić dopiero w momencie wyboru najkorzystniejszej oferty. Z samej bowiem czynności wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu nie można wywieść szkody lub zagrożenia jej poniesienia, a zatem legitymacji procesowej dla odwołującego. W związku z powyższym, wskazany zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp winien być, zdaniem odwołującego, rozpatrzony przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Odwołujący przekonywał, że przedstawione wyżej nieprawidłowości w czynnościach zamawiającego pociągnęły za sobą bardziej dalekosiężne skutki w postaci odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający, bowiem, najpierw niezasadnie uznał dokumenty złożone przez odwołującego na potwierdzenie spełnienia wymagania określonego w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ za nie odpowiadające tym warunkom, a później równie nieprawidłowo ocenił umowę złożoną w drodze uzupełnienia. Przedstawiony wyżej stan faktyczny i prawny potwierdza w opinii odwołującego, iż zamawiający nie miał żadnych podstaw do stwierdzenia jakoby odwołujący nie potwierdził, że oferowane przez niego usługi odpowiadają wymaganiom SIWZ. Stąd, również czynność odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przyjął, jako nie znajdującą uzasadnienia w stanie faktycznym oraz prawnym.

Stanowisko zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że zarzut dotyczący wezwania do uzupełnienia dokumentu jest spóźniony, bo czynność ta miała miejsce 27 października 2014r. Zdaniem zamawiającego, skoro umowa ma się odnosić do przedmiotu zamówienia, a przedmiot zamówienia ma być realizowany od 2015r. do końca 2017r. i mimo, że nie podał wprost tego w odpowiedzi na pytanie wykonawcy do SIWZ to jednocześnie przyjął, że nie może oceniać oferty odwołującego według stanu na moment upływu terminu złożenia ofert, to jest 13 listopada 2014r., a wyinterpretował, że warunek ten dotyczy całości okresu, na który będzie zawarta umowa. Powołał się na treść formularza oferty, gdzie wykonawca podejmuje zobowiązanie do odbierania i zagospodarowania odpadów z terenów podległych zamawiającemu w okresie od 1 stycznia 2015r. do 31 grudnia 2017r. W ocenie zamawiającego skoro odwołujący przedstawił inne, nie wymagane dokumenty, dotyczące „negocjacji ze spółką Kompostech” dotyczące zagospodarowania odpadów zielonych, to zdaniem zamawiającego zdawał sobie z tego sprawę, że zamawiający sformułował warunek - przedstawienia umowy nie tylko ważnej na moment terminu złożenia ofert, ale na okres realizacji zamówienia. Zwracał uwagę, że przystępujący zawarł umowę o takiej samej treści, jaką Kompostech przedstawił odwołującemu. Zamawiający stwierdził, że brak w ofercie

odwołującego umowy z podmiotem uprawnionym do zagospodarowania odpadów zielnych z Regionu sądecko-gorlickiego ważnej na cały okres przewidywanej realizacji zamówienia - uprawniał go do odrzucenia oferty konsorcjum odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ.

Stan faktyczny.

Załącznik nr 1 do SIWZ punkt 5 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia „Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych do regionalnej instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych wskazanej Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014r. lub instalacji zastępczej przewidzianej dla obsługi regionu, jeżeli instalacja regionalna ulegnie awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn (...). W przypadku frakcji odpadów selektywnie zebranych w ramach zagospodarowania odpadów, Wykonawca zobowiązany będzie do ich przekazania do instalacji odzysku i unieszkodliwiania, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o których mowa w rozdziale 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Powyższe powtarza § 2 ust. 6 wzoru umowy.

Rozdział VII SIWZ wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy (...) w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Rozdział VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ.

Zamawiający wymaga od wykonawców celem potwierdzenia spełniania przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego przedłożenia:

- 1) „umów (umowy) zawartych z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne przetwarzające zmieszane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania oraz odpady zielone wskazanymi dla Regionu sądecko-gorlickiego Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r., lub oświadczenia o prowadzeniu instalacji regionalnej”.

W wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 30 września 2014 r. na pytanie czy umowa lub umowy powinny być zawarte z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne dla Regionu sądecko-gorlickiego na czas trwania zamówienia tj. od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2017r? Zamawiający udzielił odpowiedzi: Obowiązkiem Wykonawcy, w celu

potwierdzenia, iż oferowana przez niego usługa spełnia wymagania Zamawiającego, jest załączenie do oferty umowy lub umów zawartych z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne dla Regionu sądecko-gorlickiego, z której (których) musi wynikać, iż oferowana usługa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Przedmiotowa umowa/umowy należą do katalogu tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, a do tego rodzaju dokumentów Zamawiający nie określa w sposób szczegółowy ich treści, gdyż z treści powyższych dokumentów (umowy/umów) winno jedynie wynikać, iż oferowane przez wykonawcę usługi odpowiadają wymaganiom przedmiotu zamówienia, określonym przez Zamawiającego.

Oświadczeniem z dnia 9 października 2014 r., złożonym w dokumentach oferty odwołujący potwierdził dysponowanie instalacją regionalną przetwarzającą zmieszane odpady komunalne oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, gdyż Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r., NOVA Sp. z o.o. została wpisana, jako regionalna instalacja do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych. Na powyższej instalacji przetwarzane są zmieszane odpady komunalne oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. Drugie oświadczenie złożone przez partnera konsorcjum PUK EMPOL Sp. z o.o. z 6.10.2014 r. stwierdza, że wymieniony podmiot posiada Zakład Zagospodarowania odpadów w Gorlicach, który stanowi instalację zastępczą dla przetwarzania odpadów komunalnych dla Regionu sądecko-gorlickiego.

Odwołujący przedstawił umowę z dnia 1 kwietnia 2014r., Nr 1/04/2014/NOVA, zawartą z firmą Kompostech Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu wraz z aneksem nr 4. Zgodnie z § 1 ust. 1 tej umowy, Kompostech Sp. z o.o. jako zleceniobiorca zobowiązał się do zagospodarowania dostarczanych przez odwołującego (zleceniodawcę) odpadów o kodach:

- 20 01 08 (odpady kuchenne ulegające biodegradacji)
- oraz 20 02 01 (trawa, liście, gałęzie i konary)
- a zatem odpadów zielonych.

Wskazana umowa zgodnie z § 3 ust. 2 obowiązuje strony do dnia 31 grudnia 2014r.

Ponadto w dokumentach oferty odwołujący zawarł oświadczenie z 13.10.2014 r. informujące, że dotychczas nie doszło do podpisania umowy w sprawie zagospodarowania odpadów o kodzie 20 02 01 z jedynym RIPOK dla odpadów zielonych działającym w Regionie sądecko-gorlickim, tj. Kompostech Sp. z o.o. Odwołujący stwierdził, że spółka ta wykorzystuje pozycję monopolistyczną narzucając rażąco wysokie ceny. Odwołujący przedstawił projekt umowy

jakiej zawarcia od 9 września 2014 r. oczekiwała Spółka Kompostech przy przyjmowaniu odpadów zielonych na instalację regionalną w Nowym Sączu przy ul. Wiklinowej 4A, której nie podpisał, i która miała obowiązywać od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2017 r. pod warunkiem, że wykonawca będzie brał udział w niniejszym przetargu. Odwołujący przedstawił pismo do Kompostech z dnia 10.10.2014 r. zawierające protokół rozbieżności do projektu umowy.

Spółka Kompostech w dniu 10.10.2014 r. odpisała, że traktuje stanowisko odwołującego, jako odmowę zawarcia umowy.

Umowę tej treści podpisał przystępujący.

Pismem z 27.10.2014 r. zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołującego do uzupełnienia następującego dokumentu, potwierdzającego spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego:

„- umów (umowy) zawartych z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne przetwarzające zmieszane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania oraz odpady zielone wskazanymi dla Regionu sądecko-gorlickiego Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego (...) lub oświadczenia o prowadzeniu instalacji regionalnej zwanej dalej „umowa z RIPOK”.

UZASADNIENIE: 1. Zgodnie z treścią Rozdziału VII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „specyfikacją - Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego - którego treść jest zgodna z odpowiednimi przepisami Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231). Zamawiający żądał, aby wykonawcy złożyli dokumenty wymienione w tym rozdziale na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, oraz w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Wśród dokumentów, jakich Zamawiający żądał była m.in. umowa z RIPOK.

2. Zamawiający analizując przedstawione przez Wykonawcę dokumenty ustalił, co następuje:

a) Wykonawca wraz z ofertą przedłożył „Oświadczenie o prowadzeniu instalacji regionalnej”, które potwierdza, iż lider konsorcjum firma Nova Sp. z o. o. Uchwałą Nr U/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r. w sprawie zmiany Uchwały Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, została

wpisana jako Regionalna instalacja do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych dla Regionu sądecko-gorlickiego, przetwarzająca zmieszane odpady komunalne oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania.

b) Wykonawca w złożonej ofercie przedstawił oświadczenie, w którym informuje Zamawiającego, iż nie doszło do podpisania umowy w sprawie zagospodarowania odpadów o kodzie 20 02 01 z jedynym RIPOK dla odpadów zielonych działającym w Regionie sądecko-gorlickim tj. KOMPOSTECH Sp. z o.o. w Nowym Sączu ul. Wiklinowa 4A, ze względu na wykorzystywanie przez Spółkę pozycji monopolisty poprzez żądanie rażąco wysokiej ceny za usługę.

3. W związku z powyższym Zamawiający jest zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do wezwania Wykonawcy do uzupełnienia umowy z podmiotem prowadzącym instalację regionalną przetwarzającą odpady zielone w Regionie sądecko-gorlickim, w celu potwierdzenia, iż oferowana przez Wykonawcę usługa spełnia wymagania Zamawiającego.

III. INFORMACJE FORMALNE

1. Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia Zamawiającemu wymaganego dokumentu do dnia 04.11.2014 r. (...)

4. Dokument podlegający uzupełnieniu powinien potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert tj. 13.10.2014 r.

5. Niedostarczenie w wymaganym terminie w/w dokumentu skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z udziału w przedmiotowym postępowaniu, a jego oferta, jako wykonawcy wykluczonego z udziału w postępowaniu zostanie odrzucona."

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący w piśmie z dnia 4 listopada 2014 r. podał: „Działając w imieniu konsorcjum firm: NOVA Sp. z o.o., SITA Małopolska Sp. z o.o. oraz EMPOL Sp. z o.o. (zwanego dalej: „Konsorcjum”), w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 października 2014 r. do uzupełnienia oferty poprzez przedłożenie „(...) umowy z podmiotem prowadzącym instalację regionalną przetwarzającą odpady zielone w Regionie sądecko-gorlickim, w celu potwierdzenia, iż oferowana przez Wykonawcę usługa spełnia wymagania Zamawiającego”, uprzejmie informuję, iż na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 siwz do oferty załączono umowę Nr 1/04/2014/NOVA z dnia 1 kwietnia 2014 r. łącząca NOVA Sp. z o.o. oraz KOMPOSTECH Sp. z o.o. w przedmiocie zagospodarowania odpadów zielonych. W związku z powyższym działając na podstawie art. 355 § 2 kc. w związku z art. 14 ustawy pzp oraz w związku z wezwaniem, przedkładam w załączeniu ww. Umowę. W ocenie Konsorcjum przedłożona umowa spełnia (...) wymaganie określone przez Zamawiającego w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej:

„SIWZ”), zwłaszcza w kontekście art. 91 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach [t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 1399 z późn. zm.] oraz udzielonej przez Zamawiającego w dniu 30 września 2014 r. odpowiedzi na pytanie nr 1.

Dokonując wykładni wymogu określonego w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ nie można również pominąć dyspozycji art. 91 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach [t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 1399 z późn. zm.], zgodnie z którym „1. Prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest obowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi. (...) Wynikająca z tego przepisu norma prawna gwarantuje bowiem w sposób rzeczywisty i trwały prawo do żądania przyjęcia odpadów do zagospodarowania przez podmiot prowadzący RIPOK. Istnienie ww. przepisu wyklucza więc jakąkolwiek niepewność co do dostępności usług świadczonych przez RIPOK dla wszystkich podmiotów odbierających odpady komunalne. Brak takiej niepewności nie pozwala więc na zastosowanie rozszerzającej wykładni postanowienia zamieszczonego w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ, która sprowadzałaby się do potwierdzenia tezy zawartej w pytaniu, której Zamawiający nie potwierdził w swojej odpowiedzi udzielonej w dniu 30 września 2014 r. Niezależnie bowiem od tego, czy na etapie przetargu wykonawcy dysponują umową dotyczącą zagospodarowania odpadów komunalnych obejmującą cały okres realizacji zamówienia publicznego, czy też dysponują jedynie umową ważną na dzień składania ofert, odpady i tak muszą trafić do RIPOK, który ma prawny obowiązek je przyjąć na podstawie umowy, jaką obowiązany jest zawrzeć zgodnie z zacytowanym przepisem. Tak: wyrok KIO z dnia 25 czerwca 2013 r. (sygn. KIO 1378/13), publ. Legalis nr 738288: „(...) okoliczność, iż Wykonawca zabezpieczy zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych nie wymaga potwierdzenia mocą umowy, skoro gwarancję ich zagospodarowania przez obowiązek zawarcia umowy w tym przedmiocie stanowi przepis art. 91. Ponadto, jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza, „Żaden przepis prawa nie nakłada jednak na podmiot prowadzący RIPOK obowiązku składania jakichkolwiek oświadczeń o przyjmowaniu w przyszłości odpadów komunalnych od poszczególnych podmiotów odbierających lub pretendujących do odbierania odpadów komunalnych. (...)”, zaś „(...) wykonawcy nie mają żadnego roszczenia ani jakiegokolwiek prawnego instrumentu pozwalającego wymusić uzyskanie takiego dokumentu od takiego podmiotu.” Jest to więc kolejny argument uzasadniający tezę, iż wymóg zamieszczony w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ powinien być interpretowany ściśle, a więc w sposób prowadzący do wniosku, iż wymóg ten spełnia każda umowa zawarta z podmiotem prowadzącym „właściwy miejscowo”

RIPOK, o ile na dzień składania ofert jest ona ważna. Dla spełnienia ww. wymogu nie posiada więc żadnego znaczenia m.in. okoliczność czasokresu obowiązywania tej umowy. Konkludując należy więc stwierdzić, że wymaganie określone przez Zamawiającego w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 - o ile w ogóle jest ważne w świetle obowiązującego prawa i zasad współżycia społecznego - może być spełnione przez wykonawcę albo poprzez złożenie oświadczenia o prowadzeniu instalacji regionalnej, albo poprzez przedłożenie ważnej, tj. obowiązującej na dzień składania ofert, umowy z podmiotem prowadzącym RIPOK, dotyczącej zagospodarowania: (1) zmieszanych odpadów komunalnych, (2) pozostałości z sortowania odpadów komunalnych i (3) odpadów zielonych, niezależnie od szczegółowej treści danego stosunku zobowiązaniowego, w tym również niezależnie od okresu, na jaki dana umowa z podmiotem prowadzącym RIPOK została zawarta. Wymóg ten został zatem spełniony przez Konsorcjum, poprzez dołączenie oświadczenia o prowadzeniu RIPOK (w odniesieniu do pkt 1 i 2) oraz umowy Nr 1/04/2014/NOVA z dnia 1 kwietnia 2014 r. łączącej NOVA Sp. z o.o. oraz KOMPOSTECH Sp. z o.o. w przedmiocie zagospodarowania odpadów zielonych (w odniesieniu do pkt 3).

Mając na uwadze powyższe fakty Konsorcjum oświadcza, iż ponownie przedkłada umowę z dnia 1 kwietnia 2014 r. na potwierdzenie warunków uznając, iż umowa ta załączona do oferty wypełnia warunki przedmiotowe wynikające z rozdziału VII pkt 15 ppkt 1 siwz."

Termin składania ofert upływał dnia 13.10.2014 r.

W informacji o wyniku postępowania z dnia 6.11.2014 r. zamawiający podał:

1. złożonych ofert: 2, z czego odrzucono 1 ofertę.
2. ceny złożonych ofert:
 - a) oferta z najniższą ceną: 22 749 971,04 zł brutto
 - b) oferta z najwyższą ceną: 26 593 920,00 zł brutto
3. informacja o ofercie najkorzystniejszej:
 - a) Za najkorzystniejszą uznana została oferta wykonawcy: konsorcjum AVR Sp. z o.o.

„6. Zamawiający pismem z dnia 27.10.2014r., zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy wezwał Wykonawcę Konsorcjum firm: NOVA Sp. z o.o. ul. Śniadeckich 14, 33-300 Nowy Sącz (Lider), SITA Małopolska Sp. z o.o., ul. Kosiarzy 5, 30-731 Kraków, Oddział Nowy Sącz, ul. Jana Pawła II 37, 33-300 Nowy Sącz, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o.. Oś. Rzeka 133, 33-351 Tylmanowa, do uzupełnienia dokumentu, potwierdzającego spełnienie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego: umów (umowy) zawartych z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne przetwarzające zmieszane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania oraz odpady zielone

wskazanymi dla Regionu sądecko-gorlickiego Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r. lub oświadczenie o prowadzeniu instalacji regionalnej.

Zamawiający wymagał załączenia do oferty dokumentu w postaci umowy z RIPOK przetwarzającą odpady zielone a odbieranie odpadów zielonych i ich zagospodarowanie było objęte przedmiotem zamówienia. Powyższa umowa została sklasyfikowana jako dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, tj. potwierdzający spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego. Powyższe wymagania nie zostały w żaden sposób przez wykonawców zakwestionowane po opublikowaniu SIWZ, co utwierdziło Zamawiającego w przekonaniu o zasadności oraz jasności wymaganego warunku.

7. Wykonawca w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie na uzupełnienie brakującego dokumentu, w piśmie z dnia 04.11.2014r. poinformował, iż na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 siwz, do złożonej oferty załączył umowę Nr 1/04/2014/NOVA z dnia 1 kwietnia 2014r., zawartą pomiędzy firmą NOVA Sp. z o.o. a firmą KOMPOSTECH Sp. z o.o.

Zamawiający uznał, iż nie został uzupełniony dokument, potwierdzający spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego zgodnie z wytycznymi zawartymi w piśmie do w/w Wykonawcy, zatem jego oferta podlega odrzuceniu, jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zgodnie z wyrokiem wyrok KIO 1525/13 z dnia 10 lipca 2013r.

Na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający informuje, iż odrzucił ofertę Wykonawcy Konsorcjum firm: NOVA Sp. z o.o. ul. Śniadeckich 14, 33-300 Nowy Sącz (Lider), SITA Małopolska Sp. z o.o., ul. Kosiarzy 5, 30-731 Kraków, Oddział Nowy Sącz, ul. Jana Pawła II 37, 33-300 Nowy Sącz, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL” Sp. z o.o., Oś. Rzeka 133, 33-351 Tylmanowa, jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy).”

Zarzut I.1; I.2. Stanowisko Izby.

Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że skoro z uwagi na brzmienie art. 91 ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. 2013, poz.1399 ze zm.) - prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest obowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady

komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi, zatem RIPOK jakim jest Kompostech Sp. z o.o. nie może odmówić przyjęcia odpadów na swoją instalację i dlatego żądanie przedmiotowej umowy w niniejszym postępowaniu było bezzasadne, zatem nie mogło wywoływać skutków prawnych.

Wymóg przedłożenia umowy z RIPOK w zakresie odbioru odpadów zielonych lub złożenia oświadczenia, że się taką instalację prowadzi zawarty został w ogłoszeniu i w postanowieniach SIWZ, więc wykonawcy zobowiązani byli się temu podporządkować. Jeżeli natomiast odwołujący uważał, że jest to zbędne w świetle przytaczanych wymagań ustawowych, mógł we właściwym terminie zaskarżyć odnośne postanowienia SIWZ, czego nie uczynił.

Izba również nie uznała za prawidłowe poglądów odwołującego, że wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentu, które uznaje za naruszające przepisy ustawy Pzp, nie jest uprawniony do zaskarżenia takiej czynności z braku legitymacji do wniesienia odwołania - z racji rzekomej niemożliwości wykazania poniesienia chociażby potencjalnej szkody. Brak podporządkowania się wezwaniu zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp może skutkować zatrzymaniem wadium, co jest wystarczającą przesłanką wykazania szkody, nie mówiąc o odleglejszych następstwach – odrzucenia oferty. Termin na wniesienie odwołania w takim przypadku ustala się na podstawie art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp - jako od innej czynności zamawiającego, według daty powzięcia o niej wiadomości przez wykonawcę.

Decydujące w tej sprawie było, że odwołujący zareagował na wezwanie zamawiającego. Przedstawił swoje stanowisko, w którym poinformował, że w świetle postawionych wymagań według SIWZ w dokumentach swojej oferty przedłożył prawidłową umowę z dnia 1 kwietnia 2014r., Nr 1/04/2014/NOVA, zawartą z firmą Kompostech Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu. Zgodnie z § 1 ust. 1 tej umowy, Kompostech Sp. z o.o. jako zleceniobiorca zobowiązał się do zagospodarowania dostarczanych przez odwołującego (zleceniodawcę) odpadów o kodach 20 01 08 oraz 20 02 01 (a zatem odpadów zielonych) w terminie do dnia 31.12 2014 r.

Oświadczeniem z dnia 9 października 2014 r., złożonym w dokumentach oferty odwołujący potwierdził dysponowanie instalacją regionalną przetwarzającą zmieszane odpady komunalne oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, i w tym zakresie oferta odwołującego nie budziła zastrzeżeń.

Skoro odwołujący udzielił odpowiedzi i podtrzymał, że złożył dokument prawidłowy, stosowny do wymagań zamawiającego, z którego wynikało, iż oferowane przez wykonawcę usługi odpowiadają wymaganiom przedmiotu zamówienia, określonym przez zamawiającego - to ocenie Izby podlegał ten właśnie dokument załączony oferty, który powinien spełniać

wymagania nie później niż na upływ wyznaczonego terminu składania ofert. W tym przypadku na dzień 13 października 2014 r. Zamawiający na wyraźne zapytanie - czy umowa lub umowy powinny być zawarte z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne dla Regionu sądecko-gorlickiego na czas trwania zamówienia tj. od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2017r? - w wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 30 września 2014 r. - nie potwierdził tego, iż wymaga przedłożenia umowy na czas realizacji zamówienia tj. od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2017 r. Nie mógł, więc wymagać, aby wykonawca na taki czas umowę z instalacją przetwarzającą odpady zielone posiadał, tj. na cały okres zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie przesądza o tym zobowiązanie w ofercie realizacji zamówienia od 2015 r. do 2017 roku, każdorazowo bowiem wykonawca w ofercie tego rodzaju zobowiązuje podejmuje w odniesieniu do czasu realizacji umowy i nie zaprzecza to warunkom, że wykazanie spełnienia wymagań podmiotowych, jak i przedmiotowych w sposób oznaczony w SIWZ obowiązuje na dzień złożenia oferty. Bezsprzecznie odwołujący przedłożył umowę z firmą Kompostech Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, wiążącą strony do dnia 31 grudnia 2014 r., a więc ważną na upływ terminu składania ofert, co przesądza o spełnieniu wymagań postawionych przez zamawiającego.

Izba przychyliła się do następującej argumentacji odwołującego. Wymagane w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ dokumenty opisuje art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, a zatem znajdował do nich zastosowanie art. 26 ust. 3 zdanie 2 Pzp „Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania (...) ofert”. Zatem datą kluczową dla oceny, czy dany dokument potwierdza spełnianie przez oferowane usługi wymagań SIWZ była data upływu terminu składania ofert. Ponieważ przedstawiona przez odwołującego umowa z dnia 1 kwietnia 2014r., potwierdzająca dostęp wykonawcy do instalacji regionalnej przetwarzającej odpady zielone była ważna w momencie upływu terminu składania ofert (i nadal jest obowiązująca), zatem potwierdzała zgodność oferowanych usług z wymaganiami SIWZ. Zwłaszcza, że zamawiający nie wyartykułował w sposób jednoznaczny, iż wykonawcy mają przedstawić umowy lub oświadczenia potwierdzające, iż posiadają oni dostęp do instalacji regionalnej w określonym terminie. Jedynym wyspecyfikowanym wymaganiem w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ były rodzaje odpadów, jakie miały być przetwarzane przez instalacje regionalne.

Bez znaczenia pozostawało, że odwołujący jest w sporze z firmą Kompostech Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, w odniesieniu do warunków cenowych świadczenia usługi zagospodarowania odpadów zielonych od 2015 r., co potwierdzają niewymagane dokumenty

dołączone przez odwołującego do oferty. W przypadku wyboru oferty odwołującego będzie on zobowiązany rozwiązać ten spór i doprowadzić do zawarcia umowy o przetwarzanie odpadów zielonych, gdyż w przeciwnym wypadku, zamawiający byłby uprawniony, aby uznać, że zachodzą przeszkody do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Konsorcjum AVR zawarło umowę firmą z Kompostech Sp. z o.o. na wyznaczonych warunkach, która wejdzie w życie w przypadku, gdy wykonawca ten uzyska przedmiotowe zamówienie.

Trafna była ponadto argumentacja odwołującego, że w treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego nawet nie podano, że elementem niezgodnym jest brak obowiązywania tej umowy na okres realizacji zamówienia. Zamawiający w piśmie o udzielenie wyjaśnień ograniczył się do przytoczenia treści warunku z SIWZ i nie zawarł swojego stanowiska - z jakiej przyczyny znajduje umowę przedłożoną przez odwołującego z Kompostech za wadliwą. Bez wątplenia dokumentem „równoważnym” dla wykazania zawarcia umowy z instalacją na zagospodarowanie odpadów było oświadczenie wykonawcy o prowadzeniu RIPOK, a zamawiający nie wymagał żadnych deklaracji, co do okresu prowadzenia instalacji RIPOK przez wykonawcę, jeżeli w ten właśnie sposób oferent wykazywał spełnienie warunku.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo braku podstaw ku temu znalazł potwierdzenie.

II. Zarzuty zaniechania wykluczenia konsorcjum AVR z postępowania ze względu na brak potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut II.1. naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp braku- dysponowania potencjałem technicznym, tj. - pojazdem do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła, spełniającego normę EURO 5. Odwołujący podnosił, co następuje. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający w SIWZ wprowadził warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. Jak wskazał w rozdziale VI pkt 2.3.1.1. lit. a) SIWZ o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, iż dysponują: „pojazdami spełniającymi normę emisji spalin co najmniej EURO 5, do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, tj. przystosowanych do opróżniania pojemników o pojemności od 120 l do 1100 l - min. 5 pojazdów, w tym: pojazdem do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła - min. 1 pojazd”.

Konsorcjum AVR w swojej ofercie, w Wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami sporządzonym na podstawie załącznika nr 5 do SIWZ w pozycji 5 wymieniło dysponowanie samochodem ciężarowym IVECO DAILY, marki 35C11, nr nadwozia ZCFC357170D514374 na potrzebę spełniania warunku określonego w rozdziale VI pkt 2.3.1.1. lit. a) tiret 1 SIWZ.

Tymczasem, jak wynika z informacji powziętej przez odwołującego od autoryzowanego dealera IVECO, tj. firmy Uni - Truck Sp. z o.o. w Zielonej Górze, wykazany przez konsorcjum AVR pojazd o numerze VIN ZCFC357170D514374, IVECO DAILY 35C11 nie posiada napędu na 4 koła, tak jak wymagał tego zamawiający, a jedynie na dwa (dowód: korespondencja Nova Sp. z o.o. z Uni - Truck Sp. z o.o. w Zielonej Górze) W związku z powyższym, uznał, iż konsorcjum AVR nie wykazało w niniejszym postępowaniu spełnienia warunku udziału w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Stanowisko zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że we własnym zakresie podjął czynności sprawdzające czy deklarowany w ofercie przystępującego pojazd IVECO ma napęd na 4 koła. Sprawdzał to wchodząc na strony internetowe podające parametry tego typu pojazdu. Z uzyskanych zdjęć wywnioskował, że samochód, który wykazał przystępujący - być może nie posiada napędu na 4 koła i dlatego zwrócił się ze stosownym zapytaniem do firmy IVECO. Zamawiający stwierdził, że skoro odpowiedź IVECO Poland nie wykluczała takiej możliwości, że pomimo tego, że dany typ pojazdu ma napęd na 2 koła - to mógł on podlegać przeróbkom układu napędowego i dlatego też przyjął prawdziwość oświadczenia wykonawcy AVR, jednocześnie przyjął spełnienie warunku.

Stanowisko przystępującego.

Przystępujący konsorcjum AVR interpretując przedstawione jak wyżej postanowienia omawianego warunku stwierdził, że nie wynika z niego wymóg, aby pojazd miał napęd na 2 osie tzn. 4 koła przypadające na 2 osie. Interpretował dany warunek w ten sposób, że pojazd ten mógł mieć napęd na jedną oś, na którą są założone 4 koła. Przystępujący odnosił się do odpowiedzi zamawiającego na odwołanie - strona 5, że dokonał on oceny, iż konsorcjum AVR dysponuje potencjałem technicznym wskazanym w rozdziale VI.2.3.1.1 litera a) SIWZ, a zamawiający uwzględniając przedmiotowe dokumenty nie miał podstaw do ich kwestionowania, tym bardziej, że nie określił wprost tego - czy chodzi o napęd 4x4, czy też na tylne koła napędu. Przystępujący podtrzymał stanowisko, że w jego ocenie treść warunku była na tyle nieprecyzyjna, że pozwalała na przyjęcie interpretacji korzystnej dla wykonawcy - tzn., że wystarczyło wykazać się pojazdem, który miałby 4 koła na tylnej osi napędzającej.

Wnosił o uwzględnienie, jako dowodu w sprawie fotografii pojazdu, które miały obrazować, że na tylnej osi są zamontowane 4 koła i tym samym w świetle wyinterpretowanego przez przystępującego znaczenia tego warunku wykonawca uznał, że złożył w ofercie prawdziwe oświadczenie, i że spełnił wymagania zamawiającego.

Stan faktyczny:

Rozdział VI pkt 2.3.1.1. lit. a) SIWZ o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, iż dysponują: pojazdami spełniającymi normę emisji spalin co najmniej EURO 5, (EURO 4) do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, tj. przystosowanych do opróżniania pojemników o pojemności od 120 l do 1100 l - min. 5 pojazdów, w tym: pojazdem do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła - min. 1 pojazd.

W sprawie wymogu SIWZ posiadania potencjału technicznego w postaci pojazdów do świadczenia usługi – załączniki do SIWZ zawierają następujące postanowienia.

W załączniku nr 5 do SIWZ zamawiający wymagał wykazu pojazdów z podaniem opisu, (rodzaj, model) liczby jednostek, normy spalin EURO, formy posiadania (dysponuję/będę dysponował oraz tytuł prawny), charakterystyczne parametry zgodne z wymogami z rozdziału VI punkt 2.3.1.1. SIWZ.

2.3.1.3. Wykonawca przedłoży certyfikat (certyfikaty) EKMT zgodności, potwierdzającego (potwierdzających) spełnienie odpowiednich warunków technicznych i wymogów bezpieczeństwa dla wskazanych w ofercie pojazdów samochodowych EURO IV, EURO V.

W formularzu oferty według załącznika nr 8 do SIWZ punkt 4 wykonawca zobowiązany był podać numery rejestracyjne pojazdów.

W załączniku 1 do SIWZ oraz wzoru umowy zamawiający ustanowił warunki punkt 1.6) aby przez cały okres realizacji umowy wykonawca wykonywał usługę pojazdami wskazanymi w ofercie przetargowej.

W § 16 wzoru umowy zamawiający dopuścił w oznaczonych wypadkach zmianę postanowień zawartej umowy, za uprzednim powiadomieniem zamawiającego, między innymi w zakresie zmiany pojazdów przewidzianych do realizacji usługi o parametrach i właściwościach nie gorszych niż te wskazane w ofercie wykonawcy.

Konsorcjum AVR w swojej ofercie, w Wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami sporządzonym na podstawie załącznika nr 5 do SIWZ w pozycji 5 wskazał na dysponowanie samochodem ciężarowym IVECO DAILY,

marki 35C11, nr nadwozia ZCFC357170D514374 na potrzeby spełniania warunku określonego w rozdziale VI pkt 2.3.1.1. lit, a) tiret 1 SIWZ. Liczba jednostek jedna. W opisie podał: pojazd do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dmc nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła spełniający normę minimum EURO 4 przystosowany do opróżniania pojemników o pojemności od 120 – do 1100 l. Podstawa dysponowania umowa cywilnoprawna (leasing).

Przedłożone przez odwołującego - jako dowody na potwierdzenie niniejszego zarzutu: pismo z dnia 22.10.2014 r. - UNI TRUCK Sp. z o.o. w Zielonej Górze informuje, że pojazd o numerze ZCFC357170D514374, to IVECO DAILY o DMC 3 500 kg z napędem 4x2.

Odwołujący przekazał zamawiającemu przy piśmie z 24 października 2014 r. informującym o nieprawidłowościach w ofercie konsorcjum AVR kartę techniczną pojazdu IVECO DAILY, 35C11, E5 Light Duty, która nie obejmuje danych dotyczących napędu ze względu na ilość (osi napędowych) kół.

Zamawiający w dniu 23 października 2014 r. zasięgał informacji w IVECO Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i drogą poczty elektronicznej uzyskał wiadomość, że samochód IVECO DAILY, 35C11 o numerze VIN ZCFC357170D514374 został wyprodukowany jako pojazd o napędzie 4x2. IVECO Poland Sp. z o.o. w Warszawie stwierdziło: „Niestety nie jesteśmy w stanie określić, czy od momentu produkcji [pojazd ten] nie przeszedł modyfikacji układu napędowego.”

Zarzut II.1. Stanowisko Izby.

Przedstawiona dokumentacja jednoznacznie nie potwierdzała, ani nie zaprzeczała, że wymieniony pojazd IVECO DAILY, 35C11 o numerze VIN ZCFC357170D514374 posiada, bądź nie posiada napędu na 4 koła. Wymóg w odniesieniu do pojazdów specjalistycznych ma dwojaki charakter. Z jednej strony odnosi się do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym - określonym w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, z drugiej zaś strony dotyczy treści oferty - sposobu wykonywania przedmiotowego zamówienia przystosowanymi pojazdami, wymienionymi w ofercie. W oparciu o wyspecyfikowane w załączniku nr 5 i formularzu oferty pojazdy wraz z ich numerami rejestracyjnymi zamawiający jest w stanie zweryfikować zdolność techniczną wykonawcy do realizacji zamówienia oraz zgodność treści oferty z istotnymi postanowieniami SIWZ w odniesieniu do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby wobec pojawiających się wątpliwości zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy AVR do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, dotyczących jednoznacznego potwierdzenia spełnienia wymagań rozdziału VI punkt 2.3.1.1. lit. a) SIWZ,

w tym dysponowania pojazdem do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła - min. 1 pojazd. Przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a więc zarówno dokumentów potwierdzających:

- 1) spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
- 2) jak i przez oferowane dostawy, roboty lub usługi wymagań określonych przez zamawiającego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp braku - dysponowania wymaganym potencjałem technicznym, wobec niewyjaśnienia istotnych kwestii - Izba uznała za przedwczesny dla definitywnego orzeczenia, że konsorcjum AVR winno zostać wykluczone z postępowania. W pierwszej kolejności zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie zażądania wyjaśnień od konsorcjum AVR. Izba związana jest zarzutami faktycznymi odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Jeżeli stwierdzi, że zarzut faktyczny podnoszony w odwołaniu potwierdza naruszenie innych, lub jeszcze innych przepisów niż wskazywał odwołujący - Izba daje temu wyraz w treści rozstrzygnięcia odwołania. W ocenie Izby odwołujący nie udowodnił, że konsorcjum AVR złożyło nieprawdziwe informacje w znaczeniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp (o czym poniżej), aby można było odstąpić od stosowania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Rozprawa przed Izbą nie jest równoznaczna z czynnościami zamawiającego przeprowadzonymi w postępowaniu przetargowym, a Izba nie podejmuje czynności za zamawiającego, zatem nie mogła stwierdzić, czy w świetle interpretacji warunku przytaczanej przez przystępującego na rozprawie, że omawiany pojazd mógł mieć 4 koła - na tylnej osi napędzającej - oferta przystępującego jest prawidłowa, a samo takie właśnie rozumienie przytaczanego warunku - jest uprawnione, gdyż o tym uprzednio musi zdecydować zamawiający. Art. 180 ust. 1 Pzp mówi wyraźnie, że odwołanie przysługuje od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, lub od zaniechania czynności, do której podjęcia zamawiający jest zobowiązany. Mimo, iż zamawiający nie uzyskał na swoje wystąpienie do firmy IVECO Poland jednoznacznej odpowiedzi, to zaniechał wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w tej sprawie.

W tych okolicznościach przed wyjaśnieniem, czy przystępujący rzeczywiście dysponuje odpowiednim pojazdem wymaganym przez zamawiającego, wybór oferty konsorcjum AVR naruszył także przepis art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut II.2. Naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji przez konsorcjum AVR w zakresie dysponowania pojazdem opisanym w punkcie poprzedzającym.

W załączniku nr 5 do SIWZ w pozycji 5 AVR wskazał na dysponowanie samochodem ciężarowym IVECO DAILY, marki 35C11, nr nadwozia ZCFC357170D514374 na potrzebę spełniania warunku określonego w rozdziale VI pkt 2.3.1.1. lit. a) tiret 1 SIWZ, które odwołujący uznał za złożenie nieprawdziwych informacji przez wymienione konsorcjum, a zatem podnosił, że występuje przesłanka uzasadniająca wykluczenie tego wykonawcy z postępowania. Zgodnie, bowiem z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, zamawiający dokonuje wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdy złożył on nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący przekonywał, że we wskazanym przypadku mamy do czynienia z nieprawdziwymi informacjami, ponieważ konsorcjum AVR wskazało, iż dysponowany przez nią pojazd IVECO DAILY 35C11 posiada napęd na 4 koła, co nie jest zgodne ze stanem rzeczywistym, co potwierdził autoryzowany dealer IVECO. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia z dnia 23 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1439/10: *„Podkreślić należy, że zgodnie z przeważającym orzecznictwem sądowym i KIO nie mają znaczenia przyczyny z powodu, których doszło do podania nieprawdziwych informacji. Nie rozróżnia się bowiem skutków podania nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania ze względu na postać winy wykonawcy (wina umyślna czy niedbalstwo). Istotne jest, że informacja jest obiektywnie niezgodna z rzeczywistością. (...) Informacje co do warunków udziału w postępowaniu wykonawca podaje w sposób celowy - aby wykazać spełnienie tychże warunków, a więc podanie nieprawdziwych informacji (niezgodnych z rzeczywistością) odnośnie warunków zawsze jest działaniem zawinionym i to niezależnie od tego, czy dotyczy to oświadczenia woli samego wykonawcy, czy też przedłożenia przez niego w ofercie dokumentów, czy informacji uzyskanych od osób trzecich. Składając ofertę w postępowaniu wykonawca bierze bowiem za nią pełną odpowiedzialność. Nie może również budzić wątpliwości, że nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu to poważne wprowadzenie zamawiającego w błąd (wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1004/09)”. Z powyższego wyroku wynika, iż samo złożenie nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania, uzasadnia zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zdaniem odwołującego, przesłanki wynikające z niniejszego przepisu występują w niniejszym stanie faktycznym. Niezgodna ze stanem faktycznym sytuacja, jaka ma miejsce w przedmiotowej sprawie, z pewnością ma wpływ na wynik postępowania, ponieważ dzięki temu konsorcjum AVR przedłożyło wykaz narzędzi, który bez gruntownej analizy podanych w nim informacji sprawia wrażenie, iż potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący przypominał, iż w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji przez wykonawcę, nie istnieje możliwość uzupełnienia takich informacji lub ich wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp. Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2013r., sygn. akt: KIO 326/13:*

„Zaznaczyć należy również, co jest niesporne w orzecznictwie, że ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji, nie znajdziemy w treści ustawy ani uprawnienia ani obowiązku skierowanego do Zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych. Naruszałoby to też uczciwą konkurencję między wykonawcami. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów określony w ustawie w art. 26 ust. 3 stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest niemożliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu spełnia (porównaj: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 kwietnia 2011 r. sygn. akt: KIO 801/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2011r. sygn. akt: KIO 706/11; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009r. sygn. akt: KIO 1778/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009r. sygn. akt: KIO 1223/09; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 sierpnia 2009r. sygn. akt: KIO (...)) Podanie nieprawdziwej informacji, nie podlega konwalidacji przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w miejsce dokumentu niezgodnego z prawdą, innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Uzupełnieniu w myśl art. 26 ust. 3 PZP podlega dokument niezłożony, lub dokument wadliwy. Takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane. (Wyrok KIO z dnia 12 października 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1223/09). 1004/09)”.

Odwołujący zaznaczał, że powyższy wyrok potwierdza jednocześnie, iż stanowisko o niemożności uzupełnienia dokumentów zawierających nieprawdziwe informacje jest szeroko ugruntowane w orzecznictwie. Tym samym, w ocenie odwołującego zamawiający nie ma możliwości wezwania konsorcjum AVR do wyjaśnienia wątpliwości wynikających z informacji w zakresie napędu wykazywanego pojazdu.

Stanowisko zamawiającego.

Zamawiający uznawał, że brak było podstaw, aby stawiać przystępującemu zarzut podania nieprawdziwych informacji w ofercie.

Stanowisko przystępującego.

Przystępujący zaprzeczał twierdzeniom odwołującego jakoby celowo zamierzał wprowadzić w błąd zamawiającego.

Zarzut II.2. Stanowisko Izby.

Złożenie nieprawdziwych informacji musi być wykazane w sposób nie budzący wątpliwości. Tymczasem, zdaniem Izby w przedmiotowej sprawie są wątpliwości, co do tego

czy konsorcjum AVR posłużyło się nieprawdziwymi informacjami, ponieważ konsorcjum AVR wskazało, iż pojazd IVECO DAILY 35C11 posiada napęd na 4 koła.

Nie zasługiwały na uwzględnienie, jako w pełni wiarygodne dowody - dokumenty, na które powołał się odwołujący, tj. informacje od dealera IVECO z siedzibą w Zielonej Górze. Dowody pozyskane przez zamawiającego z firmy IVECO Poland Sp. z o.o. stwierdzają, że wymieniony pojazd mógł zostać poddany przeróbkom układu napędowego. Odwołujący przytoczył tezy z wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z nieaktualnej obecnie linii orzeczniczej. W orzecznictwie Sądów Okręgowych z ostatnich lat, zwraca się uwagę na konieczność prounijnej wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. z uwzględnieniem przepisów art. 45 ust. 2 lit. g) dyrektywy z 31 marca 2004 r. Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE Nr 134, poz. 114 ze zm.), które wskazują na to, że za wykonawcę, który przedstawił nieprawdziwe informacje można uznać takiego, który jest winnym poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego (wyroki Sądów Okręgowych: we Wrocławiu z dnia 20 października 2010 r., XGA296/08, w Warszawie z dnia 19 lipca 2012 r., IVCA683/12, w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. VI Ga 134/12 oraz w Szczecinie z dnia 25 stycznia 2013 r. IICA1285/12). Tymczasem odwołujący takich dowodów nie złożył.

Po pierwsze nie zostało wyjaśnione czy informacja w ofercie konsorcjum AVR odnosząca się do pojazdu IVECO DAILY 35C11 - jest niezgodna ze stanem rzeczywistym, gdyż stwierdzenie tego wymaga w pierwszej kolejności umożliwienia zainteresowanemu wykonawcy złożenia jednoznacznych wyjaśnień. W zaistniałych okolicznościach wyjaśnień - popartych dowodami (np. wyciągiem ze świadectwa homologacji, czy dokumentami potwierdzającymi przeróbki układu napędowego pojazdu). Po drugie, nawet gdyby sytuacja taka obiektywnie zaistniała - niezgodności ze stanem rzeczywistym, odwołujący musiałby wykazać, iż przystępujący konsorcjum AVR złożył te informacje zawarte w jego Wykazie pojazdów i formularzu oferty z bezpośrednim, celowym i świadomym zamiarem wprowadzenia w błąd zamawiającego, a nie było to np. wynikiem niedopatrzania, czy błędnego zrozumienia wymagań SIWZ. W tych okolicznościach w ocenie Izby, zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, nie podlegał uwzględnieniu.

Zarzut II.3. Naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z brakiem wykazania dysponowaniem potencjałem technicznym, tj. bazą magazynowo - transportową.

Podnoszony zarzut analogicznie odwołujący odnosił do złożenia nieprawdziwych informacji przez konsorcjum AVR w zakresie wykazania dysponowania przez wykonawcę bazą magazynowo - transportową. Jak wymagał zamawiający w rozdziale VI pkt 2.3.2. SIWZ, wykonawca biorący udział w postępowaniu winien wykazać się dysponowaniem bazą magazynowo-transportową, do której wykonawca posiada tytuł prawny, zgodną z wymogami wynikającymi z przepisów 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) i spełniającą określone w SIWZ warunki.

Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez konsorcjum AVR w kolumnie 2 i 4 tabeli pt. „Baza magazynowo-transportowa”, sporządzonej według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, konsorcjum AVR dysponuje bazą magazynowo - transportową zlokalizowaną w miejscowości Niecew 68 w gminie Korzenna, składającą się z działek ewidencyjnych nr 6/1, 6/2, 6/3, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5, 7/6, 7/7, dla której prowadzone są wskazane księgi wieczyste, na podstawie umowy najmu.

Z analizy treści wskazanych przez konsorcjum AVR ksiąg wieczystych, dokonanej za pomocą (<https://ekw.ms.gov.pl/eukw/pdcbdkw.html>) - Centralnej Bazy Danych Ksiąg Wieczystych, odwołujący ustalił, że właścicielem objętych nimi nieruchomości jest MO-BRUK Spółka Akcyjna o numerze REGON: 120652729. Spółka ta zarejestrowana jest w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000357598. Według zaś informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców KRS, siedzibą tej spółki jest miejscowość Niecew, zaś jej adres jest tożsamy z adresem wskazanym w oświadczeniu AVR.

Odwołujący nadmieniał, iż MO-BRUK Spółka Akcyjna jest notowana na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie, zobligowana do realizacji bieżących obowiązków informacyjnych, zgodnie z art. 56 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej, warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1382 z póź. zm.). W ramach realizacji tych obowiązków informacyjnych, spółka giełdowa jest zobowiązana do ujawniania wszelkich informacji na temat dotyczących jej istotnych zdarzeń gospodarczych. Z opublikowanych na stronie internetowej MO-BRUK S.A. (<http://www.mobruk.pl/>) sprawozdań oraz informacji wynika zaś, że główna siedziba i adres Spółki mieści się nadal w miejscowości Niecew nr 68, przy czym „Przy siedzibie głównej Spółki w m. Niecew zlokalizowany jest Zakład Odzysku Odpadów oraz Zakład Budowy Nawierzchni Betonowych.” (cyt.: „Sprawozdanie Zarządu z działalności MO-BRUK S.A. za 2013 r- str. 3 oraz „Sprawozdanie Zarządu z działalności MO-BRUK S.A. za okres od 1 stycznia 2014 r. do 30 czerwiec 2014 r.” - str. 3). Sytuacja ta nie

uległa zmianie do dnia dzisiejszego, czego dowodem jest załączony wydruk danych kontaktowych zamieszczonych na ww. stronie internetowej. Ponadto, w rozdziale 3 działu I ww. informacji (odpisu) z KRS pod pozycją 7 wpisany jest „Oddział w Niecew - Zakład Odzysku Odpadów”. Z powyższych informacji wynika więc, że będące własnością MO-BRUK S.A. nieruchomości, położone w miejscowości Niecew nr 68 (gmina Korzenna), obejmujące działki ewidencyjne nr 6/1, 6/2, 6/3, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5, 7/6, 7/7 są elementem przedsiębiorstwa, lub co najmniej zorganizowanej części przedsiębiorstwa prowadzonego przez MO-BRUK S.A. (por.: wyrok SN z 08.04.2003 r., sygn. IV CKN 51/01 -„(...) przedsiębiorstwo może stanowić zakład lub oddział innego większego przedsiębiorstwa, w tym spółki prawa handlowego (...))”.

Z tego też powodu, w świetle dyspozycji art. 353¹ Kodeksu cywilnego, zdaniem odwołującego - nieruchomości te nie mogłyby być przedmiotem skutecznie zawartej umowy najmu (art. 659 § 1 Kodeksu cywilnego), natomiast adekwatnym dla analogicznej relacji byłby stosunek dzierżawy, będący odmiennym od najmu typem umowy nazwanej (art. 693 § 1 w związku z art. 55¹ pkt 2 oraz art. 701 Kodeksu cywilnego). Na podstawie art. 65 § 2 Kodeksu cywilnego można, bowiem zasadnie twierdzić, iż nazwanie umowy obejmującej przekazanie do używania przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części „umową najmu” nie zmienia rzeczywistego charakteru tej czynności prawnej i obowiązku stosowania wobec niej przepisów dotyczących umowy dzierżawy.

Wobec powyższego, w opinii odwołującego zgodnie z art. 393 pkt 3 Kodeksu spółek handlowych oraz § 33 ust. 1a lit. e Statutu MO-BRUK S.A., przekazanie przez MO-BRUK S.A. prawa dysponowania nieruchomościami obejmującymi ww. działki ewidencyjne nr 6/1, 6/2, 6/3, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5, 7/6, 7/7 położone w miejscowości Niecew 68, wymagałoby dla swej ważności - zgodnie z art. 17 § 1 i 2 Kodeksu spółek handlowych w związku z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego - podjęcia stosownej uchwały przez Walne Zgromadzenie Akcjonariuszy MO-BRUK S.A. Tymczasem, jak wynika z ogłoszeń, sprawozdań oraz informacji udostępnianych na stronie internetowej MO-BRUK S.A. Walne Zgromadzenie Akcjonariuszy tej spółki nigdy nie podejmowało takiej uchwały. Na wniosek MO-BRUK S.A. w dniu 14 lipca 2014 r. Marszałek Województwa Małopolskiego wydał decyzję o udzieleniu MO-BRUK S.A. na okres 10 lat pozwolenia zintegrowanego dla instalacji odzysku odpadów w Niecwi (znak: SR-II-1-7222.1.1.2014). Fakt ten zakomunikowany został na stronie internetowej MO-BRUK S.A. wraz z informacją o treści: „Zdaniem Zarządu uzyskana decyzja ma istotne znaczenie dla realizacji zadań wynikających z wieloletniej strategii rozwoju Spółki i umacniania jej pozycji na rynku.” Z treści ww. decyzji - uzyskanej w drodze dostępu do informacji publicznej - wynika w szczególności, iż instalacja objęta pozwoleniem, stanowiąca zespół stacjonarnych urządzeń technicznych powiązanych technologicznie „(...) zlokalizowana jest na terenie

działek ewidencyjnych o nr 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5, 7/6 w miejscowości Niecew 68, 33-322 Korzenna, do których tytuł prawny posiada Spółka MO-BRUK S.A.” (cyt.: pkt 1.1.1.decyzji).

W kontekście powyższego odwołujący zwracał uwagę na dyspozycję art. 3 pkt 6 lit. b ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (t.j. z 2013, poz. 1232 z późn. zm.), wedle której przez „instalację” rozumie się „zespół stacjonarnych urządzeń technicznych powiązanych technologicznie, do których tytułem prawnym dysponuje ten sam podmiot i położonych na terenie jednego zakładu”, przy czym przez „zakład” rozumie się - zgodnie z punktem 48 tegoż artykułu - jedną lub kilka instalacji wraz z terenem, do którego prowadzący instalacje posiada tytuł prawny, oraz znajdującymi się na nim urządzeniami”.

W opinii odwołującego, eksploatacja przez MO-BRUK S.A. przedmiotowej instalacji, objętej decyzją Marszałka Województwa Małopolskiego z dnia 14 lipca 2014 r. o udzieleniu MO-BRUK S.A. pozwolenia zintegrowanego [znak: SR-II-17222.1.1.2014], wyklucza możliwość wykorzystywania działek ewidencyjnych o numerach: 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5, 7/6 wraz z infrastrukturą, położonych w miejscowości Niecew, na potrzeby bazy magazynowo-transportowej AVR.

W punkcie XI ww. decyzji wskazano, że „Nie przewiduje się zakończenia eksploatacji instalacji w najbliższym okresie”, zaś w punkcie XIII zakazano wprowadzania jakichkolwiek samowolnych zmian w uprawieniach wynikających z udzielonego pozwolenia zintegrowanego. Jak wynika z pisma Marszałka Województwa Małopolskiego z dnia 6 listopada 2014 r., znak: SR-II-1.706.1.1.2014, MO-BRUK S.A. nie zgłaszał dotąd zamiaru dokonywania jakichkolwiek zmian w obrębie przedmiotowej instalacji.

Odwołujący podtrzymał, że:

- 1) umowa „najmu” bazy magazynowo-transportowej, o której mowa w oświadczeniu złożonym przez konsorcjum AVR w kolumnie 2 i 4 tabeli pt. „Baza magazynowo - transportowa”, a która - ze względu na swój przedmiot - musiałaby mieć charakter umowy dzierżawy, w ogóle nie została zawarta, względnie;
- 2) umowa taka została „zawarta” (podpisana), lecz jest nieważna, ze względu na brak zgody Walnego Zgromadzenia Akcjonariuszy - zgodnie z 58 § 1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 17 § 1 i 2 oraz art. 393 pkt 3 Kodeksu spółek handlowych oraz z uwagi na jej pozorność - zgodnie z art. 83 § 1 Kodeksu cywilnego.

Z wyżej wymienionych przyczyn, odwołujący poczytał za wątpliwe informacje podane w wykazie narzędzi przez konsorcjum AVR, co uzasadniałoby uznanie, iż również w przypadku tego warunku - wykonawca ten nie potwierdził jego spełnienia.

Stanowisko zamawiającego.

Zamawiający uznał ten zarzut za całkowicie bezzasadny. Powołał się na fakt podnoszony również przez przystępującego, że w postępowaniu przetargowym na odbiór odpadów prowadzonym przez Tarnów - dysponowanie przez przystępującego wymienioną bazą na terenie zakładu odzysku odpadów firmy MO-BRUK S.A., która nie jest RIPOK-iem było przedmiotem oceny Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1075/14 i nie budziło wątpliwości zamawiającego, że konsorcjum AVR faktycznie bazą magazynowo - transportową w tym miejscu dysponuje. Zamawiający nie zgadzał się z argumentacją odwołującego, że umowa na którą powołuje się przystępujący, to jest umowa najmu powierzchni magazynowej i placów jest nieważna, gdyż musiałby to być umowa dzierżawy przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części, a ponadto, że jest nieważna, bo na zawarcie tej umowy nie wyraził zgody organ uprawniony, to jest zgromadzenie akcjonariuszy wymienionej spółki. Wskazywał, że jest to umowa o korzystanie z nieruchomości i spełnia ona warunki określone w art. 659 K.c. odnoszące się do najmu. Zgoda walnego zgromadzenia akcjonariuszy jest wymagana na wydzierżawienie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części, a w ocenie zamawiającego taka sytuacja nie zachodzi. Nie można mówić o wydzierżawieniu zorganizowanej części przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ K.c., jako zespołu czynników materialnych i niematerialnych składających się na przedsiębiorstwo. Chodziłoby o przedsiębiorstwo zdolne do prowadzenia działalności na bazie składników, które posiada. Zdaniem zamawiającego firma MO-BRUK S.A. mogła w ramach dysponowania swoją własnością zawrzeć umowę najmu oznaczonych powierzchni.

Stanowisko przystępującego.

Przystępujący stwierdził, że nie miał obowiązku przedłożenia umowy z MO-BRUK i przedłożył tę umowę tylko jako dowód w tej sprawie (z zastrzeżeniem, że stanowi ona tajemnicę przedsiębiorstwa). Podtrzymał stanowisko zawarte w złożonym piśmie procesowym, że pomiędzy stronami została zawarta umowa najmu powierzchni magazynowych i placów, a umowa ta ma charakter rzeczywisty. Przystępujący stwierdził, że w jego dyspozycji pozostaje nie tylko baza w Niecwii, ale również dysponuje drugą bazą w Tarnowie w odległości nie większej niż 60km i nie miałby nawet powodu, aby przedstawiać - w ocenie odwołującego - pozorną umowę. Przystępujący argumentował w odniesieniu do zarzutów odwołującego opartych na fakcie, że MO-BRUK uzyskał pozwolenie zintegrowane na odbiór, transport i przetwarzanie odpadów, że gdyby były naruszone warunki tego pozwolenia to zachodziłaby podstawa do jego cofnięcia temu przedsiębiorcy, a spółka MO-BRUK nie zawarłaby umowy ryzykując takie konsekwencje.

Stan faktyczny:

W sprawie wymogu posiadania bazy magazynowo-transportowej SIWZ oraz załączniki zawierają następujące postanowienia.

Rozdział VI punkt 2.3.2 SIWZ. Wykonawca na czas realizacji przedmiotowego zamówienia będzie dysponował bazą magazynowo-transportową, do której wykonawca posiada tytuł prawny, zgodną z wymogami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości: Dz. U. z dnia 2013 r. poz. 122), a ponadto spełniającą między innymi następujące warunki:

- a) teren bazy magazynowo-transportowej powinien być zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym,
- b) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów opisanych w punkcie 2.3.1.1. w ilości co najmniej 10, powinny być zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu,
- c) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych powinny być zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych,
- d) teren bazy magazynowo-transportowej powinien być wyposażony w urządzenia lub system zapewniający zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy, zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001r.- Prawo wodne (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r. poz. 145, z późn. zm.),
- e) na terenie bazy magazynowo-transportowej powinny się znajdować: pomieszczenia socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób, miejsce do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych, a w przypadku gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów - także legalizowana samochodowa waga najazdowa,
- f) na terenie bazy magazynowo-transportowej powinny znajdować się: punkt bieżącej konserwacji i napraw pojazdów oraz miejsc do mycia i dezynfekcji pojazdów - o ile czynności te nie będą wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne poza terenem bazy magazynowo-transportowej,
- g) baza magazynowo-transportowa powinna być wyposażona w urządzenia zapewniające prowadzenie całodobowego monitoringu wizualnego, ze szczególnym uwzględnieniem wjazdu oraz miejsc postojowych - przy czym dopuszczalne jest dysponowanie przez wykonawcę więcej niż jedną bazą magazynowo-transportową, z zastrzeżeniem, że uznawane będą tylko bazy magazynowo-transportowe, w których jest możliwość parkowania co najmniej 5 pojazdów.

Postanowienie powyższe zostało powtórzone w punkcie 13.4) załącznika nr 1 do SIWZ i wzoru umowy. Wykonawca na czas realizacji przedmiotowego zamówienia będzie

dysponował bazą magazynowo-transportową oraz pojazdów spełniającą wymagania określone w aktualnie obowiązujących przepisach prawa dotyczących szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (obecnie rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z dnia 2013 r. poz. 122).

Załącznik nr 5 do SIWZ. Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Baza magazynowo-transportowa: lokalizacja, miejscowość, adres, nr działki, nr KW, opis sposobu spełnienia warunku punktu VI pkt 2.3.2 SIWZ; forma posiadania (dysponuję, będę dysponował, oraz tytuł prawny).

Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez konsorcjum AVR w kolumnie 2 i 4 tabeli pt. „Baza magazynowo-transportowa”, sporządzonej według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, konsorcjum AVR dysponuje bazą magazynowo-transportową zlokalizowaną w miejscowości Niecew 68 w gminie Korzenna, działki ewidencyjne nr 6/1, 6/2, 6/3, 7/1, 7/2, 7/3, 7/4, 7/5, 7/6, 7/7, dla których prowadzone są wskazane księgi wieczyste, na podstawie umowy cywilnoprawnej (najem). Wykonawca konsorcjum AVR w kolumnie 2 załącznika nr 5 podał opis posiadanej bazy magazynowo-transportowej, zgodny z wymaganiami rozdziału VI pkt 2.3.2. SIWZ.

Odwołujący w piśmie do zamawiającego z dnia 24.10.2014 r. przedstawiał te same argumenty jak przytoczone w odwołaniu, że konsorcjum AVR nie dysponuje bazą magazynowo-transportową i złożyło w tym zakresie nieprawdziwe informacje w ofercie przetargowej.

Odwołujący do ww. pisma przedstawił te same dowody, o których przeprowadzenie wnioskował na rozprawie, tj.:

1. informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców, pobraną na podstawie art. 4 ust. 4a ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sadowym (Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz.1186, z późn. zm.), dotyczącą MO-BRUK S.A.
2. wydruk statutu MO-BRUK S.A.
3. wydruk ze strony internetowej www.mobruk.pl - zakładka „KONTAKT”
4. zdjęcia zakładu MO-BRUK S.A. w Niecewi nr 68 (10 szt)
5. decyzja pozwolenie zintegrowane dla MO – BRUK S.A.
6. szkic sytuacyjny obrazujący przebieg instalacji technicznych zakładu MO-BRUK w obrębie danej nieruchomości

- na okoliczność, że konsorcjum AVR nie potwierdziło spełnienia wymagań określonych w Rozdziale VI punkt 2.3.2 SIWZ i złożyło w odniesieniu do dysponowania bazą magazynowo - transportową nieprawdziwe informacje.

Składanie tych samych dowodów, jak znajdujące się w aktach postępowania przetargowego, których odpis zamawiający każdorazowo jest zobowiązany przesłać Prezesowi KIO celem załączenia do akt postępowania odwoławczego, Izba uznała za zbędne, gdyż podlegają one rozpatrzeniu, jako dokumentacja postępowania.

Zarzut II.3. Stanowisko Izby.

W ocenie Izby, dowody przedstawione przez odwołującego i zawarte w aktach postępowania przetargowego, w postaci:

1. informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców spółki MO-BRUK S.A.
2. wydruku statutu MO-BRUK S.A.
3. wydruku ze strony internetowej www.mobruk.pl - zakładka „KONTAKT”
4. zdjęć zakładu MO-BRUK S.A. w Niecwii nr 68 (10 szt)
5. decyzji pozwolenie zintegrowane dla MO- BRUK S.A.
6. planu rozmieszczenia instalacji
7. korespondencji z Wojewódzkim Inspektorem Ochrony Środowiska

- w żaden sposób nie zaprzeczają oświadczeniom, że konsorcjum AVR dysponuje bazą magazynowo-transportową w miejscowości Niecew, zlokalizowaną na terenie nieruchomości, których właścicielem jest MO-BRUK S.A. i gdzie mieści się Zakład Odzysku Odpadów oraz Zakład Budowy Nawierzchni Betonowych prowadzony przez tego przedsiębiorcę.

Zdaniem Izby argumentacja odwołującego jest całkowicie chybiona. Zgodnie z art. 393 pkt 3 Kodeksu spółek handlowych, uchwały walnego zgromadzenia akcjonariuszy spółki akcyjnej wymaga zbycie i wydzierżawienie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części oraz ustanowienia na nich ograniczonego prawa rzeczowego.

Wystarczającą wskazówkę rozumienia pojęcia przedsiębiorstwa stanowi art. 55¹ K. c., a znaczenie zorganizowanej części przedsiębiorstwa oddaje definicja art. 2 pkt 27 e ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 r. (t.j. Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.), która stanowi, że rozumie się przez to organizacyjnie i finansowo wyodrębniony w istniejącym przedsiębiorstwie zespół składników materialnych i niematerialnych, w tym zobowiązania, przeznaczonych do realizacji określonych zadań gospodarczych, który zarazem mógłby stanowić niezależne przedsiębiorstwo samodzielnie realizujący te zadania.

Wynajmowanie pomieszczeń magazynowych i placów stanowiących własność oznaczonego przedsiębiorcy nie jest równoznaczne z wydzierżawieniem zorganizowanej

części przedsiębiorstwa. Odwołujący nie wykazał, aby kwestionowana przez niego umowa między AVR a MO-BRUK obejmowała przekazanie pracowników, produkcji w toku, kontaktów handlowych, wierzytelności i zobowiązań, z czego można by wywodzić, iż obejmuje ona zorganizowaną część przedsiębiorstwa. Czynność prawna wynajmu nieruchomości na potrzeby bazy magazynowo -transportowej między konsorcjum AVR a MO-BRUK S.A. nie uchybiała postanowieniom art. 17 § 1 Ksh, gdyż nie wymagała dla swej ważności uchwały zgromadzenia akcjonariuszy. Postanowienia § 33 ust. 1a lit. e statutu MO-BRUK S.A. powtarzają przytoczoną wyżej regulację art. 393 pkt 3 Kodeksu spółek handlowych, że uchwały walnego zgromadzenia akcjonariuszy tej spółki akcyjnej wymaga zbycie i wydzierżawienie przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części oraz ustanowienia na nich ograniczonego prawa rzeczowego.

W ocenie Izby nie znajduje podstaw pogląd odwołującego, że pomieszczenia magazynów, place należące do spółki MO-BRUK nie mogłyby być przedmiotem skutecznie zawartej umowy najmu (art. 659 § 1 Kodeksu cywilnego). Art. 660 K.c. wprost odnosi umowę najmu do nieruchomości, stanowiąc, że umowa najmu nieruchomości lub pomieszczenia na czas dłuższy niż rok powinna być zawarta na piśmie. Z decyzji pozwolenia zintegrowanego dla MO-BRUK S.A. na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów - w żaden sposób nie może wynikać zakaz, aby przedsiębiorca w granicach dysponowania swoją własnością nie mógł wynajmując pomieszczeń, czy placów, którymi dysponuje w obrębie wskazanych nieruchomości - zasadniczo wykorzystywanych, jako instalacje Zakładu Odzysku Odpadów oraz jako Zakład Budowy Nawierzchni Betonowych - jeżeli uznawał, że taki sposób ich wykorzystania jest dla niego opłacalny. Przedłożona, jako dowód umowa między MO-BRUK S.A. a AVR Sp. z o.o. potwierdza wynajem powierzchni na potrzeby bazy magazynowo-transportowej spełniającej wymagania zamawiającego w przedmiotowym przetargu, w tym na magazynowanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych. Umowa została zawarta pod warunkiem zawieszającym, tj. wyboru oferty konsorcjum AVR przez zamawiającego. W ocenie Izby, organ wydający zezwolenie zintegrowane mógłby je cofnąć, spółce MO-BRUK S.A, gdyby zaszły okoliczności, iż przedsiębiorca, który je otrzymał przestał spełniać odrębne wymagania ustawowe na podstawie, których wymienione pozwolenie uzyskał. Przedstawione pisma Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Krakowie delegatura Nowy Sącz, że w okresie od 8 maja 2014r. do 13 maja 2014r., od 19 sierpnia 2014r. do 5 września 2014r., od 1 stycznia 2014r. do 25 stycznia 2014 r. prowadzone były kontrole, w trakcie których nie stwierdzono aby na terenie objętym pozwoleniem zintegrowanym MO-BRUK S.A funkcjonowała baza magazynowo-transportowa AVR z siedzibą w Krakowie, nie dotyczą okresu, od którego wymieniona umowa została zawarta.

Odwołujący nie podnosił zarzutu, iż pomieszczenia, czy place bazy są nie odpowiednie do celów, jakie oznaczył zamawiający w postanowieniach rozdziału VI pkt 2.3.2. SIWZ. Ograniczył się do kwestionowania ważności zawartej umowy między konsorcjum AVR a MO-BRUK S.A., co nie zostało dowiedzione. Zatem zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum AVR w związku z brakiem wykazania dysponowania potencjałem technicznym, tj. bazą magazynowo - transportową nie znalazły potwierdzenia. Numery działek w załączniku nr 5 zostały wymienione zgodnie z wymaganiem zamawiającego, natomiast określenie, że „AVR dysponuje odnosi się do bazy,” a nie do dysponowania wszelkimi działkami w obrębie nieruchomości należących do MO-BRUK.

Zarzut II.4. Naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odwołujący argumentację przytoczoną na uzasadnienie zarzutu II.3. wskazywał jednocześnie, jako uzasadniającą zarzut podania nieprawdziwych informacji przez konsorcjum AVR. Zatem również w stosunku do tego warunku odwołujący uznał, iż konsorcjum AVR podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a złożone przez konsorcjum informacje nie podlegają uzupełnieniu lub wyjaśnieniu ze względu na swoją niezgodność ze stanem faktycznym.

Zarzut II.4. Stanowisko Izby.

Skoro Izba uznała, że czynność zawarcia umowy najmu pomiędzy konsorcjum AVR a spółką MO-BRUK była ważna, tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp sprowadzający się do złożenia nieprawdziwych informacji przez konsorcjum AVR w zakresie wykazania dysponowania przez wykonawcę bazą magazynowo- transportową, nie podlegał uwzględnieniu.

III. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp odwołujący sprecyzował, jak niżej.

Zarzut III.1. Naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum AVR, pomimo, iż z załączonych do oferty dokumentów nie wynika, iż konsorcjum będzie wykonywało przedmiot zamówienia, zgodnie z wymaganiami zamawiającego zawartymi w SIWZ oraz przepisami odrębnymi.

Zdaniem odwołującego, w stosunku do konsorcjum AVR zachodzi analogiczna sytuacja, która stanowiła podstawę do odrzucenia oferty odwołującego. Jak wskazano wyżej w niniejszym odwołaniu, zgodnie z rozdziałem VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ, zamawiający wymagał

od wykonawców celem potwierdzenia spełniania przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego przedłożenia „umów (umowy) zawartych z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne przetwarzające zmieszane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania oraz odpady zielone wskazanymi dla Regionu sądecko-gorlickiego Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r. lub oświadczenia o prowadzeniu instalacji regionalnej”. W ocenie odwołującego, konsorcjum AVR nie wykazało spełniania powyższego warunku.

Z treści oferty wynika bowiem, iż w powyższym zakresie złożono dwie umowy, tj. umowę nr 1/10/2014/AVR oraz umowę nr 16/ZZO/2014. Z treści § 1 ust. 1 umowy nr 1/10/2014/AVR zawartej pomiędzy AVR Sp. z o. a Kompostech Sp. z o. o. wynika, iż „przedmiotem umowy między stronami jest zagospodarowanie przez Zleceniobiorcę (Kompostech Sp. z o.o.) odpadów dostarczonych przez Zleceniodawcę (AVR Sp. z o. o.) na podstawie zamówienia na „odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Nowego Sącza oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych” (znak sprawy: BPM.ZZP.271.500.2014):

- a) odpady o kodzie 20 01 08,
- b) odpady o kodzie 20 02 01

W umowie tej, w § 2 ust. 6 zdanie pierwsze wskazano, że „w przypadku, gdy dostarczone odpady do kompostowni nie będą zgodne z rodzajami odpadów wymienionych w § 1 ust. 1 lub będą zmieszane z jakimikolwiek innymi odpadami i nie będą spełniały warunków określonych w regulaminie kompostowni odpadów organicznych, pracownik kompostowni ma prawo odmówić ich przyjęcia”.

Z treści zaś § 1 umowy nr 16/ZZO/2014 zawartej pomiędzy NOVA Sp. z o. o. a AVR Sp. z o.o. wynika, iż „umowa określa zasady i warunki usługi unieszkodliwiania odpadów niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oznaczonych kodem 20 03 01 przyjmowanych od zleceniodawcy (AVR Sp. z o. o.) do Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120 (ZZO) wyłącznie z terenu Miasta Nowego Sącza w zakresie realizacji zamówienia publicznego nr BPMZZP.271.500.2014”. Zestawiając ze sobą powyższe umowy, odwołujący zaznaczał, że konsorcjum AVR nie przedłożyło w pełnym zakresie dokumentów wymaganych przez zamawiającego, tj. umów (umowy) zawartych z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne przetwarzające:

- 1) zmieszane odpady komunalne,

- 2) pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania oraz
- 3) odpady zielone.

Złożone wraz z ofertą umowy według odwołującego dotyczą tylko dwóch rodzajów odpadów, a nie jak wymagał zamawiający trzech. Umowy nie dotyczą, bowiem odbioru odpadów tj. pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania.

Wykonawca w treści oferty w zakresie ww. umów wskazał na odpady o kodach 20 02 01, 20 01 08, 20 03 01.

Odwołujący wyjaśniał, że kod 20 02 01 dotyczy odpadów ulegających biodegradacji, kod 20 01 08 dotyczy odpadów kuchennych ulegających biodegradacji, kod 20 03 01 dotyczy odpadów niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych.

Wykonawca AVR, jak utrzymywał odwołujący - nie złożył dokumentów w zakresie dotyczącym umów (umowy) zawartych z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne przetwarzające pozostałości z sortowania odpadów (tj. według „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego” dla Regionu Sądecko-Gorlickiego: składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120, składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Starym Sączu, składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Bieczu, składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Białej Niżnej).

Kod dla odpadów takich, jak pozostałości z sortowania odpadów komunalnych to 19 12 12. Ponadto, jak wskazano w treści umowy nr 1/10/2014/AVR zawartej pomiędzy AVR Sp. z o. a Kompostech Sp. z o. o. „w przypadku, gdy dostarczone odpady do kompostowni nie będą zgodne z rodzajami odpadów wymienionych w § 1 ust. 1 lub będą zmieszane z jakimikolwiek innymi odpadami i nie będą spełniały warunków określonych w regulaminie kompostowni odpadów organicznych, pracownik kompostowni ma prawo odmówić ich przyjęcia”.

W opinii odwołującego powyższe potwierdza jego stanowisko, iż konsorcjum AVR nie złożyło wymaganych dokumentów zgodnie z wymaganiami zamawiającego, ale również nie wykazało, iż jest w stanie realizować zamówienie zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Tym samym, oferta konsorcjum AVR winna podlegać odrzuceniu. Odwołujący wskazywał, iż zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum AVR rażąco naruszył zasadę równego traktowania wykonawców. Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający ma obowiązek traktować wykonawców w sposób równy, co oznacza, iż wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji traktuje tożsamo, natomiast znajdujących się w różnych sytuacjach, traktuje stosownie do tychże sytuacji. Biorąc pod

uwagę, iż w opinii zamawiającego, odwołujący nie spełniał warunku określonego w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ (z czym odwołujący się nie zgadzał), winien był on w ten sam sposób potraktować konsorcjum AVR. Zdaniem odwołującego - wykonawca, który faktycznie nie spełnił wymaganego warunku względem przedmiotu zamówienia został wybrany do realizacji zamówienia, natomiast oferta prawidłowa została odrzucona.

Stanowisko zamawiającego.

Zamawiający uznał zarzut za niezasadny, ponieważ odpady selektywnie zebrane wykonawca może przekazać do instalacji przetwarzających te odpady nawet w innym regionie. Przed przekazaniem tych odpadów segreguje je na różne frakcje. W wyniku tego procesu mogą powstać pozostałości po sortowaniu. Jeżeli odbywałoby się to poza Regionem sądecko-gorlickim, to tam wytworzone pozostałości z sortowania odpadów komunalnych byłby przekazywane do RIPOK, to jest w rejonie wytworzenia tych odpadów. Zamawiający potwierdził, że wymóg przedłożenia takiej umowy zawarty jest w SIWZ tzn. na przetwarzanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania i uważa, że omawiane w materiale dowodowym sprawy dwie umowy zawarte w ofercie konsorcjum AVR pierwsza na przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych, a druga na przetwarzanie odpadów zielonych spełniają w pełni jego wymagania z SIWZ.

Stanowisko przystępującego.

Przystępujący powoływał się na okoliczność, że w korespondencji ze spółką NOVA dotyczącej zawarcia umowy na przetwarzanie odpadów podał numer tego postępowania i podał wymóg postawiony przez zamawiającego, a zatem uważa, że jeżeli nawet z treści tej umowy nie wynika wprost, że obejmuje ona pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, to i tak ten zakres odpadów wymieniona spółka powinna przyjmować na swoją instalację. Zdaniem przystępującego treść konkretnej umowy zawartej ze spółką NOVA nie ma tu istotnego znaczenia. Zdaniem przystępującego nigdy nie będzie on posiadaczem odpadów o charakterze pozostałości z segregowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, ponieważ takie odpady powstają na instalacji mechanicznego, chemiczno-biologicznego przetwarzania, a przystępujący takiej instalacji nie prowadzi i nie wskazał, że będzie sam przetwarzał odpady.

Stan faktyczny:

Załącznik nr 1 do SIWZ punkt 5 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia „Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych do regionalnej instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych wskazanej Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w

sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r. lub instalacji zastępczej przewidzianej dla obsługi regionu, jeżeli instalacja regionalna ulegnie awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn (...). W przypadku frakcji odpadów selektywnie zebranych w ramach zagospodarowania odpadów, Wykonawca zobowiązany będzie do ich przekazania do instalacji odzysku i unieszkodliwiania, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o których mowa w rozdziale 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Powyższe powtarza § 2 ust. 6 wzoru umowy.

Rozdział VII SIWZ wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy (...) w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Rozdział VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ.

Zamawiający wymaga od wykonawców celem potwierdzenia spełniania przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego przedłożenia:

- 1) „umów (umowy) zawartych z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne przetwarzające zmieszane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania oraz odpady zielone wskazanymi dla Regionu sądecko-gorlickiego Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r., lub oświadczenia o prowadzeniu instalacji regionalnej”.

W wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 30 września 2014 r. na pytanie czy umowa lub umowy powinny być zawarte z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne dla Regionu sądecko-gorlickiego na czas trwania zamówienia tj. od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2017r? Zamawiający udzielił odpowiedzi: Obowiązkiem Wykonawcy, w celu potwierdzenia, iż oferowana przez niego usługa spełnia wymagania Zamawiającego, jest załączenie do oferty umowy lub umów zawartych z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne dla Regionu sądecko-gorlickiego, z której (których) musi wynikać, iż oferowana usługa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Przedmiotowa umowa/umowy należą do katalogu tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, a do tego rodzaju dokumentów Zamawiający nie określa w sposób szczegółowy ich treści, gdyż z treści powyższych dokumentów (umowy/umów) winno jedynie wynikać, iż oferowane przez wykonawcę usługi odpowiadają wymaganiom przedmiotu zamówienia, określonym przez Zamawiającego.

Załącznik nr 1 do SIWZ – Szczegółowy opis zamówienia pkt 1 ppkt 3 lit a i b stanowi, że wykonawcę obowiązuje zakaz mieszania selektywnie zebranych odpadów komunalnych ze zmieszanyimi odpadami komunalnymi od właścicieli nieruchomości oraz zakaz mieszania ze sobą poszczególnych frakcji selektywnie zebranych odpadów komunalnych.

W dokumentach oferty konsorcjum AVR złożono dwie umowy, tj.:

- umowę nr 1/10/2014/AVR zawartą pomiędzy AVR Sp. z o. a Kompostech Sp. z o. o. z dnia 10.10 2014 r.
- oraz umowę nr 16/ZZO/2014 pomiędzy NOVA Sp. z o. o. a AVR Sp. z o.o.

Z treści § 1 ust. 1 umowy nr 1/10/2014/AVR zawartej pomiędzy AVP Sp. z o. a Kompostech Sp. z o. o. wynika, iż „przedmiotem umowy między stronami jest zagospodarowanie przez Zleceniobiorcę (Kompostech Sp. z o.o.) odpadów dostarczonych przez Zleceniodawcę (AVR Sp. z o. o.) na podstawie zamówienia na „odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Nowego Sącza oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych” (znak sprawy: BPM.ZZP.271.500.2014):

- a) odpady o kodzie 20 01 08, (odpady kuchenne ulegające biodegradacji)
- b) odpady o kodzie 20 02 01 (trawa, liście, gałęzie i konary)

- a zatem odpadów zielonych.

Z treści zaś § 1 umowy nr 16/ZZO/2014 z dnia 10.10. 2014 r. zawartej pomiędzy NOVA Sp. z o. o. a AVR Sp. z o.o. wynika, iż „umowa określa zasady i warunki usługi unieszkodliwiania odpadów niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oznaczonych kodem 20 03 01 przyjmowanych od zleceniodawcy (AVR Sp. z o. o.) do Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120 (ZZO) wyłącznie z terenu Miasta Nowego Sącza w zakresie realizacji zamówienia publicznego nr BPMZZP.271.500.2014”.

Zarzut III.1. Stanowisko Izby.

Umowa nr 1/10/2014/AVR zawarta pomiędzy AVR Sp. z o. a Kompostech Sp. z o. o. z dnia 10.10 2014 r. na zagospodarowanie odpadów zielonych o kodach 20 01 08, (odpady kuchenne ulegające biodegradacji) oraz 20 02 01 (trawa, liście, gałęzie i konary) jest prawidłowa bez względu na zastrzeżenie w § 2 ust. 6 zdanie pierwsze, że „w przypadku, gdy dostarczone odpady do kompostowni nie będą zgodne z rodzajami odpadów wymienionych w § 1 ust. 1 lub będą zmieszane z jakimikolwiek innymi odpadami i nie będą spełniały warunków określonych w regulaminie kompostowni odpadów organicznych, pracownik kompostowni ma prawo odmówić ich przyjęcia”. Odwołujący korzysta z usług tego samego podmiotu w zakresie przetwarzania odpadów zielonych i obowiązuje go ten sam regulamin wymienionej kompostowni, który został przez niego przedłożony i zawierający podobne

ograniczenia przy przyjmowaniu odpadów. W powyższym zakresie zarzut nie znalazł potwierdzenia.

Treść § 1 umowy nr 16/ZZO/2014 z dnia 10.10. 2014 r. zawartej pomiędzy NOVA Sp. z o. o. a AVR Sp. z o.o. potwierdza, iż „umowa określa zasady i warunki usługi unieszkodliwiania odpadów niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oznaczonych kodem 20 03 01 (...) przyjmowanych od zleceniodawcy (AVR Sp. z o. o.) do Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120 (ZZO) wyłącznie z terenu Miasta Nowego Sącza w zakresie realizacji zamówienia publicznego nr BPMZZP.271.500.2014, tzn. przedmiotowego zamówienia.

Niewątpliwie treść przedstawionych umów w ofercie konsorcjum AVR nie potwierdza, że obejmują one pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, według odwołującego - klasyfikowanych odrębnie. Kod dla odpadów takich, jak pozostałości z sortowania odpadów komunalnych to 19 12 12 (inne odpady, w tym zmieszane substancje i przedmioty z mechanicznej obróbki odpadów inne niż wymienione w 19 12 11) według rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. Nr 112, poz. 1206).

Z wymienionych względów zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp znalazł potwierdzenie - przez wybór oferty wykonawcy – konsorcjum AVR, który nie wykazał przy pomocy przedłożonych przez niego dokumentów (umów), że zaoferowana w formularzu ofertowym usługa odbierania odpadów komunalnych i ich zagospodarowywania, obejmuje przetwarzanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, w którejkolwiek z instalacji do ich odbierania w danym regionie, wskazanymi dla Regionu sądecko-gorlickiego Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014r., lub też przetwarzanie ich w instalacji własnej RIPOK, lub przez innego upoważnionego odbiorcę.

Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego, przedmiotowa umowa/umowy należą do katalogu tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z treści powyższych dokumentów (umowy/umów) winno wynikać, iż oferowane przez wykonawcę usługi odpowiadają wymaganiom przedmiotu zamówienia, określonym przez zamawiającego.

Z wymienionych względów dokument tego rodzaju winien podlegać uzupełnieniu na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli

wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (...).

Wymagania SIWZ w zakresie rozdziału VII pkt 15 ppkt 1 nie były zaskarżone i w sytuacji przystępującego były one w pełni wiążące w odniesieniu do umowy o zagospodarowanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania.

Izba podzieliła pogląd odwołującego, że złożone przez AVR dwie umowy nie wyczerpują warunku wskazanego w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ.

Nawet z treści przedstawionej umowy ze spółką MO-BRUK S.A. wynika, że zgodnie z wymaganiami SIWZ odnośnie bazy magazynowo - transportowej obejmuje ona miejsca magazynowania zebranych odpadów komunalnych, co czyniło niewiarygodną argumentację przystępującego, że u niego - ponieważ nie prowadzi instalacji regionalnej - w ogóle nie będą powstawały odpady z pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. Poza tym, skoro wykonawca tego zamówienia ma prowadzić dwa punkty selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK), gdzie przyjmowane są frakcje odpadów komunalnych selektywnie zbieranych, a wykonawca ma prawo sprzedawać te rodzaje odpadów, np. jako makulaturę, czy złom - w związku z tym również pojawiają się pozostałości z sortowania odpadów przeznaczonych do składowania, a więc brak podstaw, aby konsorcjum AVR mimo, że samemu nie prowadzi instalacji przetwarzania odpadów, było zwolnione z obowiązku przedkładania umowy zgodnie z SIWZ z odbiorcą pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. Przystępujący nie przedłożył, jako dowodu - odrębnej umowy o odbieranie całej puli odpadów np. zbieranych selektywnie przeznaczonych do składowania - bez ich segregowania. Z kolei Kod dla odpadów takich, jak pozostałości z sortowania odpadów komunalnych - 19 12 12 mówi o innych odpadach, obejmujących między innymi zmieszane substancje i przedmioty z mechanicznej obróbki odpadów, a więc nie dotyczy wyłącznie pozostałości z mechanicznej obróbki odpadów. Nie były wiarygodne wyjaśnienia przystępującego, że całą ilość odpadów, które będzie magazynował - w sposób „zmieszany” odprowadzi do instalacji odzysku, nawet poza Region sądecko- gorlicki, zatem u niego nie powstanie rodzaj odpadu - pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. Przeczy to bowiem wyraźnemu zakazowi SIWZ - mieszania odpadów zebranych selektywnie i przeczy samej idei selektywnej zbiórki odpadów.

Zamawiający postawił jednolity wymóg obowiązujący wszystkich wykonawców, przedłożenia umowy (umów) zawartych z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne przetwarzające:

- 1) zmieszane odpady komunalne,
- 2) pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, oraz
- 3) odpady zielone.

Spełnienie powyższego wymogu nie mogło być relatywnie uzależnione od zamierzonego przez poszczególnego wykonawcę sposobu wykonania zamówienia, jak wskazywał przystępujący - w jego przypadku - poprzez przekazanie całej puli składowanych odpadów komunalnych do instalacji odzysku.

W powyższych okolicznościach zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie, gdyż wybór oferty konsorcjum AVR bez wykazania się przez wykonawcę umową o zagospodarowanie odpadów obejmującą przetwarzanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, był nieuprawniony i dlatego wymagał unieważnienia tej czynności, wobec wyraźnych warunków postawionych przez zamawiającego w tym zakresie, co których nie jest możliwe czynienie żadnych odstępstw na etapie wyboru oferty.

Jak trafnie zauważył odwołujący, zachodził zbliżony przypadek, gdzie odwołujący został przez zamawiającego wezwany do uzupełnienia dokumentu umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów zielonych. Nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum AVR, nie jest równoznaczne z przesądzeniem definitywnego wyeliminowania tej oferty, ponieważ wykonawca ma możliwość uzupełnienia zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp brakującego dokumentu tj. umowy na zagospodarowanie odpadów obejmującej przetwarzanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. Należało się zgodzić z odwołującym i przystępującym, że z przepisu art. 9 I ustawy z dnia 13.09.1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. 2013,1399 ze zm.) wynika, że prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest obowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi. Zamawiający nie poprzestał jednak na przyjęciu oświadczenia od wykonawców, że zawrą oni umowy z podmiotami prowadzącymi RIPOK, ale wymagał przedłożenia umów w dokumentach oferty. Wykonawcy postanowień SIWZ w tym zakresie nie zaskarżyli odwołaniem. Dlatego też zamawiający nie może od ustanowionego wymogu czynić wyjątku i winien go jednolicie stosować do obydwu

wykonawców uczestniczących w tym postępowaniu. Obowiązkiem zamawiającego przed dokonaniem ponownej oceny ofert będzie wezwanie konsorcjum AVR do złożenia dokumentu potwierdzającego posiadanie na moment upływu wyznaczonego terminu złożenia ofert - umowy z uprawnionym odbiorcą odpadów, obejmującej przetwarzanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. Przez zaniechanie wezwania konsorcjum AVR do uzupełnienia dokumentu umowy potwierdzającej odbiór w celu przetwarzania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania zamawiający naruszył też art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut III.2. Naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum AVR, pomimo, iż konsorcjum AVR nie spełniło kolejnego warunku, tj. nie przedstawiło Certyfikatu Jakości zgodnie z normą ISO 9001 lub Certyfikatu Ochrony Środowiska zgodnie z normą ISO 14001 lub innego równoważnego potwierdzającego spełnianie wymogów standardów zarządzania jakościowego lub zarządzania środowiskowego, który odpowiadałby wymaganiom zamawiającego.

Wskazany dokument był wymagany przez zamawiającego, zgodnie z rozdziałem VII pkt 15 ppkt 2 SIWZ. W drodze zapytań do SIWZ, zamawiający udzielił wyjaśnień dotyczących wątpliwości związanych z obowiązkiem przedłożenia tego dokumentu. Na pytanie wykonawcy: Czy Zamawiający wymaga w przypadku oferty wspólnej, aby wszyscy oferenci przedłożyli Certyfikat Jakości zgodnie z normą ISO 9001 lub Certyfikat Ochrony Środowiska zgodnie z normą ISO 14001 lub innego równoważnego potwierdzającego spełnienie wymogów standardów zarządzania jakościowego czy środowiskowego, czy też wystarczającym jest posiadanie w/w certyfikatów tylko przez Lidera Konsorcjum? Zamawiający w dniu 30 września 2014r. udzielił następującej odpowiedzi: Zamawiający uznaje, iż wystarczającym jest posiadanie w/w certyfikatów tylko przez Lidera Konsorcjum. Tymczasem, w ofercie Konsorcjum AVR można odnaleźć Certyfikat Jakości potwierdzający spełnianie normy ISO 9001:2008, który został wystawiony na rzecz AVR S.p.A. z siedzibą w Rzymie we Włoszech. A zatem wskazany certyfikat dotyczy partnera konsorcjum, nie natomiast jego lidera, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Tym samym, odwołujący stwierdził, że konsorcjum AVR nie przedstawiło dokumentu potwierdzającego, iż może ono wykonywać usługi odbierania oraz zagospodarowywani odpadów komunalnych zgodnie z wymaganiami normy ISO 9001. Zwłaszcza, iż z certyfikatu zdaniem odwołującego nie wynika, iż zaświadczenie obejmuje również AVR Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący podtrzymał, iż oferta konsorcjum AVR podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Stanowisko zamawiającego.

Zamawiający oświadczył, że wymóg ma charakter przedmiotowy, czyli odnosi się do potwierdzenia realizowania tej usługi zgodnie ze standardami jakościowymi odnośnych norm. Zdaniem zamawiającego, mimo iż w odpowiedzi na pytania podał, że certyfikat może przedstawić lider, to również dopuszczał, że certyfikat mógł przedłożyć członek konsorcjum. Taki certyfikat został przedłożony przez AVR S.p.A. Dlatego też uznawał, że nie było podstaw do kwestionowania w tym zakresie oferty AVR. Zdaniem zamawiającego z samego faktu powiązań pomiędzy podmiotami tworzącymi konsorcjum AVR nawet, gdy złożone certyfikaty tego nie potwierdzają, może wynikać, że pewne procedury zarządzania jakościowego stosują po równo te podmioty, w tym także spółka AVR utworzona w Polsce.

Stanowisko przystępującego.

Przystępujący w świetle udzielonych wyjaśnień przez zamawiającego uznał, że certyfikat mógł być złożony zarówno przez lidera, jak i członka konsorcjum. Przyznał, że certyfikaty obejmują sprawdzenie procedur jakościowych według oznaczonych norm w jednostkach organizacyjnych oznaczonych w tych certyfikatach na terenie Włoch, ale zamawiający nie sprecyzował, że wymaga, aby certyfikat obejmował np. spółkę utworzoną w Polsce przez wykonawcę zagranicznego. Zaznaczał, że zamawiający nie określił, iż wymaga przedstawienia certyfikatów od każdego z członków konsorcjum i nie wskazał czy certyfikat ma być przedstawiony przez uczestnika konsorcjum, czy przez lidera. W wyjaśnieniach dopuścił, że certyfikat ma możliwość złożyć lider.

Stan faktyczny:

W rozdziale III pkt 8 SIWZ zamawiający zapisał, że wymaga wykonania usługi przy zachowaniu standardów zarządzania jakościowego lub zarządzania środowiskowego zgodnie z normą ISO 9001 lub zgodnie z normą ISO 14001.

W rozdziale VII pkt 15 ppkt 2) SIWZ zamawiający na potwierdzenie spełnienia przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego żądał przedstawienia w dokumentach oferty Certyfikatu Jakości zgodnie z normą ISO 9001 lub Certyfikatu Ochrony Środowiska zgodnie z normą ISO 14001 lub innego równoważnego potwierdzającego spełnianie wymogów standardów zarządzania jakościowego lub zarządzania środowiskowego.

W udzielonych w dniu 30.09.2014 r. wyjaśnieniach do SIWZ, zamawiający podał:

Pytanie nr 2 Wykonawcy:

Czy Zamawiający wymaga w przypadku oferty wspólnej, aby wszyscy oferenci przedłożyli Certyfikat Jakości zgodnie z normą ISO 9001 lub Certyfikat Ochrony Środowiska zgodnie z normą ISO 14001 lub innego równoważnego potwierdzającego spełnienie wymogów

standardów zarządzania jakościowego czy środowiskowego, czy też wystarczającym jest posiadanie w/w certyfikatów tylko przez Lidera Konsorcjum?

Odpowiedź na pytanie 2:

Zamawiający uznaje, iż wystarczającym jest posiadanie w/w certyfikatów tylko przez Lidera Konsorcjum.

W skład Konsorcjum AVR wchodzi AVR Sp. z o.o. (lider), ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków oraz AVR S.p.A., Via Francesco Tensi 116, 00133 ROMA.

W dokumentach oferty konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. zawarte są:

- 1) Certyfikat nr 8920/03/S zaświadczaający, że system zarządzania jakością spółki AVR S.P.A. z siedzibą w Rzymie we Włoszech w następujących jednostkach operacyjnych: Via Francesco Tensi 116, 00133 ROMA.; Via A. Vespucci 8 -55011 Altopascio (LU) Włochy; Via Emilia, 349-56121 Piza (PI) Włochy; Via Sant. Ana Il Tronco Contrada Falcone 2/C – 89100 Reggio Calabria (RC) Włochy i place budów jest zgodny z normą ISO 9001:2008,
- 2) Certyfikat nr EMS -3024/S zaświadczaający, że system zarządzania jakością spółki AVR S.P.A. z siedzibą w Rzymie we Włoszech w następujących jednostkach operacyjnych: Via Francesco Tensi 116, 00133 ROMA.; Via A. Vespucci 8 -55011 Altopascio (LU) Włochy; Plac budowy i baza logistyczna Via Emilia, 349-56121 Piza (PI) Włochy jest zgodny z normą ISO 14001:2004.

Zarzut III.2. Stanowisko Izby.

Omawiany wymóg ma charakter przedmiotowy związany z zapewnieniem odpowiedniej jakości świadczonych usług odbierania i zagospodarowania odpadów na terenie Nowego Sącza. Konsorcjum AVR nie wykazało, że dysponuje Certyfikatem Jakości zgodnie z normą ISO 9001 lub Certyfikatem Ochrony Środowiska zgodnie z normą ISO 14001 lub innym równoważnym, potwierdzającym spełnianie wymogów standardów zarządzania jakościowego lub zarządzania środowiskowego, wystawionym dla obydwu uczestników konsorcjum AVR, ani też wystawionym dla lidera tegoż konsorcjum, którym jest AVR Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Gdyby nawet przyjąć interpretację warunku korzystną dla wykonawcy, to nie można uznać, że posiadanie wymienionych certyfikatów przez partnera konsorcjum AVR S.p.A., Via Francesco Tensi 116, 00133 ROMA jest wystarczające, gdyż procedury zachowania standardów zarządzania jakościowego lub zarządzania środowiskowego zostały potwierdzone wymienionymi certyfikatami jedynie w odniesieniu do oznaczonych jednostek organizacyjnych firmy AVR S.p.A. na terenie Włoch. Należało założyć, że przedmiotowe

zamówienie będzie realizowane przynajmniej w zasadniczej części przez miejscowego przedsiębiorcę AVR Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, który posiada stosowne uprawnienia do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia, a więc konieczne było złożenie certyfikatu potwierdzającego pozytywne zweryfikowanie przestrzegania standardów zarządzania jakościowego lub zarządzania środowiskowego u wymienionego przedsiębiorcy, który do tego jest liderem konsorcjum AVR. Dokumenty składane na potwierdzenie wymagań przedmiotowych nie odnoszą się do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, żeby można było mówić o sumarycznym potencjale wykonawców w tym zakresie. Zamawiający ograniczył wymaganie przedłożenia Certyfikatu Jakości zgodnie z normą ISO 9001 lub Certyfikatu Ochrony Środowiska zgodnie z normą ISO 14001 lub innego równoważnego do lidera konsorcjum, i ten minimalny wymóg był wiążący.

Zgodnie z SIWZ, przedmiotowe certyfikaty należą do katalogu tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z treści powyższych dokumentów winno wynikać, iż oferowane przez wykonawcę usługi odpowiadają wymaganiom przedmiotu zamówienia, określonym przez zamawiającego. Z wymienionych względów dokument tego rodzaju winien podlegać uzupełnieniu na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy albo, którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (...).

W powyższych okolicznościach zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 91 ust. 1 Pzp znalazł potwierdzenie, gdyż wybór oferty konsorcjum AVR bez wykazania się przez lidera konsorcjum lub uczestnika konsorcjum AVR S.p.A. certyfikatem potwierdzającym pozytywne zweryfikowanie przestrzegania standardów zarządzania jakościowego lub zarządzania środowiskowego także u lidera tego konsorcjum, był nieuprawniony i dlatego wymagał unieważnienia tej czynności, wobec wyraźnych warunków postawionych przez zamawiającego w wymienionym zakresie, co których nie jest możliwe czynienie żadnych odstępstw przy dokonywaniu wyboru oferty. W pierwszej kolejności zamawiający naruszył jednak art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum AVR do uzupełnienia brakującego dokumentu.

Zarzut IV. Odnoszony do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp niespełnienia przez konsorcjum AVR warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut IV.1. Naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum AVR z postępowania ze względu na brak potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności.

Odwołujący podnosił, że zarzut ten wiąże się z zarzutem wyżej zaprezentowanym dotyczącym braku ważnego certyfikatu jakości dla lidera konsorcjum, a ponadto zgodnie z rozdziałem VI pkt 2.1. lit. a i b SIWZ, wykonawcy biorący udział w postępowaniu winni byli wykazać się posiadaniem uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, w postaci:

a) wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych, o której mowa w ustawie z dnia 13 września 1996 r. (Dz. U. z 2012 r. poz. 391 z późn. zm.) o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Prezydenta Miasta Nowego Sącza, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia tj. odbierania rodzajów odpadów komunalnych wyszczególnionych poniżej (rodzaje odpadów zostały wymienione w SIWZ) oraz

b) zezwoleniem na transport odpadów, w tym na terenie miasta Nowego Sącza zgodnie z obowiązującymi przepisami, tj. ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21), w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

Analiza oferty konsorcjum AVR, przywiodła odwołującego do wniosków, że zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności regulowanej oraz decyzja o zezwoleniu na transport odpadów została przedstawiona tylko przez spółkę AVR Sp. z o. o. z siedzibą w Krakowie, podczas gdy partner konsorcjum, tj. AVR S.p.A. nie posiada wymaganych przez zamawiającego uprawnień. Nie przedstawiono, bowiem w ofercie żadnych zaświadczeń, ani decyzji, które potwierdzałyby spełnianie warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale VI pkt 2.1 lit. a i b SIWZ.

Zdaniem odwołującego, w tej sytuacji, należy uznać, iż konsorcjum AVR nie potwierdziło spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień potrzebnych do wykonywania określonej działalności. Nie należy, bowiem zapominać, iż działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości stanowi działalność regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej, jak wskazuje art. 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013r., poz. 888 z późn. zm.). Również, zgodnie z art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2012r., poz. 1513 z późn. zm.) wykonywanie działalności w zakresie zbierania odpadów oraz transport odpadów wymaga uzyskania zezwolenia.

Tym samym, biorąc pod uwagę systematykę przepisów prawa, działalność regulowaną, wymagającą zezwolenia należy traktować ściśle. Wykonywanie działalności bez posiadania wpisu do specjalnego rejestru lub bez wymaganego zezwolenia, stanowi naruszenie przepisów prawa. Biorąc również pod uwagę przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a w szczególności definicję przedsiębiorcy zawartą w art. 4 ust. 1; Przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. W ślad za tym odwołujący stwierdził, że podmiot wykonujący działalność gospodarczą w zakresie odbierania i transportu odpadów bez wymaganego zezwolenia, nie jest przedsiębiorcą w zakresie tejże działalności. Tak samo na gruncie SIWZ; wykonawca, który nie posiada wymaganych uprawnień, zgodnie z treścią SIWZ, nie spełnia podstawowego przymiotu definiującego dany podmiot, jako wykonawcę w danym postępowaniu. Stąd, nie można oferty takiego wykonawcy przyjąć, jak również nie można zapewnić takiemu wykonawcy udziału w postępowaniu. Dlatego, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp taki wykonawca winien być wykluczony. Zdaniem odwołującego powyższe - można odnieść do członka konsorcjum, również w przypadku, gdy lider posiada wymagane uprawnienia. Odwołujący wskazywał na art. 23 Pzp, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o wykonywanie zamówienia mogą łącznie spełniać warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, czy zdolności finansowych. Jednakże, zdaniem odwołującego analogicznej interpretacji tego przepisu nie można odnieść do warunku posiadania wymaganych uprawnień. Wykonawcy, bowiem wspólnie ubiegają się o dane zamówienie, co oznacza, że wspólnie je będą wykonywać, jak również ponoszą odpowiedzialność solidarną za jego wykonanie. Stąd, niemożliwe jest egzekwowanie odpowiedzialności od wykonawcy, który nie będzie posiadać uprawnień do wykonywania działalności, niezbędnych dla zrealizowania przedmiotu zamówienia. Podobne stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 13 maja 2011r., KIO/KU 41/11: *„Zgodnie ust. 3 przywołanego wyżej przepisu, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wynika z tego, 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 Pzp - 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 Pzp. Odm inną wykładnię należy zastosować do przesłanek niepodlegania wykluczeniu (które powinien spełnić każdy z członków konsorcjum z osobna) oraz*

posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności - co jednak nie dotyczy przedmiotowej sprawy”.

Odwołujący podnosił, iż powyższa uchwała potwierdza jego stanowisko, iż w przypadku konsorcjum, każdy z jego członków winien z osobna posiadać uprawnienia konieczne do wykonywania określonej działalności. W przypadku konsorcjum AVR, takie uprawnienia posiada jedynie lider, tj. AVR Sp. z o.o. Wzbudziło wątpliwości odwołującego to, iż AVR Sp. z o.o. posiadając stosowne uprawnienia, jednocześnie nie wykazał, iż posiada Certyfikat Jakości potwierdzający wykonywanie usług odbierania odpadów zgodnie z normą ISO lub równoważną. Certyfikatem legitymuje się jedynie partner konsorcjum, AVR S.p.A. z siedzibą w Rzymie. Zdaniem odwołującego nie jest dopuszczalne takie łączenie spełniania warunków przez członków konsorcjum, w świetle art. 23 Pzp oraz przytoczonego wyżej orzeczenia. Nie może być bowiem tak, iż jeden z członków konsorcjum posiada wymagane uprawnienia, podczas gdy drugi z nich posiada zaświadczenie o wykonywaniu działalności zgodnie z wymaganą normą, podczas gdy nie posiada uprawnień do jej wykonywania. Stąd, zdaniem odwołującego zachodzi przesłanka wykluczenia konsorcjum AVR z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Stanowisko zamawiającego.

Zamawiający uznał, że skoro zamówienie realizować będzie AVR Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie to spełnia on tym samym warunek SIWZ określony w rozdziale VI. Ponadto potwierdził znaczenie tego warunku i sposobu jego spełnienia zgodnie z jego dosłowną treścią przytoczoną według postanowień SIWZ, a postanowienia te nie były przedmiotem żadnych zapytań, ani nie zostały zaskarżone odwołaniem.

Stanowisko przystępującego.

Przystępujący zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, co do dosłownego rozumienia wymagań w szczególności określonych w pkt 6 rozdziału VI SIWZ w kontekście pkt 1 tegoż rozdziału.

Stan faktyczny:

W rozdziale VI SIWZ warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, zamawiający postanowił:

Pkt 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

- a) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- b) posiadania wiedzy i doświadczenia;

- c) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- d) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Pkt 2. W zakresie spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (...) zamawiający będzie rozpatrywał:

2.1. W zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności oferty wykonawców posiadających:

a) wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych, o której mowa w ustawie z dnia 13 września 1996 r.(Dz. U. z 2012 r. poz. 391 z późn. zm.) o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Prezydenta Miasta Nowego Sącza, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia tj. odbierania rodzajów odpadów komunalnych wyszczególnionych poniżej (rodzaje odpadów zostały wymienione w tabeli w SIWZ)

b) zezwolenie na transport odpadów, w tym na terenie miasta Nowego Sącza zgodnie z obowiązującymi przepisami, tj. ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013r. poz.21), w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

c) wpis do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny (...).

Pkt 6. W przypadku, gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia żaden z wykonawców nie może podlegać wykluczeniu, o którym mowa w pkt 4, natomiast przy weryfikacji spełnienia warunków, o których mowa w pkt 1 pod uwagę będzie brany potencjał wszystkich wykonawców występujących wspólnie.

Rozdział VII SIWZ - wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu (...).

Zamawiający wymaga złożenia ofercie przetargowej następujących oświadczeń i dokumentów, jak poniżej:

- 1) Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu według wzoru zał. 3;
- 2) Dokumenty wymagane w celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (...).
- a) Dokumenty potwierdzające posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; w szczególności koncesje, zezwolenia lub licencje – warunki zostały określone w rozdziale VI pkt 2 ppkt 2.1 lit a-c SIWZ.

W ofercie konsorcjum AVR znajdują się:

a) zaświadczenie z 5.06.2013 r. o wpisie do ewidencji działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych, o której mowa w ustawie z dnia 13 września 1996 r. (Dz. U. z 2012 r. poz. 391 z późn. zm.) o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wydane przez Prezydenta Miasta Nowego Sącza dla AVR Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia tj. odbierania rodzajów odpadów komunalnych wyszczególnionych w SIWZ,

b) decyzja - zezwolenie na transport odpadów, wydane przez Prezydenta Miasta Krakowa dla AVR Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie z dnia 17.10.2012 r. wraz ze zmianą tej decyzji z dnia 16.04.2013 r., gdzie obszarem transportu odpadów została objęta Rzeczpospolita Polska, ważnej do 17.10.2022 r., wydanej w oparciu o przepis art. 28 ustawy o odpadach.

c) zaświadczenie o wpisie do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny (...) z 7.05.2013 r., wydane przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska.

Dla uczestnika konsorcjum: AVR S.p.A., Via Francesco Tensi 116, 00133 ROMA powyższych dokumentów nie przedstawiono.

Zarzut IV.1. Stanowisko Izby.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Z mocy art. 23 ust. 3 ustawy Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1 ustawy. Jeżeli oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców. Zgodnie z art. 141 ustawy Pzp wykonawcy, o których stanowi art. 23 ust. 1 ustawy Pzp ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy.

Niewątpliwie działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i ich zagospodarowania stanowi działalność regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004r. o swobodzie działalności gospodarczej, jak wskazuje art. 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013r., poz. 888 z późn. zm.). Również, zgodnie z art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2012 r., poz. 1513 z późn. zm.) wykonywanie działalności w zakresie transportu odpadów wymaga uzyskania zezwolenia.

Izba, co do zasady zgadza się poglądem, że konsorcjum biorące udział w postępowaniu, winno być traktowane - w odniesieniu do warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp - jak jeden podmiot dysponujący określonym łącznym potencjałem w zakresie technicznym, kadrowym, wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej, na który składa się potencjał poszczególnych członków konsorcjum, co jest celem przytaczanej normy art. 23 ustawy Pzp. Odmienna sytuacja zachodzi w odniesieniu do

przesłanek niepodlegania wykluczeniu oraz posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, które powinien spełnić każdy z poszczególnych uczestników konsorcjum, co można wywieść z treści regulacji ustawowych w tym zakresie.

W warunkach ustanowionych w rozpatrywanym postępowaniu, o ile zamawiający wprost podał, że brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp powinien być wykazany przez każdego z członków konsorcjum z osobna, to w odniesieniu do przedstawienia zezwoleń na prowadzenie działalności dopuścił, aby dokumenty zostały złożone łącznie, a więc tylko przez jednego z członków konsorcjum. Stanowi o tym pkt 6 rozdziału VI SIWZ - w przypadku, gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia żaden z wykonawców nie może podlegać wykluczeniu, o którym mowa w pkt 4, natomiast przy weryfikacji spełnienia warunków, o których mowa w pkt 1, tj. o treści:

Pkt 1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

- a) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
 - b) posiadania wiedzy i doświadczenia;
 - c) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
 - d) sytuacji ekonomicznej i finansowej
- pod uwagę będzie brany potencjał wszystkich wykonawców występujących wspólnie.

Zamawiający przy ocenie ofert nie może odstępować od warunków udziału w postępowaniu, które ustanowił i podał do wiadomości powszechnej w drodze publikacji ogłoszenia oraz SIWZ, gdyż jego działania muszą być przewidywalne dla wszystkich wykonawców, którzy podjęli decyzję uczestniczenia w przetargu na oznaczonych w SIWZ zasadach.

Z powyższych względów, zarzut podnoszony przez odwołującego naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum AVR z postępowania ze względu na brak potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności, nie mógł zostać uwzględniony.

Oczywistym jest, że zamówienia w zakresie, w jakim objęte jest one wymaganymi uprawnieniami, wydawanymi na podstawie przepisów odrębnych nie może wykonywać podmiot, który takich uprawnień nie posiada, gdyż przepisy te mają charakter bezwzględnie obowiązujący. W okolicznościach tego przypadku, jeżeli oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. konsorcjum AVR zostanie wybrana w wyniku ponownej oceny ofert, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia

publicznego - umowy regulującej współpracę wykonawców tworzących konsorcjum i na tej podstawie ustalić, czy nie zachodzą przeszkody do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze skutkami wynikającymi z art. 46 ust. 5 ustawy Pzp pkt 3 ustawy Pzp.

Zarzut V. Odnoszony do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zarzut V.1. Naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie żądania wyjaśnień od konsorcjum AVR co do rażąco niskiej ceny.

Zdaniem odwołującego, cena oferty konsorcjum AVR stanowi cenę rażąco niską w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Konsorcjum AVR zaoferowało bowiem realizację niniejszego przedmiotu zamówienia za cenę 22 749 971,04 zł brutto, podczas gdy odwołujący zaoferował cenę 26 593 920,00 zł brutto. Odwołujący podnosił, iż ustawodawca nie zdefiniował pojęcia "rażąco niska cena", jednak w świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Co więcej, zgodnie z orzecznictwem oraz doktryną kwestia rażąco niskiej ceny powinna być oceniana w kontekście charakteru zamówienia, biorąc pod uwagę jego zakres, branżę, rynek lokalny. Nie zawsze również arytmetyczne porównanie cen zaoferowanych w danym postępowaniu stanowi dowód o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010r., sygn. akt: XIX Ga 175/1 przesłanką pozwalającą na uznanie danej ceny za rażąco niską jest jej znaczące odbieganie od cen rynkowych: *„Istota problemu sprowadza się do prawidłowego określenia desygnatu pojęcia ceny "rażąco niskiej". Przepisy ustawy prawa zamówień publicznych nie zawierają definicji legalnej tego pojęcia, tudzież nie wskazują żadnych kryteriów wartościujących, umożliwiających ocenę, że cena zaoferowana przez konkretnego wykonawcę posiada taki przymiot. Należy się tutaj więc odwołać do potocznego rozumienia tego pojęcia. Cena zatem "rażąco niska" to taka, która jest nierealistyczna, w sposób znacząco odbiegająca od cen rynkowych stosowanych w określonej branży”*. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1078/12: *„Cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających”*. Również w wyroku z dnia 19 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 481/12

podano: „*Rażąco niska cena to taka cena, która jest nierealistyczna, wręcz niewiarygodna na danym rynku, niemożliwa do zaoferowania bez uszczerbku dla majątku wykonawcy, niezapewniająca mu zysku, zaoferowana poniżej kosztów wartości usługi, zaproponowana w celu eliminacji konkurencji*”. Podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2014r., KIO 377/14: „*W tym stanie faktycznym to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania, iż powzięte przez Zamawiającego wątpliwości, co do zaoferowanej ceny nie są uzasadnione. Wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp stwarza, bowiem wrzuszalne domniemanie, że cena oferty wezwanego wykonawcy jest rażąco niska. W konsekwencji przyjętego domniemania istnienia rażąco niskiej ceny, wykonawca zmuszony jest do jego obalenia, poprzez przedstawienie stosownych dowodów, potwierdzających, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco zaniżoną w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale że ze względu na obiektywne czynniki - opisane przykładowo w art. 90 ust. 2 Pzp - jest w stanie wykonać cały zakres zamówienia za zaoferowaną cenę z określonym zyskiem. Nie jest wystarczające w tym zakresie złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Udzielone wyjaśnienia mają, bowiem potwierdzać, że złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana.*”

Wskazane wyżej wyroki jednoznacznie wskazują, iż cena rażąco niska to taka, która nie została rzetelnie skalkulowana przez wykonawcę i w związku z tym generuje straty po jego stronie. Według badań odwołującego oferta konsorcjum AVR zawiera właśnie cenę rażąco niską, nierzetelnie skalkulowaną, która spowoduje straty po stronie konsorcjum w okresie wykonywania przedmiotu zamówienia. Powyższe odwołujący zobrazował dwoma tabelami zestawiającymi koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia.

W tabeli 1 odwołujący przedstawił zbiorcze zestawienie minimalnych miesięcznych kosztów realizacji usług obioru odpadów, sporządzone na podstawie oszacowanej wartości poszczególnych rodzajów zużywanych zasobów (kosztów rodzajowych), wnikających z SIWZ i specyfikacji działalności w zakresie odbioru odpadów. Tab. 1. Zestawienie minimalnych kosztów miesięcznych kosztów realizacji usług odbioru pozycja koszt (w PLN) amortyzacja 30 670,00 serwis i przeglądy 3 675,00 przeglądy techniczne 250,00 zużycie paliwa 24 547,00 wynagrodzenia 44 100,00 świadczenia pracownicze 4 400,00 ubezpieczenie OC 833,00 podatek od środków transportu 648,00, system monitorowania 500,00 worki 10 750,00 wyposażenie PSZOK 2 218,00; Razem 122 591,00. Maksymalny miesięczny koszt możliwy do poniesienia przez konsorcjum AVR w zakresie usług odbioru odpadów (por. tab. 3.3) 36 447,34. Różnica między maksymalnym możliwym kosztem do poniesienia przez konsorcjum AVR w zakresie usług odbioru odpadów a minimalnym poziomem miesięcznych kosztów odbioru odpadów - 86 143,66 zł. Z porównania oszacowanych w tab. 1.

miesięcznych kosztów realizacji usługi odbioru oraz maksymalnej wysokości kosztów tej usługi, jakie mogłoby ponieść konsorcjum AVR wynika dla odwołującego, że zaproponowana cena jest za niska, o co najmniej 86.143,66 PLN/m-c, tj. o 3.101.172 PLN odnośnie do całości zamówienia, tak by była w stanie pokryć koszty niezbędne do należytej realizacji przedmiotowego zamówienia.

Z kolei podsumowanie odwołującego stanowi tabela 2, która przedstawia zestawienie ceny ofertowej konsorcjum AVR za realizację przedmiotowego zamówienia oraz minimalnego poziomu kosztów koniecznych do poniesienia celem należytej realizacji zamówienia. Tab. 2. Zestawienie ceny ofertowej Konsorcjum AVR za realizację przedmiotowego zamówienia oraz minimalnego poziomu kosztów koniecznych do poniesienia celem należytej realizacji zamówienia. Pozycja W ujęciu rocznym (w PLN) Za okres 2015-2017 (całe zamówienie) - w PLN Cena zaoferowana przez Konsorcjum AVR 7 021 596,00; 21 064 788,00; Koszty odbioru odpadów 1 471 092,00; 4 413 276,00 Koszty zagospodarowania odpadów 6 584 227,92; 19 752 683,76 Wynik (strata): - 1 033 723,92 - 3 101 171,76.

Zdaniem odwołującego cena ofertowa konsorcjum AVR jest o ponad 1 mln PLN niższa od minimalnego poziomu kosztów, jakie należy ponieść celem należytego wykonania zamówienia. Oznacza to, że cena zaoferowana na realizację całego zamówienia jest o ponad 3 mln zł niższa od minimalnego poziomu kosztów, jakie konsorcjum AVR będzie musiało ponieść tytułem należytego wykonania umowy. Zdaniem odwołującego, wskazane wyżej jego obliczenia uzasadniają stwierdzenie, iż konsorcjum AVR złożyło ofertę, której cena nie została rzetelnie skalkulowana, nie przewiduje cen rynkowych charakterystycznych dla tego rynku lokalnego, jak również dla wskazanej branży. Stąd, zdaniem odwołującego istnieją przesłanki do wystosowania wezwania na podstawie art. 90 ust.1 Pzp przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień, co do rażąco niskiej ceny w stosunku do konsorcjum AVR.

Stanowisko zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że analizował ceny i różnica pomiędzy ceną oferty odwołującego, a konsorcjum AVR wynosi ok. 15%. Zbliżona różnica jest pomiędzy ceną tej oferty a kwotą jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynikającą z obliczenia wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający powołał się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym od 19 października 2014r., który daje bardziej dookreślone podstawy do tego, kiedy należy wszczynać procedurę wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy. Jest w nim mowa o różnicy 30% pomiędzy ceną oferty badanej, a średnią ceną ofert i wartością szacunkową zamówienia. Dlatego nie zachodziły podstawy ustawowe w brzmieniu obecnie obowiązującym, mimo że niewątpliwie postępowanie zostało wszczęte

pod rządem poprzednich przepisów. Zamawiający powołał się na informację, którą załączył do odpowiedzi na odwołanie obrazującą zwiększającą się tendencję do zbiórki odpadów w sposób selektywny wśród mieszkańców. To pozwala prognozować, że wykonawca, który pozyska to zamówienie będzie miał większy przychód ze sprzedaży frakcji odpadów selektywnie zbieranych, a to z kolei pomniejszy jego koszty, ponadto wpłynie na mniejszą ilość odpadów podlegających zagospodarowaniu, tj. odpadów – zmieszanych. Zamawiający przyznał, że też tak odczytał wyliczenia odwołującego, również te załączone do pisma informującego o nieprawidłowościach w ofercie konsorcjum AVR, w tym w zakresie ceny skarżonej oferty, że odwołujący w oparciu o założoną przez siebie ilość odpadów przekazywanych do wskazanych w regionie instalacji, to jest spółki NOVA i Kompostech założył, iż koszty ponoszone przez wykonawcę za przetwarzanie odpadów według oferty AVR będą wyższe od koniecznych do poniesienia jedynie o 36 437,34zł miesięcznie, co nie pokryje kosztu zbiórki odpadów, którą odwołujący wyliczył na 122 591zł miesięcznie i różnicę za cały okres zamówienia na kwotę - 3 101 171,76 zł, jako zaniżonego kosztu tej oferty za cały okres realizacji zamówienia. Zamawiający stwierdził, że w odniesieniu do elementu ceny związanego z odbiorem odpadów wobec ryczałtowego charakteru ceny w postępowaniu - odwołujący przyjął założenia takie, które wprost nie wynikają z SIWZ - założenia własne. Zaznaczał, że pojemniki są własnością posiadaczy nieruchomości, natomiast wykonawca będzie miał obowiązek dostarczać worki. Zdaniem zamawiającego nie jest on zobowiązany wzywać wykonawcę w każdym wypadku do wyjaśnienia ceny, a w szczególności w odniesieniu do oferty, która podaje najniższą cenę ze złożonych ofert. Musi wynikać z okoliczności sprawy takie prawdopodobieństwo, że oferta zawiera rażąco niską cenę, żeby można było mówić o tym, że zamawiający miał podstawy do powzięcia wątpliwości, a co za tym idzie do zastosowania procedury z art. 90 ust 1 Pzp. Zamawiający uznał, że w okolicznościach tego przypadku nie miał żadnych wątpliwości - co do realności ceny przystępującego. Zamawiający dodał, że oparł szacunkową wartość zamówienia na prognozowanych kosztach tej usługi z wykorzystaniem informacji na podstawie realizacji poprzednich umów na odbieranie odpadów.

Stanowisko przystępującego.

Przystępujący wskazywał, że skoro nie został wezwany przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, to jego oferta korzysta z domniemania, że ceny rażąco niskiej nie zawiera, ponieważ bez wezwania i umożliwienia wykonawcy złożenia wyjaśnień zarzut zaniechania odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę nie może być postawiony. Powołał się na utrwalone w doktrynie i orzecznictwie znaczenie przypisywane określeniu rażąca cena w treści art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako ceny odbiegającej drastycznie, w sposób wyraźny od realiów rynku. Podtrzymuje swoje

stanowisko, że z samego faktu różnicy cenowej nie można wywodzić rażącego charakteru różnicy ceny oferty najniższej. Potwierdza to orzecznictwo Izby, w tym wyrok sygn. akt KIO 2181/13. Zdaniem przystępującego wkroczenie konsorcjum AVR na rynek odbierania i przetwarzania odpadów w danym regionie i pobliskich spowodowało, że postępowania nabrały charakteru konkurencyjnego. Przystępujący podnosił, że analiza przedstawiona przez odwołującego jest przeprowadzona przez pryzmat kosztów ponoszonych przez samego odwołującego. Przystępujący stwierdził, że stosuje rozwiązania własne wypracowane w praktyce. Zdaniem przystępującego odwołujący przyjął nieadekwatne założenia do tych, które poczynił przystępujący, w tym również, co do ilości pracowników. Kalkulacja oparta jest na dwóch elementach kosztów zagospodarowania odpadów i kosztów odbierania odpadów. Koszty zagospodarowania odpadów zawierają szereg błędów, jakkolwiek odnoszą się do cen stosowanych przez odbiorców. Mają niewłaściwe założenia w ilościach, są zawyżone ilości odpadów, które wykonawca ma zagospodarować. Zdaniem przystępującego w praktyce ilości odpadów są mniejsze. Potwierdzają to informacje uzyskane w trybie dostępu do informacji publicznej miasta Nowego Sącza. W szczególności dotyczy to ilości odpadów zielonych, które mają być przekazywane do RIPOK. Są one zawyżone od 5 do 7 krotnie przez odwołującego wobec ilości, która realnie powinna być przyjęta i wytwarzana - 10% całego strumienia. Jeżeli następuje niekwestionowany wzrost odpadów zbieranych selektywnie w stosunku do odpadów zmieszanych to powoduje większy odzysk i zmniejszenie ilości odpadów zmieszanych. Odwołujący przyjął, że za zagospodarowanie odpadów trzeba zapłacić 548 685,66 zł miesięcznie, a przystępujący stwierdził, że urealniony koszt zagospodarowania odpadów miesięcznie według niego wynosi 400 000 do 450 000 zł. Przystępujący uznał, że kwota 122 591 za zbiórkę opadów miesięcznie, jaką wyliczył odwołujący jest bardziej adekwatna niż za przetwarzanie odpadów, jednakże i tak przekracza koszty, które przyjął do kalkulacji ceny swojej oferty. Odwołujący, wie co prawda jakiego typu pojazdy będą wykonywały to zamówienie w przypadku wyboru oferty przystępującego, jednakże nie zna bliższych danych odnośnie kosztu ich utrzymania. Przystępujący podtrzymał swoje stanowisko, że odwołujący przyjął własne założenia, np. co do ilości zużywanego paliwa przez pojazdy. Przystępujący stwierdził, że używa pojazdów, które są oszczędne w zużyciu paliwa. Ponadto nie znalazł w kalkulacjach odwołującego żadnych informacji dotyczących odzysku odpadów selektywnie zbieranych i pomniejszenia z tego tytułu kosztów. Zamawiający narzucił określony poziom recyklingu. Przystępujący stwierdził, że status RIPOK ma uzyskać instalacja EMPOL, dlatego będzie mógł również korzystać z usług tej instalacji, która ma niższe ceny.

Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w odwołaniu. Wnosił o przeprowadzenie dowodu z prywatnej opinii wystawionej przez Katedrę Rachunkowości

Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Łódzkiego z 13 listopada 2014 r., na potwierdzenie okoliczności, iż cena oferty konsorcjum AVR uzasadnia wezwanie tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, oraz że wskazana cena jest rażąco niska. Ponadto odwołujący podtrzymał wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego w wymienionej sprawie.

Stan faktyczny:

Konsorcjum AVR zaoferowało realizację przedmiotu zamówienia za cenę 22 749 971,04 zł brutto (21 064 788,00 zł netto), odwołujący zaoferował cenę 26 593 920,00 zł brutto (24 624 000,00 zł netto).

Wartość szacunkowa zamówienia bez VAT 24 888 960,00 zł. Przed otwarciem ofert zamawiający podał, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 26 880 076,80 zł brutto.

Cena ma charakter ryczałtowy. Strony będą się rozliczały w okresach miesięcznych przez czas trwania umowy.

Przychody ze sprzedaży frakcji odpadów zbieranych selektywnie należą do wykonawcy - co pozostawało bezsporne.

Zamawiający rozważał kwestię czy wzywać wykonawcę AVR do wyjaśnienia ceny. W protokole komisji przetargowej znajduje się taki zapis, z którego wynika, że zamawiający uznał, że nie powziął wątpliwości, że cena tego wykonawcy jest rażąco niska.

Zarzut V.1. Stanowisko Izby.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w obowiązującym obecnie brzmieniu stanowi, że jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy 10.10.2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407, z 2005 Nr 157, poz. 1314); pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Wymieniony przepis o przytoczonej wyżej treści wprawdzie wszedł w życie 19 października 2014 r. i ma zastosowanie do postępowań wszczętych po tej dacie, jak stanowi art. 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2014 r., poz. 1232), jednakże jego brzmienie stanowi wystarczającą wskazówkę - kiedy ustawodawca uznaje za zasadne wszczynanie przez zamawiającego procedury weryfikacji ceny oferty, celem wykluczenia - czy nie została ona skalkulowana na rażąco niskim poziomie, tj. poniżej poziomu kosztów koniecznych do należytego wykonania usługi, przy tym nie zapewniającej wykonawcy żadnego zysku.

Skoro konsorcjum AVR zaoferowało realizację zamówienia za cenę 22 749 971,04 zł brutto (21 064 788,00 zł netto), a odwołujący zaoferował cenę 26 593 920,00 zł brutto (24 624 000,00 zł netto). Przy tym wartość szacunkowa zamówienia bez VAT wynosi 24 888 960,00 zł, a przed otwarciem ofert zamawiający podał, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 26 880 076,80 zł brutto, oznacza to, że cena konsorcjum AVR jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia o 15,4% oraz niższa o 14,5% od ceny ofertowej konsorcjum NOVA. Wskaźnik ten byłby jeszcze niższy, gdyby odnosić go do średniej ceny złożonych ofert, jak podaje przytaczany wyżej przepis. Nie został przekroczony próg różnicy 30% pomiędzy wartością szacunkową i średnią cen ofert a ceną oferty konsorcjum AVR, stwarzający podstawy do twierdzenia, że zamawiający powinien powziąć wątpliwości odnośnie rzetelności skalkulowania ceny oferty konsorcjum AVR, a co za tym idzie wezwać wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień. Jak wynika z protokołu posiedzenia komisji przetargowej z dnia 24.10.2014 r. zagadnienie to zostało przeanalizowane przez zamawiającego, który wcześniej dysponował sporządzonym przez odwołującego wyliczeniem kosztów świadczenia usługi, przedkładanym też, jako dowód w tej sprawie. Zamawiający uznał, że nie zachodzą po jego stronie wątpliwości, co do realności ceny oferty konsorcjum AVR i zdolności tego wykonawcy do pojęcia się z pozytywnym skutkiem realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę.

Odwołujący w oparciu o dane z raportów o realizacji poprzedniej umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów w okresie od 07.2013 do 09.2014 wyliczył, że łączny koszt zagospodarowania odpadów w ciągu 1 miesiąca wynosi 548 685,66 zł, a konsorcjum AVR ustaliło łączny miesięczny koszt usługi (według wyliczeń odwołującego) na kwotę 585 133,00 zł. Odwołujący uznał, że różnica w kwocie 36 447,34 zł nie pokryje w szczególności kosztów zbiórki odpadów, którą odwołujący wyliczył na kwotę 122 591,00 zł miesięcznie. Z powyższych względów odwołujący poczytał ogółem ofertę konsorcjum AVR za zaniżoną na kwotę 3 101 171,76 zł za cały okres, w którym ma być wykonywane zamówienie, tj. od 1.01.2015 r. do 31.12.2017 r.

Nie można było pominąć, że cena w tym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, a wykonawca zamówienia może liczyć na pomniejszający koszty usługi znaczący zysk ze sprzedaży frakcji odpadów podlegających zbiórce selektywnej, czego odwołujący w przeprowadzonych przez siebie kalkulacjach nie uwzględnił i nie wykazał przynajmniej na poziomie narzuconych przez zamawiającego wskaźników recyklingu i przychodów z odsprzedaży odpadów frakcji selektywnie zbieranych. Można było prognozować poziom kosztów za zagospodarowanie odpadów na podstawie stosowanych cen przez odbiorców odpadów (RIPOK), przyjmując tendencję wzrostową ilości odpadów selektywnych w całej puli odpadów, natomiast co do kosztów za odbiór odpadów odwołujący przyjął własne założenia kalkulacyjne, które nie muszą być adekwatne do sposobu realizacji tego elementu zamówienia założonego przez konsorcjum AVR, a co za tym idzie dokonanej kalkulacji kosztów, wraz z przyjętą stopą zysku. Zdaniem Izby w postępowaniu nie ujawniły się takie czynniki, które by uzasadniały weryfikację oferty konsorcjum AVR z pominięciem wskazanego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskaźnika procentowego.

Postępowanie dowodowe nie potwierdziło zasadności stawianych zamawiającemu zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie żądania wyjaśnień od konsorcjum AVR co do rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby, skoro uzasadnieniem dla wszczęcia procedury wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp może być jedynie przypuszczenie zamawiającego, wynikające z okoliczności danego postępowania, tj. cen złożonych ofert, szacunkowej wartości zamówienia, wiedzy zamawiającego o kształtowaniu się cen rynkowych w danej branży, opinia biegłego nie jest dopuszczalna - jako zgłaszany dowód dla wykazania podstaw dla uruchomienia procedury z art. 90 ust. 1 Pzp. Przedłożona opinia prywatna przez odwołującego sporządzona 13 listopada 2014 r. przez Katedrę Rachunkowości Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Łódzkiego dotyczy kalkulacji przeciętnej ceny rynkowej dla tego typu zamówienia w oparciu o dane z raportów za okres poprzedzający, nie uwzględnia zatem indywidualnych możliwości i uwarunkowań działalności konsorcjum AVR do podania ceny oferty na zaproponowanym poziomie.

Zarzut V.2. Naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum AVR ze względu na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę. Poziom ceny oferty konsorcjum AVR wskazuje według odwołującego, iż kalkulacja nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia, natomiast ze względu na specyfikę zamówienia, nie istnieją żadne obiektywne czynniki, które pozwalałyby na dokonanie kalkulacji ceny na takim poziomie. W przypadku wyjaśnień niepełnych, ogólnikowych, pozbawionych dowodów, odwołujący wnosil o nakazanie odrzucenia oferty konsorcjum AVR na podstawie art. 90 ust.

3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Jednocześnie, zdaniem odwołującego, dla potwierdzenia, iż zaoferowana przez konsorcjum AVR cena stanowi cenę rażąco niską, konieczne jest przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Zarzut V.2. Stanowisko Izby.

W oparciu o ustalenia faktyczne przyjęte za postawę rozstrzygnięcia zarzutów z punktu poprzedzającego, Izba uznaje, że skoro brak było podstaw do wszczynania procedury wyjaśnienia elementów ceny oferty konsorcjum AVR, to tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum AVR ze względu na złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę jest bezprzedmiotowy. W ogólności, w sytuacji, gdy brak jest podstaw do żądania wyjaśnień, lub gdy nie została wyczerpana procedura wyjaśnień w oparciu o art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i bez uprzedniego dania wykonawcy, któremu konkurent zarzuca podanie rażąco niskiej ceny - możliwości przedstawienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - odrzucenie takiej oferty w oparciu o art. 90 ust. 3 Pzp, na tej podstawie, że wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, byłoby nieuprawnione i nie znajdujące normatywnego umocowania, ani w treści art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ani też w treści art. 89 ust. 1 pkt 4 tej ustawy. Z tych też względów bezprzedmiotowy był wniosek odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego w celu wykazania, że zaoferowana cena przez konsorcjum AVR jest ceną rażąco niską.

Podsumowując podjęte rozstrzygnięcie poszczególnych zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro dowodził, że skarżone czynności i zaniechania zamawiającego uchybiają przepisom tej ustawy, naruszają interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i prowadzą do poniesienia przez niego szkody związanej z pozbawieniem możliwości zawarcia umowy.

Izba rozpatrzyła odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, w oparciu o opisane wyżej dowody przeprowadzone w sprawie oraz stanowiska stron oraz uczestnika, przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy. Postępowanie dowodowe wykazało częściową zasadność zarzutów odwołania. W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp. Przy czym Izba nie była związana żądaniami odwołującego. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Skoro odwołanie zostało uwzględnione, kosztami postępowania należało obciążyć zamawiającego.

Na podstawie § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczoną przez odwołującego kwotę z tytułu wpisu na poczet kosztów postępowania odwoławczego i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....