

Sygn. akt: KIO 2298/13

Sygn. akt: KIO 2299/13

Sygn. akt: KIO 2320/13

WYROK

z dnia 17 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa
Dagmara Gałczewska-Romek
Magdalena Grabarczyk**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 9 i 15 października 2013 r. w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2013 r.:

- A. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J., (4) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Hemar Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Warszawska 2, 62-020 Swarzędz, (sygn. akt KIO 2298/13)
- B. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Artur Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J., adres dla pełnomocnika: ul. Warszawska 2, 62-020 Swarzędz, (sygn. akt KIO 2299/13)
- C. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych Vikom Iwona K., Rafał K. Sp. j.,

(3) Sita Zachód Sp. z o.o., (4) Henryk S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Alkom Firma Handlowo-Usługowa mgr inż Henryk S., adres dla pełnomocnika: ul. Górecka 104, 61-483 Poznań, (sygn. akt KIO 2320/13)

w postępowaniu prowadzonym przez

Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, ul. św. Michała 43, 61-119 Poznań,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) FB SERWIS S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AGORA sp. z o.o., (3) CESPА, Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A, adres dla pełnomocnika: ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszających prZ.tąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2298/13 oraz KIO 2320/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1A. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (2) EKO-TOM T. Sp. J., (4) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Hemar Sp. z o.o.

1B. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J.,

1C. uwzględnia odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych Vikom Iwona K., Rafał K. Sp. j., (3) Sita Zachód Sp. z o.o., (4) Henryk S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Alkom Firma Handlowo-Usługowa mgr inż. Henryk S.

i nakazuje zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru najkorZ.tniejszej oferty, na części objęte odwołaniem

- dokonanie wezwania konsorcjum FB SERWIS S.A. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AGORA sp. z o.o., (3) CESPА, Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - do złożenia wyjaśnień, czy wskazana w ofercie baza magazynowo-transportowa, zlokalizowana w Poznaniu przy ulicy Wieruszowskiej 12-16, spełnia warunek udziału w postępowaniu o którym mowa w pkt 5.3 lit. c) specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- ponowne badanie i ocenę ofert.

2. kosztami postępowania obciąża:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (2) EKO-TOM T. Sp. J., (4) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Hemar Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Warszawska 2, 62-020 Swarzędz,
- (1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J.,
- Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, ul. św. Michała 43, 61-119 Poznań i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- (1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J., (4) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Hemar Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Warszawska 2, 62-020 Swarzędz,
- (1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J.,
- i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- (1) REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych Vikom Iwona K., Rafał K. Sp. j., (3) Sita Zachód Sp. z o.o., (4) Henryk S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Alkom Firma Handlowo-Usługowa mgr inż. Henryk S., ul. Górecka 104, 61-483 Poznań tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

(1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J., (4) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Hemar Sp. z o.o., ul. Warszawska 2, 62-020 Swarzędz,

oraz od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

(2) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J., **na rzecz**

(3) Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, ul. św. Michała 43, 61-119 Poznań kwotę po 3 600,00zł, łącznie kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

2.3. zasądza od Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, ul.

św. Michała 43, 61-119 Poznań na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych Vikom Iwona K., Rafał K. Sp. j., (3) Sita Zachód Sp. z o.o., (4) Henryk S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Alkom Firma Handlowo-Usługowa mgr inż Henryk S., adres dla pełnomocnika: ul. Górecka 104, 61-483 Poznań kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 2298/13

Sygn. akt KIO 2299/13

Sygn. akt KIO 2320/13

UZASADNIENIE

Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, ul. św. Michała 43, 61-119 Poznań, zwany dalej „zamawiającym lub GOAP” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i transport odpadów komunalnych zmieszanych i odpadów zielonych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych na terenie Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 maja 2013 r. pod nr S 096-163919.

Informacja o wyniku postępowania została przekazana wykonawcom w dniu 18.09.2013 r. drogą elektroniczną.

Zamawiający podzielił przedmiotowe zamówienie na 23 sektory(części). Wykonawcy mogli składać oferty na jeden bądź więcej sektorów.

Od dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty trzech wykonawcy biorący udział w tym postępowaniu wnieśli w dniu 27 września 2013 roku, odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO). Przedmiotowe odwołania zostały zarządzeniem Prezesa KIO skierowane do łącznego rozpoznania.

Odwołanie o sygn. akt KIO 2298/13

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) Artur Z., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (2) EKO-TOM T. Sp. J., (4) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Hemar Sp. z o.o., ul. Warszawska 2, 62-020 Swarzędz, we wniesionym odwołaniu - **w zakresie części III zamówienia**, zarzucili zamawiającemu dokonanie niezgodnych z prawem czynności polegających na naruszeniu:

- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum spółek: FBSerwis S.A., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AGORA Sp. z o.o., CESPА, Compania Espaniola de Servicios Publicos Auxiliares S.A (dalej zwany „konsorcjum lub wykonawca FBSerwis, bądź prZ.tepujący”), mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- art. 90 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum

spółek FBSerwis mimo iż wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 91 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 3 Pzp - poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum spółek FBSerwis S.A która to oferta winna zostać odrzucona;
- oraz art. 7 ust. 1 Pzp i innych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymienionych w treści niniejszego odwołania, w wyniku czego zamawiający bezzasadnie wybrał ofertę Konsorcjum spółek FBSerwis S.A jako najkorzystniejszą.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- uwzględnienia odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 18.09.2013r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Konsorcjum: FBSerwis S.A., w zakresie części trzeciej zamówienia;
- przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert;
- odrzucenie oferty wykonawcy - Konsorcjum FBSerwis S.A., z uwagi na okoliczność, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

ewentualnie - odrzucenie oferty wykonawcy - Konsorcjum FBSerwis S.A.

Ponadto odwołujący wniósł o:

- dopuszczenie dowodu z dokumentacji postępowania przetargowego
- zobowiązanie zamawiającego do przedłożenia Izbie, w charakterze dowodu kompletnej dokumentacji przedmiotowego postępowania SZP.271.10.2013;
- dopuszczenie dowodu z przesłuchania zamawiającego na okoliczność ustalenia kryteriów jakimi posłużył się przy ocenie złożonych ofert, w zakresie zbadania oferowanych cen, w szczególności w odniesieniu do oszacowanej przez siebie wartości zamówienia oraz kwoty jaką zamawiający przewidział na jej realizację;
- powołania biegłego z zakresu wyceny usług odbioru odpadów komunalnych, na okoliczność ustalenia czy zakres rzeczowy oferty złożony przez Wykonawcę - Konsorcjum FBSerwis S.A możliwy jest do zrealizowania za wynagrodzeniem umownym zaoferowanym przez ww. Wykonawcę, w kontekście zachowania uczciwej konkurencji;

Zamawiający w ustnej odpowiedzi na odwołanie na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania ze względu na fakt, że odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp warunkujących dopuszczalność złożenia odwołanie, a w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku o jego oddalenie jako niezasadnego.

W związku z faktem, że zarzuty przedmiotowego odwołania są zbieżne z treścią niektórych zarzutów odwołania o sygn. akt – KIO 2320/13 to ze względu na łączne rozpoznawanie wniesionych odwołań, szczegółowa argumentacja odwołującego jak i zamawiającego zostanie przedstawiona przy rozpoznawaniu odwołania – KIO 2320/13.

Do przedmiotowego postępowania skutecznie przystąpił wykonawca Konsorcjum

FBSerwis S.A który zarówno w złożonym piśmie procesowym, jak i argumentacji prezentowanej na rozprawie poparł stanowisko prezentowane przez zamawiającego i wnioś o oddalenie odwołania.

odwołanie o sygn. akt KIO 2299/13

W zakresie tego odwołania wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (konsorcjum trzech wykonawców): (1) Artura Z., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z. (pełnomocnik wykonawców), (2) Marek F., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Komunalno-Transportowe ORDO Marek F., (3) EKO-TOM T. Sp. J., adres dla pełnomocnika: ul. Warszawska 2, 62-020 Swarzędz, we wniesionym odwołaniu w zakresie **części XVI** zamówienia zarzucili zamawiającemu -, naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usługowo-Transportowego ALTRANS Andrzej L. pomimo, iż oferta Przedsiębiorstwa Usługowo-Transportowego ALTRANS Andrzej L. nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w pkt 5.1 ppkt 2 SIWZ (posiadanie wiedzy i doświadczenia), oraz tabeli stanowiącej załącznik nr 6 do SIWZ (wykaz usług), a zatem oferta jest niezgodna z SIWZ,.

- ewentualnie w przypadku niepotwierdzenia się powyższego zarzutu - art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przedsiębiorstwa Usługowo-Transportowego ALTRANS Andrzej L. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż złożona oferta spełnia wymagania Zamawiającego zgodnie z pkt 5.1 ppkt 4 oraz pkt 6.1 h SIWZ (sytuacja ekonomiczno-finansowa - wykazanie wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej)

- art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usługowo-Transportowego ALTRANS Andrzej L. pomimo, iż oferta Przedsiębiorstwa Usługowo-Transportowego ALTRANS Andrzej L. nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w pkt 5.1 ppkt 4 oraz pkt 6.1 h SIWZ (sytuacja ekonomiczno-finansowa - wykazanie wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej) a zatem oferta jest niezgodna z SIWZ,

- ewentualnie w przypadku niepotwierdzenia się powyższego zarzutu - art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przedsiębiorstwa Usługowo-Transportowego ALTRANS Andrzej L. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż złożona oferta spełnia wymagania Zamawiającego zgodnie z pkt 5.1 ppkt 4 oraz pkt 6.1 h SIWZ (sytuacja ekonomiczno-finansowa - wykazanie wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej)

• art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z

naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy,

Odwołujący podnosząc powyższe zarzuty wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 18.09.2013r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty (część XVI zamówienia)
- przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert,
- odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Usługowo-Transportowego ALTRANS Andrzej L.,
- dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej,

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania ze względu na fakt, że odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp warunkujących dopuszczalność złożenia odwołanie, a w przypadku nie uwzględnienia tego wniosku o jego oddalenie zarzutów odwołania jako niezasadnych.

W zakresie odwołania wykonawcy (sygn. akt KIO 2230/13) – konsorcjum REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) Przedsiębiorstwo Usług Komunalno-Transportowych Vikom Iwona K., Rafał K. Sp. j., (3) Sita Zachód Sp. z o.o., (4) Henryk S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Alkom Firma Handlowo-Usługowa mgr inż Henryk S., adres dla pełnomocnika: ul. Górecka 104, 61-483 Poznań, zwane dalej jako odwołujący „Remondis” wniosło odwołanie od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na części zamówienia – **I; II; VI; IX; i X**

Odwołanie zostało wniesione od czynności zamawiającego polegających na :

1. Zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia odwołującemu załącznika nr 4 do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych zamawiającemu przez Konsorcjum FBSerwis pismem z dnia 23 sierpnia 2013 r.,
2. Wyborze w częściach I, II, VI, IX i X oferty złożonej przez Konsorcjum firm w składzie: FBSerwis S.A. (Lider), Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Agora Sp. z o.o., CESPА, Compania Española de Servicios Públicos Auxiliares (dalej jako „Konsorcjum FBSerwis”) jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta
 - a. zawiera rażąco niską cenę i
 - b. została złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu,
 - c. została złożona przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Powyższymi czynnościami zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonego jako

tajemnica przedsiębiorstwa załącznika nr 4 do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum FBService S.A. w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tej części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechane odrzucenia oferty złożonej przez FBService S.A., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum FBService S.A., pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia;

4. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum FBService S.A., pomimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania;

5. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum FBService S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (określonych w uzasadnieniu odwołania), pomimo że złożone wraz z ofertą dokumenty nie są wystarczające dla uznania, że Konsorcjum FBService wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia

W związku z powyższym wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie wskazanym w niniejszym odwołaniu,

- wykluczenie Konsorcjum FBService S.A. z udziału w postępowaniu,

- odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum FBService S.A.,

- dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego

ewentualnie - w przypadku uznania przez KIO, iż oferta złożona przez Konsorcjum FBService nie podlega odrzuceniu, a wykonawca wykluczeniu - nakazanie zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert w tym wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym w niniejszym postępowaniu;

2. o odtajnienie załącznika nr 4 do wyjaśnień Konsorcjum FBService składanych w sprawie rażąco niskiej ceny i przeprowadzenie z niego dowodu na rozprawie.

Zarówno zamawiający jak i postępujący po stronie zamawiającego konsorcjum FBService podobnie jak w powyższych odwołaniach wniósł o oddalenie odwołania z powodu

braku interesu w użyciu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. W przypadku nie uwzględnienia tego zarzutu wniesli o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, jak również po zapoznaniu się z każdym z odwołań, odpowiedzią zamawiającego na odwołanie, stanowiskiem odwołującego, zamawiającego oraz przeprowadzającego konsorcjum, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych na piśmie i ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań. Izba ustaliła również, że wniesienie środków ochrony prawnej w tym i przepię nastąpiło z zachowaniem terminów na ich wniesienie. Odwołania, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołujących wpisów, podlegają rozpoznaniu.

Następnie skład orzekający Izby wskazuje, iż Izba z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w użyciu zamówienia. Stanowi on materialno-prawną przesłankę, co oznacza, iż odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w użyciu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania z drogi odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

W ocenie Izby kwestia badania interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy momentu wniesienia odwołania. Powyższe jest podyktowane faktem, iż wykonawca w momencie wnoszenia odwołania ocenia czynności podjęte przez zamawiającego i podejmuje decyzję o skorzystaniu z drogi odwoławczej. Wobec powyższego na ten moment następuje badanie przez Izbę istnienia interesu we wniesieniu środka ochrony prawnej.

Odnosnie wszystkich odwołań objętych niniejszym postępowaniem odwoławczym zarówno zamawiający jak i przeprowadzający podnieśli zarzut braku spełnienia przez odwołujących się wykonawców przesłanek z art. 179 ust 1 ustawy Pzp, dotyczących interesu

we wniesieniu odwołania, a w szczególności braku możliwości wykazania możliwości poniesienia szkody w wyniku bezprawnych (art. 180 ust.1 Pzp) czynności zamawiającego.

Zamawiający zgłaszając powyższy zarzut stwierdził, że do poszukiwania ochrony prawnej w środkach odwoławczych nie jest uprawniony wykonawca, który nie wykaże chociażby potencjalnej możliwości użycia zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów przez zamawiającego. Ponadto podał, że w szesnastu spośród dwudziestu dwóch części, na jakie prowadzono zamówienie, ceny najkorzystniejszych ofert przekraczały kwoty przeznaczone przez zamawiającego na ich sfinansowanie. Z uwagi na bardzo ograniczone możliwości budżetowe, zamawiający był w stanie zwiększyć te kwoty do wysokości zaoferowanych cen, jedynie dla sześciu części zamówienia (tj. dla części nr 12, 13, 15, 16, 17, 21). Z uwagi na brak możliwości dalszego podwyższenia środków zamawiający zmuszony był unieważnić pozostałe dziesięć części zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 Pzp. Stwierdził, że przez podwyższenie tych ww. kwot, zamawiający wyczerpał swoje możliwości finansowe na dalsze udzielanie zamówień dla ofert, których ceny przekraczały możliwości finansowe zamawiającego, (na co złożył oświadczenie skarbnika zamawiającego). Dodał, że aby dokonać wyboru ofert odwołujących i udzielić im zamówienia w którejkolwiek z części na które składali oferty, zamawiający musiałby znaleźć dodatkowe środki finansowe, co jest niemożliwe. Stwierdził, że gdyby taka możliwość istniała, wówczas zamawiający nie unieważniałby dziesięciu części zamówienia, lecz dokonałby w tych częściach wyboru najkorzystniejszej oferty, co jednak nie miało miejsca.

Tym samym według zamawiającego nie istnieje nawet potencjalna możliwość użycia przez odwołujących zamówienia w częściach objętych odwołaniami. Dlatego też odwołujący nie mają interesu w użyciu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP, i nie mogą ponieść szkody w związku z rzekomymi naruszeniami przepisów ustawy Pzp zarzucanymi zamawiającemu.

Przenosząc powyższe stanowisko zamawiającego na grunt przedmiotowych odwołań, Izba stwierdza, że podniesiony przez zamawiającego zarzut braku spełnienia przez wykonawców przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Możliwość ograniczenia wykonawcom wnoszenia środków odwoławczych od czynności zamawiającego winno być interpretowane zgodnie z zasadami interpretacji przepisu artykułu 1 ust. 3 Dyrektywy Odwoławczej, jakiej dokonał Rzecznik Generalnego Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne, w sprawie C-454/06. W przywołanej sprawie wskazano, iż artykuł 1 ust. 3 dyrektywy 89/665 zezwala państwom członkowskim na ograniczenie uprawnienia do wniesienia środka odwoławczego w dwojakim względzie: po pierwsze poprzez wymóg posiadania przez podmiot wnoszący odwołanie interesu w użyciu danego zamówienia publicznego, a po drugie poprzez wymóg doznania przez podmiot wnoszący odwołanie uszczerbku lub

grożącego mu uszczerbku. W ten sposób wykluczone mogą zostać skargi powszechne oraz środki odwoławcze kandydatów, którzy w sposób oczywisty nie podlegają uwzględnieniu.

Odnosząc się do praktycznej strony tak dokonanej interpretacji przepisu dyrektywy stwierdzić należy, że ograniczenia w uprawnieniach wykonawców do wniesienia środka odwoławczego należy interpretować w świetle podwójnego celu dyrektywy, z jednej strony udzielenia wykonawcom skutecznej ochrony prawnej w związku z udzielaniem zamówień publicznych, a z drugiej strony umożliwienia odpowiedniej kontroli legalności decyzji instytucji zamawiających.

W tych okolicznościach uprawnienie do wniesienia środka odwoławczego w procedurach odwoławczych według prawa zamówień publicznych nie może zostać nadmiernie ograniczone. W szczególności w odniesieniu do dopuszczalności wniesienia odwołania nie można stawiać tych samych wymogów, co w odniesieniu do jego zasadności. Wykładnia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie może pozostawać w sprzeczności z przepisem art. 1 ust. 3 zd. 1 Dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 roku w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawę i roboty budowlane. Ocena zaistnienia przesłanki skutecznego wniesienia środków ochrony prawnej musi być dokonana w odniesieniu do okoliczności towarzyszących prowadzonemu postępowaniu, w którym miało dojść do naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Przechodząc do oceny podniesionego zarzutu w kwestii braku posiadania interesu przez odwołujących, wskazać należy, że gdyby uznać racje zamawiającego to w przedmiotowej sytuacji wykonawcy zostaliby pozbawieni ze względów formalnych możliwości skutecznego skorzystania ze środków ochrony prawnej. Doprowadziłoby to do sytuacji, w której zamawiający, bez konsekwencji, mógłby bezprawnie dokonywać wyboru ofert niektórych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, mając świadomość, iż inni wykonawcy nie będą mogli podważyć dokonanego wyboru, a więc czynności zamawiającego w tym zakresie byłyby pozbawione kontroli wykonawców.

Ponadto Izba stwierdza, że brak możliwości użycia przez wykonawcę zamówienia w konkretnym postępowaniu, a tym samym braku interesu do kwestionowania czynności zamawiającego, należy odnosić do okoliczności rzeczywistych, a nie hipotetycznych danego postępowania. Podnoszona przez zamawiającego potrzeba unieważnienia postępowania na części co do których Izba uwzględniłaby odwołania wykonawców z powodu iż ich oferty są z ceną wyższą niż zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest sytuacją czysto hipotetyczną. Jak wskazał w odpowiedzi na odwołania sam zamawiający, w kilku przypadkach pomimo iż cena ofertowa na daną część zamówienia przekraczała kwoty jakie zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dokonał wyboru tych ofert. Wspomnieć należy również jak twierdzi odwołujący, że np. w zamówieniu na

sektor 21 – tam gdzie o zamówienie ubiegała się spółka komunalna, kwota jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia został przekroczona o ponad 236%, to tym samym trudno wywieść z tego faktu jednoznaczne stanowisko że w przypadku części zamówień objętych tym postępowaniem, taka możliwość nie zaistnieje.

Dlatego też Izba biorąc pod uwagę fakt, że ocena spełniania wymogu z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp winna być dokonana w konkretnych okolicznościach sporu wskazanych w odwołaniu, Izba uznała, że odwołujący spełniają warunki z ww. przepisu, a możliwość poniesienia szkody materializuje się i tym samym wniesione odwołania winny podlegać rozpoznaniu. Wynika to również z faktu, że zamawiający w sposób jednoznaczny i pewny nie wykazał, że ww. kwota jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowych części zamówienia nie może być i nie będzie podwyższona, a podnoszony brak możliwości zwiększenia kwoty na zamówienie, które ze względu na jego specyfikę musi zostać udzielone, w takich okolicznościach sprawy jest zdarzeniem prZ.złym i niepewnym.

W zakresie odwołania o sygn. akt KIO 2299/13

W zakresie tego odwołania, dotyczącej XVI części zamówienia odwołujący postawił zamawiającemu dwa zarzuty dotyczące naruszenia przez niego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu: zaniechania odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usługowo-Transportowego ALTRANS Andrzej L., niespełniania wymagań określonych przez zamawiającego w pkt 5.1 ppkt 2 SIWZ dotyczących wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia oraz pkt 5.1 ppkt 4 oraz pkt 6.1 h) dotyczących nie wykazania spełniania wymogu posiadania zdolności ekonomiczno- finansowej.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku wykazania posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia odwołujący podniósł, że zgodnie z ww. pkt postanowienia SIWZ wykonawca miał wykazać się odebraniem odpowiedniej masy odpadów komunalnych. Natomiast w przypadku kiedy wykonawca składał oferty na więcej niż jedną część zamówienia, to winien wykazać się doświadczeniem odpowiadającym sumie mas odebranych odpadów komunalnych, wymaganych dla części, na które składana jest oferta. Wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Transportowe ALTRANS Andrzej L. złożyło w przedmiotowym postępowaniu ofertę na następujące części zamówienia: XVI, XVII, XVIII. Tym samym winno było wykazać się masą odebranych odpadów na trzy ww. części zamówienia tj. 7 000 Mg.

Na potwierdzenie wykazania spełnienia tego warunku wykonawca ALTRANS wykazało się odbiorem odpadów komunalnych- wskazując iż dotyczyło to Gminy Czerwonak oraz Miasta i Gminy Murowana Goślina tj podmiotów na rzecz których świadczone były w tym zakresie usługi. Jako dokumenty potwierdzające dane z tabeli wykazu załączono pismo Urzędu Gminy Czerwonak z dnia 05.08.2013 r. (str. 24 oferty) oraz pismo z Urzędu Miasta i

Gminy Murowana Goślina podpisane przez burmistrza. Przytoczone dokumenty wskazują, iż w rzeczywistości usługi te były wykonywane nie na rzecz wskazanych gmin, a na rzecz podmiotów znajdujących się oraz zamieszkujących na terenie Gmin Czerwonak i Miasto i Gminy Murowana Goślina. W związku z takim wadliwym wskazaniem podmiotów oraz niezalążeniem wymaganych dowodów należytego wykonania udowodniona przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Transportowe ALTRANS Andrzej L. masa odebranych odpadów była niższa od wymaganej przez pkt 5.1 ppkt 2 SIWZ (dla sumy części zamówienia na które została złożona oferta). Tym samym nie można, zdaniem odwołującego uznać za wymagany dowód przytoczonych pism gmin (bez względu na ich treść), skoro podmioty te nie były beneficjentami usług świadczonych przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Transportowe ALTRANS Andrzej L.. Tym samym nie były one uprawnione do wystawiania referencji i zaświadczeń w wymaganym zakresie.

Natomiast w zakresie spełniania warunku z pkt 5.1 ppkt 4 oraz pkt 6.1 h SIWZ wskazał, że w postępowaniu konieczne było wykazanie wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej co miało obrazować w sposób czytelny sytuację ekonomiczno-finansową wykonawcy. W tym celu należało przedłożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową. W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część zamówienia, wykonawca musiał jak wyżej wykazać się również środkami finansowymi lub zdolnością kredytową na kwotę stanowiącą sumę kwot wymaganych dla części (sektorów) na które składał ofertę. Przedsiębiorstwo Usługowo-Transportowe ALTRANS złożyło ofertę na następujące części zamówienia: XVI, XVII, XVIII. Dla części tych wg. pkt 5.1 ppkt 4 SIWZ niezbędne było posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę nie mniej niż 600.000,00 PLN.

Wykonawca - ALTRANS na potwierdzenie spełniania tego warunku przedłożył opinię o prowadzeniu rachunku ING Bank Śląski S.A. z dnia 11.07.2013 r. oraz opinię Banku Pekao S.A. z dnia 01.08.2013 r., a także saldo bieżące w Banku BPH S.A. z dnia 06.08.2013 roku. Opinia o prowadzeniu rachunku ING Bank Śląski S.A. z dnia 11.07.2013 r. wskazywała jedynie na posiadaną udostępnioną linię kredytową w rachunku bieżącym w wysokości 200.000. Ponadto w Banku Pekao S.A wykonawca posiadał kredyt na rachunku bieżącym w wysokości 300 tys. zł. Zdaniem odwołującego fakt posiadania linii kredytowej na określoną kwotę pieniężną nie obrazuje jednak stopnia jej wykorzystania, czyli środków finansowych posiadanych w momencie wydania przedmiotowej opinii. Dokument ten nie stanowi również o zdolności kredytowej w momencie jego wystawienia, może jedynie dowodzić zadłużenia wykonawcy

Jednocześnie podał, że jedynym dokumentem faktycznie potwierdzającym stan posiadanych przez ALTRANS środków finansowych był saldo z rachunku bieżącego w

Banku BPH S.A. z dnia 06.08.2013 r., wskazujące, że wykonawca ten posiada na przedmiotowym koncie kwotę 339.505,48 PLN. Jednakże ta kwota jest niewystarczająca do zrealizowania wymogu określonego w pkt 5.1 ppkt 4 SIWZ, bowiem ubiegające się o udzielenie zamówienia na część XVI, XVII oraz XVIII.

Zauważyć w sprawie należy, że wykonawca ALTRANS uZ.kał zamówienie tylko na jedną część tj. XVI na którą wg SIWZ wymagane było wykazaniem się potencjałem finansowym w wysokości 150 tys. złotych.

Przechodząc do rozpatrzenia ww. dwóch zarzutów stwierdzić należy, że dotyczą one spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu wskazanych w art 21 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, oraz przenoszących te warunki do SIWZ ww. postanowień pkt 5.1 ppkt 2 SIWZ oraz pkt 5.1 ppkt 4 SIWZ. Zauważyć należy również, że odwołujący podnosząc niespełnianie przez wykonawcę ALTRANS podnosił zarzut nieodrzczenia oferty tego wykonawcy z ww. przyczyn.

Tym samym postawiony w ten sposób zarzut jest zarzutem źle sformułowanym, gdyż przez „warunki udziału w postępowaniu” należy zatem rozumieć warunki określone przez ustawodawcę w art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 ustawy Pzp odnoszące się do właściwości podmiotowej wykonawcy, których spełnienie jest wymagane od każdego wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod rygorem wykluczenia.

Od „warunków podmiotowych” określonych w art. art. 22 ust. 1 i 24 ust. 1 ustawy należy odróżnić „warunki przedmiotowe”, a więc odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Pierwsze odnoszą się do podmiotu, ich niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Te drugie odnoszą się do opisu przedmiotu zamówienia i warunków na jakich będzie realizowane zamówienie publiczne ich nie spełnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Nie można zatem odrzucić oferty z powodu nie spełniania warunków podmiotowych (ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się z mocy prawa, za odrzuconą) i odwrotnie, nie można wykluczyć wykonawcy z powodu nie spełniania warunków przedmiotowych. Jednakże biorąc pod uwagę treść art. 180 ust 3 ustawy Pzp Izba uznała, że biorąc pod uwagę fakt iż odwołujący w odwołaniu wskazał czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzucił niezgodność z przepisami ustawy, że tak sformułowany zarzut będzie podlegał merytorycznej ocenie przez Izbę, pomimo tego, że w zakresie tak wskazanego stanu faktycznego odwołujący winien był podnieść zarzut nie wykluczenia wykonawcy z postępowania, a nie braku odrzucenia jego oferty.

Oba ww. zarzuty podniesione wobec wykonawcy ALTRANS Izba uznaje za niezasadne.

W zakresie zarzutu nie wykazania przez wykonawcę ALTRANS spełnienia postawionych wymogów w zakresie wiedzy i doświadczenia Izba stanowisko zamawiającego za zasadne. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku zamawiający wymagał, aby wykonawcy złożyli w tym zakresie odpowiedni wykaz wraz z referencjami, które potwierdzałyby prawidłowość wykonania usług wskazanych w wykazie.

Kwestionowane przez odwołującego możliwości wystawienia referencji przez urzędy Gminy Czerwonak oraz Murowana Goślina są niezasadne, gdyż Gminy według dotychczasowego stanu prawnego posiadały wiedzę w zakresie ilości wywiezionych odpadów. Czerpały je z faktu otrzymywania od podmiotów dokonujących wywozu odpadów sprawozdań, a ponadto Gminy w poprzednim stanie prawnym nadzorowały prawidłowość wykonywania czynności utrzymania porządku i czystości na terenie danej Gminy w oparciu o uchwalane regulaminy. Tym samym Gminy jako gospodarz danego terenu posiadały wiedzę co do ilości wywożonych z ich terenu odpadów komunalnych, jak i posiadały informacje co do prawidłowości wykonywania tych czynności przez jednostki komunalne im podległe. Wobec powyższego były również uprawnione do wystawienia referencji dla podmiotów dotychczas wykonujących czynności związanych z utrzymywaniem czystości na terenie Gminy. Wskazać należy, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą referencje to oświadczenia wiedzy podmiotu posiadającego w dyspozycji informacje z zakresu objętego ich przedmiotem działania, może je zatem wystawić każdy, kto ma wystarczający zasób wiedzy pozwalający uznać o należytej jakości wykonanych robót, usług czy dostaw.

Dokument referencji nie służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, lecz jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia (wyrok KIO z dnia 7 września 2009 r. KIO/UZP 1092/09, wyrok KIO z dnia 20 października 2010 r. KIO 2187/10).

Natomiast w zakresie niewykazania spełnienia warunku w zakresie zdolności finansowej lub zdolności kredytowej wskazać należy, że za zdolność kredytową należy rozumieć zdolność podmiotu gospodarczego do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminie ustalonym między kredytodawcą (bankiem), a kredytobiorcą. Posiadanie zdolności kredytowej jest warunkiem udzielenia kredytu. W przedmiotowej sprawie niewątpliwie jest, że wykonawca ALTRANS posiadał udostępnioną linię kredytową na kwotę 200 tys. zł oraz udzielony kredyt na kwotę 300 tys. zł. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że banki oceniły pozytywnie zdolność kredytową tego podmiotu na kwotę co najmniej 500 tys. zł. Powszechnie wiadomym jest, że aby bank udzielił danemu podmiotowi kredytu na określoną kwotę, to musi on wykazać się posiadaniem zdolności kredytowej na kwotę zdecydowanie wyższą. Do powyższego ustalenia dodając posiadane przez tegoż wykonawcę środki finansowe na rachunku bankowym można jednoznacznie stwierdzić, że

zdolność finansowa i kredytowa (łącznie) dla tego podmiotu przekracza 830 tys. zł – na wymagane 600 tys. zł.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba stwierdza, że wykonawca ALTRANS spełnił postawione przez zamawiającego ww. warunki udziału, aby ubiegać się o uZ.kanie zamówienia na część XVI, XVII oraz XVIII.

Równocześnie przypomnieć należy – co wyżej wskazano, że wykonawca ten uZ.kał zamówienie tylko na część XVI zamówienia, gdzie w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawca winien był wykazać się odbiorem 2 000 Mg odpadów komunalnych, a w zakresie zdolności finansowo- kredytowej legitymować się kwotą bądź zdolnością kredytową w wysokości 150 tys. złotych. Poza wszelkim sporem pomiędzy stronami jest fakt, że dla tej części zamówienia wykonawca ten postawiony warunek spełniał.

Jednocześnie Izba stwierdza, że żądanie wykluczenia wykonawcy ALTRANS z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na trzy części zamówienia w sytuacji kiedy w przedmiotowym wykonawca ponad wszelką wątpliwość spełniał warunek dla jednej części XVI byłoby niczym nieuzasadnionym formalizmem.

Nadto zauważenia wymaga fakt, że zamawiający wymagał przy składaniu ofert na więcej niż jedną część zamówienia, wykazania się przez wykonawcę sumą niezbędnego doświadczenia na dane części. Jednakże z treści SIWZ nigdzie nie wynika, iż w przypadku nie wykazania się spełnianiem warunku na objęta ofertą ilość części zamówienia, to taki wykonawca nie może uZ.kać zamówienia na mniejszą ilość części niż to wynika z ilości ofert, gdyż będzie podlegać wykluczeniu z postępowania.

W związku z nieuwzględnieniem powyższych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały przesłanki do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie objętym tymi zarzutami. Nie stwierdzono również naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp.

W zakresie odwołań o sygn. akt KIO 2298/13 i KIO 2320/13

Na wstępie należy zauważyć, że zarzuty odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Artur Z.(KIO 2298/13) są zbliżone, bądź zbieżne z zarzutami podniesionymi w odwołaniu przez konsorcjum REMONDIS Sanitech Poznań Sp. z o.o. (KIO 2320/13) wobec tego zarzuty te zostały razem (łącznie)rozpoznane na rozprawie. Izba dokonała ich wspólnej oceny z zachowaniem systematyki odwołania konsorcjum Remondis.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.) poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa załącznika nr 4 do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum FBSerwis S.A. w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tej części oferty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Stwierdzić należy, że jawność postępowania o udzielenie zamówienia jest jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, zawartą w art. 8 ust. 1 Pzp, Celem tej zasady jest przede wszystkim zagwarantowanie transparentności prowadzonego postępowania pozwalającej na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także umożliwiając wykonawcom wnoszenie środków ochrony prawnej na sprzeczne z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego.

Dlatego też zasada jawności postępowania winna doznawać ograniczeń jedynie w przypadkach ściśle określonych w ustawie. Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane. Biorąc pod uwagę orzecznictwo sądów, treść przepisów szczególnych, a w szczególności definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa, to za tajemnicę taką należy uznać np. dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu (postanowienie Sądu Antymonopolowego z dnia 15 maja 1996 r. - XVII Amz 1/96, Wokanda 1997/10/55).

Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Przesłanki umożliwiające objęcie pewnego zakresu oferty tajemnicą przedsiębiorstwa statuują wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia, podlegają interpretacji ścisłej, a ciężar wykazania ich zaistnienia spoczywa na tym kto się na nie powołuje. W postępowaniu odwoławczym zobowiązanymi do wykazania zaistnienia przesłanek zawartych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są wykonawca, który dokonał zastrzeżenia, oraz zamawiający, który zastrzeżenie uznał.

W orzecznictwie w sprawach zamówień publicznych po podjęciu przez Sąd Najwyższy uchwały z dnia 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) ukształtowała się praktyka, zgodnie z którą zamawiający jest zobowiązany do zbadania skuteczności zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy. Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (np. art. 96 ust. 3) bądź odrębnych przepisów, zobowiązany jest on do ujawnienia ich w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że niniejszym postępowaniu, że Konsorcjum FB Serwis S.A., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 23 sierpnia 2013 r. złożyło wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny oferty, zastrzegając załącznik nr 4 („Szczegółowe wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie ceny ofertowej z dnia 23 sierpnia 2013 r.” jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednocześnie Konsorcjum FB Serwis w tym samym piśmie powołało się na spełnianie przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo odwołujący podniósł, iż zamawiający zobowiązany jest do szczegółowej weryfikacji informacji zawartych w dokumencie zastrzeżonym tajemnicą przedsiębiorstwa oraz oceny, czy wsZ.tkie informacje w nim zawarte mogą być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a w konsekwencji do odtajnienia informacji, które takiego waloru nie posiadają. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu Konsorcjum FB Serwis nie wykazało możliwości utajnienia załącznika nr 4 do składanych przez siebie wyjaśnień, a zamawiający zaniechał prawidłowej weryfikacji zasadności utajnienia, a w konsekwencji zaniechał udostępnienia tego załącznika na wniosek odwołującego, złożony w dniu 19 września 2013 r. i ponowiony w dniu 24 września 2013 r.

Zamawiający odnosząc się do tego zarzutu wskazał, że zapoznał się zarówno z uzasadnieniem do objęcia ww. załącznika tajemnicą, jak i samym załącznikiem nr 4 i nie miał wątpliwości, że zawiera on informacje prezentujące wartość gospodarczą, nieujawnioną przez prZ.tępującego do wiadomości publicznej, co do których podjął on niezbędne działania w celu zachowaniu ich poufności. Spełnione zatem zostały wsZ.tkie elementy, o których mówi art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, aby uznać, iż załącznik nr 4 obejmuje informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu tego przepisu. Kwestionowany przez odwołującego załącznik (blisko 20 stronicowy) przedstawia sposób kalkulacji ceny przez prZ.tępującego, opartą o indywidualną –koncepcję co do sposobu wykonania zamówienia, opracowaną przez Konsorcjum FB Serwis, na podstawie

wieloletnich doświadczeń i know-how hiszpańskiego członka Konsorcjum i na potrzeby konkretnego zamawiającego. Zawiera on także politykę cenową prZ.tępującego oraz dane dotyczące kontraktów realizowanych przez członków Konsorcjum.

Izba, odnosząc się do powyższych rozważań i ustaleń uznała, że dokonane przez konsorcjum FB Serwis zastrzeżenie załącznika nr 4 z wyjaśnieniami, są zasadne. Tym samym działanie zamawiającego w tym zakresie odpowiadało obowiązującemu prawu. W wyjaśnieniach zostały zawarte informacje dotyczące pewnych zabiegów organizacyjnych, jak również zastosowanego sprzętu i urządzeń które uzasadniały możliwość wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Tak przyjęte rozwiązania stanowią wartość gospodarczą dla wykonawcy i są nieznane konkurencji. Dokonane zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa miały charakter zobiektywizowany pozwalający na ustalenie zasadności, dokonanego zastrzeżenia. Zastrzeżone informacje obejmują doświadczenie konsorcjanta wraz z przeniesieniem ich na grunt przedmiotowego postępowania, są to wiadomości mające zasadnicze znaczenie do konkurowania na tym rynku usług.

Na marginesie tego zarzutu dodać należy, że odwołujący na etapie rozprawy próbował dokonać modyfikacji tego zarzutu wskazując, że być może nie wsZ.tkie kwestie ujęte w załączniku nr 4 winny być objęte tajemnicą. Z takiego stanowiska zasadne jest wyciągnięcie wniosku iż sam odwołujący nie kwestionował biorąc pod uwagę stanowisko zamawiającego i prZ.tępującego prezentowane na rozprawie, że co najmniej część zawartych tam wyjaśnień zasługiwało na objęcie ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechane odrzucenia oferty złożonej przez FB Serwis S.A., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wskazać należy ze względów formalnych, że powyższy zarzut jest takim samym zarzutem podniesionym w obu odwołaniach. Zarzuty te zostały razem zbadane na rozprawie, a także Izba dokonała wspólnej oceny ich merytorycznej zasadności.

W tym zakresie obaj odwołujący podnieśli iż wykonanie tego zamówienia za zaoferowaną przez konsorcjum FB Serwis cenę wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej jego kosztów działalności tych podmiotów, a tym samym niepozwalających na wygenerowanie Z.ku na realizacji tego zamówienia. Odwołujący konsorcjum Z. wniósł w tym zakresie o powołanie biegłego z zakresu wyceny usług odbioru odpadów komunalnych, na okoliczność ustalenia czy zakres rzeczowy oferty złożony przez wykonawcę - konsorcjum: FB Serwis S.A., możliwy jest do zrealizowania za wynagrodzeniem umownym zaoferowanym przez ww. wykonawcę, w kontekście zachowania uczciwej konkurencji, a także przesłuchanie zamawiającego na okoliczność ustalenia kryteriów jakimi posłużył się przy ocenie złożonych ofert, w zakresie zbadania oferowanych cen.

Izba postanowiła nie uwzględnić ww. wniosków odwołującego Artur Z., ponieważ Izba stoi na stanowisku iż tak postawiona ogólna teza dowodowa, dla której miałby być powołany biegły nie ma wpływu na rozstrzygnięcie zarzutów, a ponadto nie zostały sprecyzowane okoliczności faktyczne których rozstrzygnięcie wymagałoby wiadomości specjalnych. Również nie została wykazana zasadność przesłuchania zamawiającego jako strony w sytuacji kiedy zamawiający był obecny na rozprawie, w trakcie której prezentował swoje stanowisko i odpowiadał na pytania Izby.

Odwołujący konsorcjum Remondis wskazał dodatkowo na fakt iż podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT. W przedmiotowym postępowaniu - jak wynika z protokołu postępowania - szacunkowa wartość zamówienia (po pomniejszeniu o wartość zamówień uzupełniających) została ustalona w wysokości 78 748 157,80 zł. Wartość ta, powiększona o podatek VAT wynosiła 85 048 010,42 zł. Kwota, którą zamawiający podał podczas otwarcia ofert, przeznaczona na realizację zamówienia we wsZ.tkich częściach wynosiła 91 584 566 zł brutto. Wskazał, że konsorcjum FBService na realizację zamówienia w częściach I; II; VI; IX i X zaoferowało ceny znacznie poniżej wartości, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia w poszczególnych częściach oraz znacznie niższymi od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. Dokonując zestawienia tych cen stwierdził, że ceny ofert złożone we wsZ.tkich częściach przez Konsorcjum FBService tylko w cz. II stanowią 38% budżetu, jaki zamawiający przeznaczył na realizację tego zamówienia, a w pozostałych częściach są jeszcze niższe. W części I cena oferty Konsorcjum FBService stanowi 26% budżetu, w cz. VI - 22% budżetu, w cz. IX - 28% budżetu, w cz. X - 24% budżetu. Kolejnym punktem odniesienia w kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej, według odwołujących są ceny zawarte w ofertach złożonych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu. Stwierdził, że ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia. Są one bowiem kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań zamawiającego. Wobec czego na kalkulacje dokonywane przez wsZ.tkich wykonawców mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku usług.

Wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu ceny wsZ.tkich ofert złożone w poszczególnych częściach znacząco przekraczają budżet zamawiającego.

Kolejnym zarzutem w tym zakresie był zarzut iż wykonawca FB Service wezwany do złożenia wyjaśnień co do powodów zaoferowania tak niskiej ceny ofertowej winien jest wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać, jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta

jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Tymczasem Konsorcjum FBService utajniło część wyjaśnień – w formie załącznika nr 4, natomiast w jawnej części udzieliło lakonicznych wyjaśnień, w żaden sposób nie wskazujących na możliwość zaoferowania tak niskie ceny. Konsorcjum FBService powołało się w tych wyjaśnieniach na ujęcie w cenie oferty wsZ.tkich wymagań zamawiającego związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, co nie jest okolicznością nową, albowiem takie oświadczenie zostało złożone w ofercie i w żadnym razie nie wyjaśnia niskiego poziomu cen.

Ponadto Konsorcjum FBService S.A. wskazało, że możliwość zaoferowania tak niskiej ceny wynika ze szczególnej znajomości rynku usług odbioru i zagospodarowania odpadów, posiadanego doświadczenia przez Konsorcjum FBService S.A. oraz grupę kapitałową, do której należy jeden z członków Konsorcjum. Odwołujący podniósł, że okoliczności te w żaden sposób nie stawiają Konsorcjum FBService S.A. w uprzywilejowanej sytuacji. Przede wsZ.tkim ze względu na fakt iż spółka ta została założona dopiero w dniu 16 maja 2012 r. oraz - jak wynika z udzielonych wyjaśnień - posiada doświadczenie głównie niezwiązane z przedmiotem zamówienia (zarządzanie miejskim oświetleniem, utrzymanie obiektów, kompleksowe utrzymanie infrastruktury drogowej). Zatem powoływanie się na wyjątkowe doświadczenie przez Konsorcjum FBService nie jest okolicznością, która świadczy o jakiegokolwiek przewadze tego wykonawcy i w żaden sposób nie uzasadnia możliwość wykonania przedmiotowego zamówienia za tak niską cenę.

Konkludując powyższe zarzuty powołano się na tezę z uzasadnienia jednego z wyroków KIO iż *„nie można akceptować coraz częstszych praktyk, iż wykonawcy zajmujący druga pozycje na listach rankingowych oceny i wyboru ofert, nie są w stanie w żaden sposób sprawdzić, czy inna złożona o ferta jest zgodna z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ. gdyż wykonawcy coraz częściej zastrzegają informacje, które przy dokładnej analizie nie spełniają wymogów z art. 11 ust.4 ustawy o z.n.k”*.

Zamawiający i prZ.tępujący konsorcjum FBService odnosząc się do powyższego zarzutu z obu odwołań wskazali iż przyrównywanie ceny wybranej oferty do oferty cenowej odwołującego jest całkowicie niezasadne gdyż ceny tegoż wykonawcy są w sposób nieuzasadniony wywindowane, a ponadto wykonawcy tworzące konsorcjum w sposób celowy zawiązali konsorcjum i zaoferowali tak wysoką cenę licząc na brak konkurencji na lokalnym rynku, w sytuacji kiedy każdy z członków konsorcjum mógł złożyć samodzielną ofertę.

Wskazali iż ceny za wykonanie zamówienia zaoferowane przez FBService są cenami spotykanymi na krajowym rynku dla tego typu usług i dla tego zakresu, gdzie przedmiotem jest transport i odbiór odpadów. Wskazali iż za zamówienie o zbliżonym przedmiocie zamówienia do tego, które jest udzielane przez zamawiającego, można uznać zamówienie udzielane przez Miasto Gdańsk. Jak wynika z zestawienia cen oferowanych w przetargu w

Gdańsku, cena za odebranie i transport 1 tony odpadów komunalnych ww. frakcji kształtowała się tam od 80,76 do 147,74 zł brutto. Ceny jednostkowe zaoferowane przez FBSerwis w poszczególnych częściach kształtują się od 72,86 brutto (dla części nr 6) do 127,07 zł brutto (dla części nr 2), a więc średnia cena zaoferowana przez FBSerwis w częściach objętych odwołaniem wypada pośrodku zakresu cen oferowanych w przetargu w Gdańsku. Zamawiający nadto podniósł iż zamówienie udzielane w Gdańsku nie obejmowało zagospodarowania odpadów selektywnych ze sprzedaży których wykonawca uZ.kuje dodatkowy Z.k, pomniejszający ponoszone przez niego koszty. W przypadku Gdańska zagospodarowanie odpadów selektywnych leżało bowiem po stronie gminy, inaczej niż w przypadku zamawiającego, który ten komponent powierzył wykonawcom. Dlatego też gdyby przyjąć, że Z.k ze sprzedaży odpadów zbieranych selektywnie pokrywa koszt ich zbierania to wówczas ceny jednostkowe zaoferowane przez FBSerwis kształtują się od 81,20 brutto (dla części nr 6) do 141,62 zł brutto (dla części 2). a więc są jeszcze bardziej zbliżone do cen z postępowania przetargowego w Gdańsku.

Wskazał również, że za bezzasadną należy uznać próbę przeliczanie cen podanych w ofertach przez wykonawców na ceny za „obsługę” jednego mieszkańca. Zamawiający podał w SIWZ szacunkową liczbę mieszkańców, jednakże wyłącznie na potrzeby scharakteryzowania sektorów (ich zaludnienia). Liczba ta w żaden sposób nie przekłada się na wolumen odpadów odbieranych przez wykonawców w ramach realizacji zamówienia. Podał, że odwołujący wybiórczo i w sposób wygodny dla siebie próbuje odnosić szacunkową wartość zamówienia do wysokości ceny ofertowej prz.ępującego, gdyż celowo pomija fakt, że zmianą SIWZ z 7 czerwca 2013 roku zamawiający dokonał zmiany- obniżenia wolumenu odpadów do odbioru którego zobowiązani są wykonawcy w ramach zamówienia (obniżenie o 32%).

W takiej sytuacji – biorąc pod uwagę powyższe obniżenie szacunkowa wartość zamówienia w odniesieniu do ceny oferty prz.ępującego wynosiłaby odpowiednio:

- a) 42% szacunkowej wartości zamówienia dla części 1 (a nie jak podaje Odwołujący 27%);
- b) 65 % szacunkowej wartości zamówienia dla części 2 (a nie jak podaje Odwołujący 38%);
- c) 45% szacunkowej wartości zamówienia dla części 6 (a nie jak podaje Odwołujący 22%);
- d) 59% szacunkowej wartości zamówienia dla części 9 (a nie jak podaje Odwołujący 28%);
- e) 44% szacunkowej wartości zamówienia dla części 10 (a nie jak podaje Odwołujący 24%).

Natomiast odnosząc się udzielonych w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnień konsorcjum FBSerwis co do przyczyn zaoferowania takiej ceny w ofercie stwierdził, że zostały złożone bardzo szczegółowe wyjaśnienia zawarte w załączniku nr 4. Potwierdziły one iż ceny zaoferowane przez niego w poszczególnych częściach zostały skalkulowane rzetelnie z uwzględnieniem całego zakresu zamówienia i wsZ.tkich wymogów SIWZ, a także wsZ.tkich elementów kosztotwórczych dla usługi objętej przedmiotem zamówienia. Również porównanie tych cen z cenami oferowanymi w podobnych przetargach pozwalała na stwierdzenie, iż jest to cena rynkowa, gwarantująca prZ.tępującemu pokrycie wszelkich kosztów wykonania zamówienia.

Ze stanowiska prezentowanego przez prZ.tępującego dodać należy iż przywołał on w analizie cen rynkowych za odbiór odpadów w kilku miastach, (opracowaną przez Savona Projekt Sp. z o.o.) obejmującą miejscowości gdzie swoją ofertę składał podmiot z grupy odwołującego Remondis, który za podobną usługę (dot. Olsztyna, Krakowa i Opola) zaoferował cenę za wywóz jednej tony odpadów za kwotę mieszczącą się w przedziale pomiędzy 92,00 zł – 127,00 zł. Stwierdził iż świadczy to o tym że również Remondis jest w stanie wykonać podobne przedmiotowe usługi za cenę porównywalną z cenami zaoferowanymi przez prZ.tępującego w aglomeracji poznańskiej. Nadto dodał, że w podobnym postępowaniu dot. Miasta Białystok również zostały złożone oferty, których ceny stanowiły około 50% kwoty budżetu zamawiającego przewidzianego na jego realizację, a więc były podobne do cen zaoferowanych przez FBSerwis..

Przed oceną merytoryczną zarzutów co do rażącej ceny oferty oraz udzielenia niepełnych wyjaśnień co do powodów zaoferowanie takiej ceny, Izba uznaje za zasadne odniesienie się na wstępie do kwestii możliwości uznania zaoferowanej ceny jako rażąco niskiej w świetle dorobku orzecznictwa sądów i Krajowej Izby odwoławczej.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych wypracowało pogląd, zgodnie z którym podstawę do badania ewentualności wskazanie w ofercie ceny rażąco niskiej stanowi wartość zamówienia, o ile została ustalona przez zamawiającego z należytą starannością oraz średnia wartość ofert złożonych w postępowaniu, w szczególności ofert najbardziej zbliżonych ceną. Przepisy Pzp. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 Pz.p., ale i w art. 90 Pzp Również tego pojęcia nie definiują dyrektywy unijne. Wskazuje to na brak jednoznacznie ustalonych reguł w oparciu o które można by ustalać fakt zaistnienia w ofercie ceny rażąco niskiej, jak i wykazywać, że zaoferowana cena jest ceną realną.

Brak takich uregulowań wskazuje na indywidualność tego zagadnienia. Dlatego też każdy tego typu przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz

wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie (podobnie: postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).

Pojęcie iż zaoferowana w ofercie cena może być rażąco niska jest określeniem subiektywnym, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych, jak i orzecznictwo nie wskazuje określonej różnicy procentowej, czy metody, przy zastosowaniu której można by uznawać automatycznie, kiedy mamy do czynienia z rażąco niską ceną - wyrok KIO 2679/11.

Ponadto wskazać należy, że w myśl powyższych ustaleń, taka sama wysokość ceny w ofertach- u jednego wykonawcy może nie pokrywać kosztów wykonania zamówienia, a u innego zapewniać mu nawet Z.k, na realizacji tego zamówienia.

Prowadzi to do wniosku, że cena oferty wykonawcy pomimo, iż jest zbliżona lub podobna do cen ofert innych wykonawców, może być uznana za rażąco niska, jeżeli po stronie tego wykonawcy brak jest przesłanek, które uzasadniałyby jej skalkulowanie na takim niskim poziomie. Tym samym ocena czy zaoferowana w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską wymaga indywidualnej oceny każdego z oferentów, biorąc pod uwagę zarówno obiektywne przesłanki funkcjonowania podmiotów z danej branży na rynku, jak i indywidualne koszty funkcjonowania danego podmiotu. Problem dowodowy w tym zakresie skupia się przede wszystkim na właściwym wykazaniu przez wezwanego wykonawcę, że zaoferowana cena jest ceną realną, tzn. że poniesione na wykonanie zamówienia koszty zostaną pokryte z wynagrodzenia za wykonanie zamówienia, a wykonawca jeszcze z tego tytułu osiągnie jakąś kwotę Z.ku. Chociaż jak zauważa się często w doktrynie, brak osiągnięcia Z.ku wykonawcy na wykonaniu zamówienia nie może być podstawą do uznania takiej ceny za rażąco niską, gdyż mimo tego zapewnia wykonawcy wykonanie samego zamówienia. Tym samym kwestia braku osiągnięcia Z.ku przez wykonawcę jest dla możliwości wykonania zamówienia i uznania ceny takiej oferty za rażąco niską, sprawą drugorzędną.

Podnieść również należy, że zamawiający u którego powstała wątpliwość czy zaoferowana przez danego wykonawcę cena oferty wystarczy na pokrycie wszelkich kosztów realizacji danego zamówienia jest zobowiązany do wystąpienia do takiego wykonawcy o udzielenie stosownych w tym zakresie wyjaśnień. W świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy w określonym terminie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Treść przywołanego przepisu jest następstwem implementacji postanowienia art. 55 dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, zgodnie z którym, jeżeli w przypadku danego zamówienia, oferty odnoszące się do świadczeń wydają się rażąco niskie, instytucja zamawiająca przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne.

Ustawodawca nie określił przesłanek które mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zaferowanej przez niego w ofercie ceny, jak również nie wskazał jak daleko zamawiający może wkraczać w treść oferty, żądając wyjaśnień wykonawcy. Jednakże podnieść należy, że prawo do żądania wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Olsztynie V Wydział Gospodarczy z 9 grudnia 2010 r sygn. Akt V Ga 122/10 należy wskazać, że zamawiający mając wątpliwości co prawidłowości ceny wykazanej w ofercie winien sformułować w tym zakresie pytania do wykonawcy. Pytania do wykonawcy powinny wskazywać elementy oferty, które podczas jej badania wzbudziły wątpliwości zamawiającego. Tym samym zamawiający ma prawo oczekiwać od wykonawcy wyjaśnień co do powodów takiej wyceny elementów oferty, o które wprost w trybie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, zapytał. Brak informacji w wyjaśnieniach wykraczających poza zakres wezwania nie może być podstawą do odrzucenia z tego powodu oferty wykonawcy. Ponadto dokonując oceny złożonych wyjaśnień należy mieć na względzie fakt, że wezwanie to jest wezwaniem jedнокrotnym i nie może być uzupełniane w dalszym toku postępowania o czym winien pamiętać zamawiający formułując treść wezwania.

Istotnym także jest wskazanie, że ocenie zamawiającego jak również KIO podlegają tylko te wyjaśnienia które zostały złożone przez wykonawcę we wskazanym w wezwaniu terminie. Tym samym brak jest możliwości skutecznego wykazywania iż zaferowana cena nie jest ceną rażąco niską poprzez składanie dokumentów i wyjaśnień w tym przedmiocie, dopiero na etapie postępowania odwoławczego. W tym zakresie Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 09.04.2010 r. stwierdził iż: *„W ocenie Sądu Okręgowego złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego” (Wyrok SO Warszawa-Praga w Warszawie, sygn. akt IV Ca 1299/09).*

Istotnym dla oceny przedmiotowego zarzutu jest przywołanie w tej sprawie –wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9 kwietnia 2010r., sygn. akt IV Ca 1299/09: gdzie sąd stwierdził iż *„Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wsZ.tkie*

aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogą opierać się tylko na samych oświadczeniach wykonawcy”

Przechodząc do oceny zasadności podniesionych zarzutów wskazać należy, że zamawiający pismem z dnia 12 sierpnia 2013 roku wezwał konsorcjum FBSerwis w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej części zamówienia. W wezwaniu dodatkowo zamawiający stwierdził, że jego zdaniem cena zaoferowana przez konsorcjum znacząco odbiega od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców.

Powyższe wezwanie należy ocenić, jako bardzo ogólne nie wskazujące w jakimkolwiek stopniu, które elementy ceny ofertowej wykonawca winien w sposób szczegółowy wyjaśnić. Jednakże w odpowiedzi na to wezwanie wykonawca FBSerwis złożył ponad 30 stronicowe wyjaśnienia, przy czym część z tych wyjaśnień została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa- co zostało ujęte jako załącznik nr 4 do wyjaśnień wykonawcy.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że ze względu na objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa istotnej części wyjaśnień wykonawcy, odwołujący mieli niewątpliwie trudność w podważaniu konkretnych wyliczeń wykonawcy FBSerwis. Wykonawca udzielający wyjaśnień może bowiem powoływać się na właściwe tylko sobie możliwości techniczne i organizacyjne, a wzruszenie każdej z podanych przyczyn wymaga odmiennej argumentacji i środków dowodowych. Koszty działalności danego podmiotu są tylko jemu przynależne i nie jest możliwe porównywanie ich wprost z kosztami działalności innego podmiotu.

Odnosząc się do zarzutu z odwołań że cena ofertowa na części zamówienia złożone przez prZ.tępującego w sposób rażąco odbiega od wartości oszacowania zamówienia, stwierdzić należy, że faktycznie cena ofertowa jest znacząco niższa i jak wyliczył zamawiający po ww. zmianie SIWZ stanowiła średnio 51% tej ceny. Odnosząc wskaźnik ceny ofertowej do wartości szacunkowej z zamówień o takim samym przedmiocie z innych miast Polski, można stwierdzić, że nie odbiega ona od średniej krajowej cen w tym zakresie usług. Duża konkurencja na rynku tego typu usług powoduje sytuację iż oferowane przez wykonawców biorących udział w przetargach są zdecydowanie niższe niż kwoty dokonanego oszacowania przez zamawiających. Biorąc to pod uwagę, a także brak wykazania w sprawie dowodów mogących obiektywnie potwierdzić nierealność ceny wykonawcy FBSerwis nie daje podstawy Izbie, aby można stwierdzić, że cena oferty wykonawcy FBSerwis jest ceną rażąco niską.

Cena ta zdaniem Izby jest bardzo niska, ale wcale to nie oznacza, że jest ceną rażąco niską, a tylko taka winna skutkować odrzuceniem oferty. Istota w różnej ocenie tych obu cen sprowadza się do tego, że cena niska, nawet bardzo niska może nie zapewniać osiągnięcia wykonawcy na realizacji danego zamówienia Z.ku, ale daje możliwość pokrycia

wsztkich kosztów związanych z jego realizacją, podczas gdy cena rażąco niska takich kosztów nie pokrywa. W czasach ostrej konkurencji na rynku- co jest również faktem notoryjnym- szczególnie na rynku objętym przedmiotowym zamówieniem, dla szeregu firm, w szczególności tych które dotychczas zajmowały się działalnością z zakresu gospodarki odpadami istotne jest użycie zamówienia celem przetrwania na rynku (pokrycia kosztów swojej działalności), a nie osiągnięcie spektakularnych zysków. Nie jest to korzystne dla rynku, ale taka sytuacja obiektywnie występuje.

Zauważenia wymaga, że konsorcjum FBService jest podmiotem dopiero wchodzącym na ten rynek usług krajowych, dlatego też trudno odmówić mu prawa do konkurencji ceną z potentatami na tym rynku już istniejącymi.

Izba dokonując szczegółowej analizy wyjaśnień, w tym treści załącznika nr 4 uznała, że przy przyjętej technologii wykonywania usługi, dysponowaniem pojazdami o dużej pojemności i przeznaczonych do szybkiej zmiany ich funkcjonalności do przewozu określonej frakcji odpadów, wiedzą konsorcjanta, itp. przedstawujący wykazał, że jest w stanie zaaoferowaną cenę wykonać przedmiot zamówienia. Zauważyć należy również, że wykonawca ten wykorzystał możliwość iż w treści postanowień SIWZ nie zobowiązano wykonawców do tego, aby cały potencjał techniczny którym winien legitymować się wykonawca na etapie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu miał być używany do realizacji zamówienia.

Tym samym dysponując pojazdami o dużej pojemności, dokonał kalkulacji kosztów wykonania zamówienia biorąc pod uwagę mniejszą ilość pojazdów które będą używane do wykonywania zamówienia, niż ilość wykazana w potencjale technicznym, a to skutkowało mniejszą liczbą potrzebnych do wykonania zamówienia pracowników, kosztów paliwa, amortyzacji, itp.

Wobec powyższego, przy braku dowodów przeciwnych, złożone wyjaśnienia dają podstawę do przyjęcia jako uzasadnionego stanowiska zamawiającego, że aoferowana przez przedstawującego, cena łączna za wykonanie zamówienia została skalkulowana poprawnie.

Izba nie odnosiła się indywidualnie do aoferowanej ceny na każdy z sektorów, gdyż brak było w tym zakresie postawionego zarzutu.

Odnosząc się do stanowiska odwołujących, że cena ofertowa konsorcjum FBService nie jest ceną rynkową, a taką ceną jest oferta konsorcjum Remondis i odwołującego konsorcjum Artur Z., Izba nie znalazła uzasadnienia dla tej argumentacji w dokumentacji postępowania i złożonych dowodach. Natomiast można zasadnie uznać za zamawiającym, że cena ofertowa w szczególności odwołującego Remondis należy do kategorii cen „rażąco wysokich”. W tym zakresie wskazać należy na okoliczność, że odwołujący Remondis dla wykazania, że za cenę aoferowaną przez FBService nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia, (dot. to części zamówienia gdzie oferta przedstawującego została

przez zamawiającego uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu) złożył dokument zatytułowany jako „opinia dotycząca wyceny kosztów ofertowych oferty najkorzystniejszej dla sektorów I, II, VI, IX, X” opracowany na jego zlecenie przez Instytut Ekonomii Środowiska

Na stronach 8-9 została przedstawiona została tabela zawierająca oszacowanie realnych kosztów wykonania usługi, objętej przedmiotowym odwołaniem. W pozycji 13 podane zostały kwoty które wg. wydającego opinię są niezbędne, aby w sposób prawidłowy wykonać zamówienie w określonych sektorach. Różnice pomiędzy wielkością ceny ofertowej odwołującego Remondis, a uzasadnioną ceną za jaką możliwe jest wykonanie przedmiotowego zamówienia wg. opinii sporządzonej przez Instytut Ekonomii Środowiska, złożonej przez Remondis, obrazuje poniższa tabela.

Lp	Koszt wykonania zamówienia	Sektor I	Sektor II	Sektor VI	Sektor IX	Sektor X
1	Koszt wykonania zamówienia wg. Remondis w zł	21 212 928	11 083 132	15 620 817	14 595 552	13 068 345
2	Koszt wykonania zamówienia wyliczony wg. Instytutu Ekonomii Środowiska w zł	10 949 236	7 657 324	7 462 638	8 056 589	7 173 167

Sumując powyższe zestawienie należy stwierdzić, że odwołujący Remondis zaoferował wykonanie zamówienie na ww. sektory za kwotę 75 580 774 złotych. Natomiast według wyliczeń Instytutu Ekonomii Środowiska, wykonanego na zlecenia Remondis, aby wykonać zamówienie w ww. częściach, niezbędne jest poniesienie kosztów w wysokości 41 298 954 złotych. Tym samym różnica pomiędzy ceną ofertową Remondis, a niezbędnymi do poniesienia kosztami wyliczonymi przez Instytut Ekonomii Środowiska dla tych części zamówienia, wynosi **34 281 820** złotych.

Wobec takich faktów trudno uznać, że cena zaoferowana przez konsorcjum Remondis nosi znamiona ceny rynkowej, do której można by odnosić cenę wykonawcy FBSerwis i z tej różnicy wywodzić wniosek o rażąco niskiej ceny konsorcjum FBSerwis.

Dokonując oceny zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieodrzućcenie oferty wykonawcy FBSerwis z tego powodu, że złożone wyjaśnienia nie wykazały, że zaoferowana w cena nie jest ceną rażąco niską, Izba oddała powyższy zarzut. Złożone wyjaśnienia są wyjaśnieniami bardzo obszernymi i dokładnie odnoszą się do niemalże każdej pozycji kosztu wykonania danej usługi. Analiza tych wyjaśnień stała się również podstawą dla Izby w uznaniu, że nie została zaoferowana przez

tegoż wykonawcę za wykonanie wskazanych części zamówienia, cena rażąco niska.

Nadto Izba wskazuje, że nie zostały przyjęte jako dowody w sprawie niewystąpienia rażącej ceny oferty, dokumenty składane przez prZ.tępującego, a w szczególności opinia z dnia 14 października 2013 roku dot wyceny kosztów realizacji kontraktu dla sektorów I, II, IV, IX, X , gdyż jak wyżej wskazano przedmiotem oceny Izby w tym zakresie, podlegają tylko wyjaśnienia które zostały przedłożone zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego. Etap postępowania odwoławczego w zakresie rozpatrywania zarzutu wystąpienia w ofercie ceny rażąco niskiej nie jest etapem na składanie nowych dowodów, mających potwierdzać prawidłowość zaoferowanej. Rozprawa nie może stanowić kontynuacji procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a stanowi ona ocenę zakończonej już procedury wyjaśniającej na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny.

Tym samym Izba przy ocenie czy doszło w toku postępowania o udzielenie zamówienia do naruszenia przepisów ustawy Pzp, poprzez dokonanie przez zamawiającego określonych czynności lub zaniechania czynności do których jest on zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, wzięła pod uwagę stan rzeczy na chwilę dokonania tych czynności lub z chwili w której zamawiający był zobowiązany ich dokonać.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum FBSerwis S.A., pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia, Izba nie uwzględniła tego zarzutu.

Odrzucenie oferty w tym zakresie jest uzasadnione wtedy, gdy zamawiający stwierdzi, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z 16.4.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża interesowi lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Izba biorąc pod uwagę ustalenia i rozstrzygnięcia co do braku wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie FBSerwis stwierdza, że bark jest w zaistniałych w sprawie okolicznościach możliwości stwierdzenia, że złożenie oferty przez FBSerwis stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Rywalizacja cenowa pomiędzy wykonawcami stanowi element funkcjonowania podmiotów gospodarczych na rynku, z których każdy ma prawo zaoferować swobodnie ustaloną cenę, która umożliwi mu wykonanie przedmiotu zamówienia, którego się podejmuje oraz zapewni mu możliwość dalszego funkcjonowania na rynku. Odwołujący nie wykazał, że zaoferowanie przez wykonawcę ceny w takiej wysokości za wykonanie przedmiotu

zamówienia jest ceną dumpingową, utrudniającą innym wykonawcom możliwość złożenia konkurencyjnej oferty.

Odnośnie kolejnej grupy zarzutów dotyczących kwestionowania przez odwołującego wykazania przez prZ.tępującego warunków udziału w postępowaniu, wskazać należy, że odwołujący Remondis zakwestionował wykazane spełnianie warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, posiadania wymaganych uprawnień oraz posiadania odpowiedniego potencjału technicznego związanego równocześnie z zarzutem podania przez prZ.tępującego nieprawdziwych informacji.

W zakresie warunku wiedzy i doświadczenia odwołujący wskazał, że konsorcjum FBSerwis złożyło ofertę na części: I-III, VI, IX i X zamówienia, a zatem powinno wykazać się odebraniem 82 000 Mg odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych lub niezamieszkałych w okresie następujących po sobie co najmniej 12 miesięcy.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku Konsorcjum FBSerwis złożyło wykaz usług, składający się z trzech pozycji. Stwierdził, że usługi wskazane w trzech pierwszych pozycjach nie odpowiadają wymaganiom określonym ww. cytowanym postanowieniu SIWZ. W poz. 1-3 Konsorcjum FBSerwis wskazało usługi, w ramach których wykonywane były również inne czynności (sprzątanie ulic) oraz odbierane były inne odpady komunalne, stąd nie jest możliwe ustalenie, czy i w jakiej wartości odbierane były odpady komunalne oraz czy usługa w tym przedmiocie wykonywana była przez okres następujących po sobie 12 miesięcy. Również z dołączonych do wykazu referencji wynika, że w zakresie wykonywanych w poz. 1-3 wchodziły różne czynności (nie tylko odbiór odpadów komunalnych). Ponadto odwołujący wskazał, że prZ.tępujący nie wykazał iż spełnia postawiony warunek udziału również z tego powodu, że podmiot który udostępnia mu potencjał w tym zakresie nie będzie brał udziału w postępowaniu jako podwykonawca. Nadto powołując się na orzeczenia KIO wskazał iż pojęcie „doświadczenie” wiąże się jednoznacznie ze stroną praktyczną posiadanych umiejętności i nie stanowi dobra, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia. Tym samym konsorcjum FBSerwis nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na to, że nie wykazało, że dysponuje wiedzą i doświadczeniem CESPА Portugal S.A., wskazanym w poz. 4 Wykazu, a pozostałe usługi (poz. 1-3) nie spełniają wymagań Zamawiającego określonych w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na te zarzuty zamawiający wraz z prZ.tępującym wykazali, że pomimo tego iż w wykazie usług w kolumnie „przedmiot usług” pojawiają się określenia wskazujące

na szerszy zakres czynności, w tym sprzątanie ulic, czy też odbiór odpadów innego rodzaju niż komunalne, to jednak w każdej z tych trzech pozycji „przedmiot usługi” wskazuje, iż zasadniczą jego częścią był odbiór odpadów komunalnych. Potwierdzają to również załączone referencje.

Izba oceniając fakt, że wykonawca prawidłowo wskazał w tej kolumnie rzeczywisty przedmiot usługi świadczonej na podstawie kompleksowej umowy zawartej z podmiotem zlecającym te usługi oraz to, że zamawiający nie wymagał zaś w SIWZ, aby wykonawca musiał legitymować się doświadczeniem w odbiorze odpadów komunalnych zdobytym w ramach świadczenia usługi, której przedmiot nie obejmował żadnych innych czynności, uznała że wykonawca FB Serwis wykazał się właściwym wolumenem wykazanych usług w odbiorze odpadów komunalnych aby spełnić postawiony w SIWZ warunek.

Odnosnie możliwości udostępnienia prZ.tępującemu zasobów podmiotu trzeciego CESPА Portugal SA, bez udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia jako podwykonawcy Izba stwierdza, że nie można przyjąć założenia, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia winno nastąpić zawsze tylko w formie, kiedy podmiot udostępniający będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia. Kwestie tą należy indywidualizować, odnosząc ją do warunków wykonywania konkretnego zamówienia. Niewątpliwie najważniejszą kwestią dla prawidłowego udostępnienia potencjału wykonawcy przez podmiot trzeci jest realność tego udostępnienia. Izba biorąc pod uwagę fakt, że przedmiotowe zamówienie nie jest zamówieniem skomplikowanym technicznie, obejmuje w większości wykonywania prostych wielokrotnie powtarzających się czynności, uznała że udział podmiotu trzeciego poprzez doradztwo i szkolenie personelu prZ.tępującego, jest wystarczającym sposobem na skuteczne(realne) przekazanie konsorcjum niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Zauważyć należy również, że nie jest bez znaczenia fakt iż prZ.tępującemu wiedzy i doświadczenia udziela spółka CESPА Portugal S.A., spółka należąca do grupy kapitałowej jednego z konsorcjantów prZ.tępującego.

Izba uznała za zasadne stanowisko zamawiającego i nie uwzględniła przywołanego w treści odwołania zarzutu dotyczącego braku posiadania przez wsZ.tkich członków konsorcjum zezwoleń na wykonywanie określonej działalności. Zarzut ten zawiera opis wymagań zamawiającego, jednakże nie zawiera konkretnego sformułowania zarzutu wobec czynności zamawiającego. Zarzut powinien zawierać wskazanie czynności bądź zaniechania przez zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Wskazać należy, że skład orzekający nie może samodzielnie z treści opisu wymagań zamawiającego postawionych w SIWZ wywodzić jakie czynności zamawiającego są kwestionowane przez odwołującego i jakie podnosi w tym zakresie żądania.

W zakresie następnego zarzutu dotyczącego dysponowania przez konsorcjum FBS odpowiednim potencjałem technicznym, odwołujący podniósł również zarzut podania przez tegoż wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Odnosnie zarzutu braku dysponowania na dzień składania ofert pojazdami do odbioru i transportu odpadów odwołujący podniósł, że zamawiający wymagał dysponowania już na etapie składania ofert pojazdami w celu realizacji przedmiotu zamówienia, to oznacza, że każdy z wykonawców posiadaniem takich pojazdów winien się był wykazać. Nie chodziło tutaj o możliwość prz.żłego potencjalnego wykonania przedmiotu zamówienia, ale dysponowanie, już w dniu składania ofert, realną możliwością wykonania zamówienia. Wykonawca wykazał się potencjałem w tym zakresie wskazując na pojazdy znajdujące się jeszcze na terytorium Hiszpanii, niezarejestrowane w Polsce, a więc nie mogą być w myśl przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2012 r., poz. 1265 ze zm.) wykorzystywane w Polsce do przewozu odpadów.

Odnosząc się do tego zarzutu Izba zauważa, że postawienie warunków udziału w postępowaniu ma na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, a nie konieczności wykazania przez wykonawcę, że na etapie składania ofert już tym potencjałem dysponuje. Interpretacja tego warunku tak jak tego oczekuje odwołujący byłaby irracjonalna, gdyż zmuszała by wykonawców, aby tak jak w tym przetargu, wykonawca składający ofertę już faktycznie posiadał 65 samochodów śmieciarek i to niezależnie od tego czy otrzyma zamówienie do realizacji. Treść SIWZ dotycząca wymogu „dysponowania” winna być odczytywana jako możliwość użycia czegoś, a więc może to dotyczyć danej chwili jak i w prz.żłości. Innym zagadnieniem nie podniesionym wprost w zarzucie, ale i nie wyjaśnionym przez zamawiającego jest to, czy w przypadku podpisania umowy z prz.żującym będzie on w stanie w tak krótkim okresie przedmiotowe pojazdy przetransportować do Polski oraz dokonać na czas ws.żtkich czynności związanych z dostosowaniem ich do obowiązujących przepisów, tak aby mogły być użyte do realizacji umowy. Powyższy zarzut w podniesionym w odwołaniu zakresie, jako nie znajdujący oparcia w przepisach prawa nie został uwzględniony przez Izbę.

W zakresie kolejnego zarzutu z grupy zarzutów niespełniania warunków udziału w postępowaniu, odwołujący wskazał na zaistnienie podstawy do wykluczenia wykonawcy FBSerwis z uwagi na niewykazanie dysponowania odpowiednią bazą transportowo-magazynową oraz złożenie nieprawdziwych informacji w tym zakresie.

Zamawiający w rozdziale 5 pkt 3 lit c) SIWZ wymagał, dla uznania, iż dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie, dotyczącym dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, wykazania, że dysponuje on bazą magazynową – transportową, spełniającą wymagania określone w *rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów*

komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 poz. 122),

Konsorcjum FB Serwis na str. 70 oferty, w wykazie wskazało bazę mieszczącą się przy ul. Wieruszowskiej 12-16 w Poznaniu, przedstawiając w tym zakresie zobowiązanie podmiotu trzeciego - firmy Elektromontaż - Poznań S.A. do udostępnienia potencjału w postaci bazy magazynowo-transportowej. Na wezwanie zamawiającego wskazującego wątpliwości czy wskazana baza spełnia postawione wymagania, przystępujący złożył oświadczenie - potwierdzenie, że wskazana baza spełnia wszystkie wymagania wskazane w § 2 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Odwołujący odnosząc się do tej kwestii podniósł, że oświadczenia złożone zarówno przez Konsorcjum FB Serwis, jak i podmiot trzeci udostępniający bazę są nieprawdziwe, czego zamawiający miał świadomość, bowiem w dniu 2 września 2013 r. odwołujący poinformował go o fakcie niespełniania przez bazę wymagań odpowiedniego rozporządzenia Ministra Środowiska. Z oświadczenia podmiotu trzeciego Elektromontaż Poznań S.A. z dnia 10 września 2013 r. wynikało, że przedmiotowa baza zapewnia powierzchnię na miejsca składowania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych, podczas gdy zamawiający wymagał potwierdzenia, że baza wyposażona jest w miejsca magazynowania odpadów. Istotnym jest, że zapewnienie powierzchni na magazynowanie, nie oznacza jeszcze dysponowania takimi miejscami, które muszą spełniać wymagania dotyczące zbierania odpadów, określone przepisami prawa. Dodatkowo odwołujący podał, że mając świadomość iż wskazana baza magazynowo-transportowa nie spełnia wymogów rozporządzenia, to dla potwierdzenia tego faktu i wykazania tej niezgodności wystąpił pismem z dnia 06.09.2013 r. do Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Poznaniu (dalej WIOŚ) z wnioskiem o zbadanie, czy baza ta spełnia ww. wymagania. Pismem z dnia 26 września 2013 r. WIOŚ w Poznaniu jednoznacznie stwierdził, że „teren przy ul. Wieruszowskiej 12-16 nie jest przystosowany do spełniania funkcji bazy magazynowo-transportowej. której posiadanie i odpowiednie wyposażenie jest wymagane od podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości i nie spełnia wymagań zawartych w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122)”. Dodatkowo w tym piśmie WIOŚ w Poznaniu stwierdził, iż podczas kontroli okazano mu jedynie „List intencyjny” z dnia 21.06.2013 r. pomiędzy Elektromontaż-Poznań S.A. a Przedsiębiorstwem Wielobranżowym AGORA Sp. z o.o. w sprawie zamiaru wynajmu przedmiotowego terenu. Zdaniem odwołującego podpisanie takiego Listu intencyjnego przez członka konsorcjum nie może być tożsame z posiadaniem przez niego tytułu prawnego do przedmiotowej bazy. Jednocześnie wskazał, że biorąc pod uwagę założone przez zamawiającego magazynowanie odpadów selektywnie gromadzonych na terenie bazy

magazynowo-transportowej oznaczało, iż FBSerwis winno posiadać stosowne zezwolenie na zbieranie odpadów na tej nieruchomości (stanowiącej bazę magazynowo-transportową)

Odwołujący odnosząc się do powyższego stwierdził że konsorcjum FBSerwis złożyło nieprawdziwe informacje co do dysponowania bazą spełniającą wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz wymagania określone w SIWZ. Informacje te mają charakter obiektywnie nieprawdziwych i zostały złożone w celu uZ.kania zamówienia, a zatem mają wpływ na wynik postępowania.

Izba wskazuje, że dodatkowo w sprawie bazy odwołujący złożył protokół z dokonanej wizji lokalnej z dnia 11.10.2013 roku z którego ma wynikać, że przedmiotowa baza nie spełnia wymagań z § 2 rozporządzenia Ministra Środowiska.

Podobny protokół – notatkę, z oględzin przedmiotowej bazy magazynowo-transportowej z dnia 07.10.2013 roku złożył zamawiający. W oparciu o dokonane ustalenia zamawiający wywodził iż przedmiotowa baza spełnia wymagania przepisów ww. rozporządzenia i postanowień SIWZ, a ponadto dodał, że z ustaleń w trakcie dokonanych oględzin wynika iż *„mycie i dezynfekcja pojazdów oraz konserwacja i naprawa pojazdów będą realizowane przez firmy zewnętrzne poza terenem bazy”*, nie dokonując w tym zakresie ustaleń, co do spełnienia wymagań SIWZ w tym zakresie.

Zamawiający i prZ.tępujący odnosząc się do tego zarzutu podnosili w szczególności zarzuty do pism WIOŚ twierdząc iż nie jest prawdą iż przedmiotowa baza nie spełnia wymogów przewidzianych w cyt. rozporządzeniu Ministerstwa Środowiska Ponadto pisma te nie mogą stanowić żadnego dowodu w tej sprawie ponieważ zostały one wydane bez podstawy prawnej i z naruszeniem obowiązujących przepisów, a działania pracowników WIOŚ w tej sprawie było sprzeczne z prawem. Nadto zamawiający wskazał, że działania WIOŚ polegały na wzrokowym oglądzie przedmiotowej nieruchomości, przeprowadzonym bez zgody i współpracy właściciela terenu. Jego wątpliwość budziła również sama prawidłowość rozpoznania bazy magazynowo-transportowej, gdyż według zamawiającego kontrola to została dokonana spoza terenu bazy, gdyż pracownicy WIOŚ nie zostali wpuszczeni na jej teren.

Izba dokonując oceny zasadności przedmiotowego zarzutu powzięła poważne wątpliwości czy w świetle pism WIOŚ przedmiotowa baza spełnia wymagania ww. rozporządzenia, oraz czy składane w tym zakresie oświadczenia konsorcjum FBSerwis wykazują spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu. Wskazać należy, że w sprawie zostały złożone trzy pisma WIOŚ, dwa przez odwołującego tj. z 26 września 2013 roku oraz z 15 października 2013 roku w którym to piśmie WIOŚ odniósł się do zarzutów zamawiającego co do legalności przeprowadzonej kontroli- wizji lokalnej oraz pismo z dnia 8 października 2013 roku skierowane przez WIOŚ do zamawiającego.

Przechodząc do treści przedmiotowych pism stwierdzić należy, że w piśmie z dnia 26 września 2013 roku, którego kopię odwołujący przekazał zamawiającemu, WIOŚ stwierdził, że „Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska w Poznaniu informuje, iż dokonał wizji na terenie wskazanej we wniosku bazy magazynowo-transportowej (...). Od przedstawiciela przedmiotowej firmy uZ.kano informację, że na wskazanym terenie nie jest prowadzona działalność przez żadną z wymienionych we wniosku firm tj. FBSerwis S.A., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AGORA Sp. z o.o. oraz CESPА, Compañia de Servicios Publicos Auxiliares S.A. Inspektorom przedstawiono do wglądu tylko „List Intencyjny” z dnia 21.06.2013 r. pomiędzy Elektromontaż-Poznań S.A., a Przedsiębiorstwem Wielobranżowym AGORA Sp. z o.o. w sprawie zamiaru wynajmu przedmiotowego terenu.

Teren przy ul. Wieruszowskiej 12-16 nie jest prz.tosowany do spełniania funkcji bazy magazynowo-transportowej, której posiadanie i odpowiednie wyposażenie jest wymagane od podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości i nie spełnia wymagań zawartych w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U z 2013 r., poz. 122”).

Po przekazaniu WIOŚ przez odwołującego uwag co do sposobu przeprowadzenia kontroli bazy, podnoszonych przez zamawiającego, WIOŚ w piśmie z dnia 15.10.2013 roku stwierdził, że w trakcie kontroli w dniu 12 września 2013 roku „w dziale administracyjnym / Spółki „Elektromontaż-Poznań S.A.” (właściciela terenu przy ul. Wieruszowskiej 12-16) * przedstawiono inspektorom do wglądu „List Intencyjny” z dnia 21.06.2013 r., w którym Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AGORA Sp. z o.o. wyraziło chęć wynajmu przedmiotowego terenu, na dowód, że przedmiotowy teren jest w zainteresowaniu jednej z w/w firm. Inspektorom WIOŚ wskazano również teren prawdopodobnej lokalizacji prz.złej bazy magazynowo-transportowej wymaganej dla prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych (teren przy bramie wjazdowej do firmy „Elektromontaż-Poznań S.A.”, naprzeciw głównego biurowca), jako teren wolny do zagospodarowania. Wizja wskazanego miejsca potwierdziła, iż miejsce to nie jest bazą o jakiej mowa w j rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r., bowiem nie ma tam wymaganej infrastruktury, w tym wydzielonych miejsc do magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, z zabezpieczeniem przed działaniem czynników atmosferycznych. (...)-zakład nie posiada pozwolenia wodno-prawnego na odprowadzanie wód opadowych i roztopowych do Kanału Junikowskiego, a zgodnie z § 2 ust. 3 pkt 4 ww rozporządzenia baza musi też spełniać wymagania właściwego zagospodarowania wód opadowych i ścieków przemysłowych pochodzących z jej terenu zgodnie z przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r., poz. 145 z późn. zm.)”.

Izba odnosząc się do powyższego pisma stwierdza, że pisma WIOŚ są dokumentami urzędowymi wydany przez właściwy organ w sprawie mieszczącej się w zakresie jego kompetencji. Wskazać należy również, że dokumentem urzędowym jest dokument sporządzony w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania. Dokument urzędowy stanowi dowód tego, co zostało w nim urzędowo stwierdzone przez upoważniony do jego sporządzenia organ w zakresie jego działalności, korZ.ta z domniemania prawdziwości oraz zgodności z prawdą tego, co zostało w nim urzędowo stwierdzone. Jakkolwiek domniemania te mogą być obalone, to jednak z tych ww. względów dokument urzędowy jest najbardziej wiarygodnym środkiem dowodowym.

Ciężar obalenia domniemania prawdziwości dokumentu urzędowego, jakimi są przedmiotowe pisma spoczywa na osobie zainteresowanej obaleniem jego treści i wskazanego domniemania. Dopóki dokument urzędowy jest w obrocie stanowi dowód tego, co zostało w nim urzędowo stwierdzone oraz korZ.ta z ww. domniemań. Podkreślenia w tym miejscu wymaga, iż negatywna ocena przez zamawiającego aktu administracyjnego wydanego przez uprawniony organ (WIOŚ), podnoszenie ewentualnych (nie przesądzając o ich zasadności) wad prawnych i niezgodności z ustawą nie dyskwalifikuje ustaleń WIOŚ. Dla tego rodzaju konstatacji, niezbędne jest wyczerpanie właściwej procedury przewidzianej w przepisach prawa administracyjnego. W tym kontekście, za pozostającą bez znaczenia dla ustalenia spełniania wymogów przez przedmiotową bazę, należało uznać składaną przez odwołującego notatkę, której treść musi ustąpić mocy dowodowej nadanym dokumentom urzędowym, wydanym przez właściwe organy i w celu zweryfikowania zgodności działania podmiotu, prowadzącego działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Wskazać należy również, że nie ma mocy prawnej oświadczenie zawarte w notatce złożonej przez zamawiającego o tym iż mycie i dezynfekcja pojazdów nie będzie miała miejsca na terenie omawianej bazy, gdyż przeczy temu stanowisko prZ.tępującego złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 11 września 2013 roku gdzie prZ.tępujący oświadczył /bez wyłączeń/, że przedmiotowa baza spełnia wsZ.tkie wymagania z § 2 rozporządzenia Ministra Środowiska. W oświadczeniu tym nie wskazano, że z terenu bazy prZ.tępujący będzie korZ.tał w ograniczonym zakresie, a ponadto ustalenia wymaga czy ta ewentualna „*druga baza podmiotu zewnętrznego*” spełnia również przedmiotowe wymagania. Wyjaśnienie wykonawcy z dnia 11 września 2013 roku stanowi treść oferty, zostało podpisane przez pełnomocnika wykonawcy FBSerwis, natomiast przedmiotowa notatka takim dokumentem nie jest, gdyż nie została podpisana przez osobę upoważnioną ze strony prZ.tępującego.

Zwrócić uwagę należy również na fakt braku pozwolenia wodno-prawnego na odprowadzanie wód i ścieków z terenu bazy. Argumentacja zamawiającego podana podczas rozprawy, jakoby stwierdzony w trakcie wizji lokalnej bazy, fakt istnienia kraterów – kanałów ściekowych w terenie, jest wystarczającym dla spełnienia wymagań § 2 pkt 2 ppkt 4 cyt. rozporządzenia Ministra Środowiska jest argumentem niezasługującym na uwzględnienie przez Izbę. Zgodnie z art. 122 ustawy z dnia 18 lipca 2001 roku prawo wodne (tj. Dz. U. z 2012 r., poz. 145 ze zm.) pozwolenie wodno-prawne jest wymagane na szczególne korzystanie z wód (w tym m.in. pobór oraz odprowadzanie wód powierzchniowych lub wprowadzanie ścieków do wód lub do ziemi).

Dopóki nie zostanie ono dla danego zakładu wydane nie jest możliwe zgodnie z prawem korzystanie z istniejącej na gruncie instalacji kanalizacyjnej.

Nadto nie został wyjaśniony sposób - forma dysponowania bazą o jakiej mowa w rozdziale 5 pkt 3 lit. c) SIWZ. Zgodnie z tym postanowieniem wykonawca winien wykazać się dysponowaniem bazą magazynowo-transportową. Natomiast podpisany list intencyjny w tej sprawie jest tylko pisemną, wstępną deklaracją zamierzeń dotyczących przelanych działań podmiotów gospodarczych.

Zestawiając powyższe ustalenia, z treścią pisma WIOŚ z dnia 08.10.2013 roku skierowanego do zamawiającego, dotyczącego ustaleń co do stanu bazy magazynowo-transportowej w którym trochę odmiennie niż w pozostałych dwóch pismach stwierdzono, że *rozpoznanie sprowadzało się do wizji wskazanego miejsca tylko w takim zakresie, w jakim można było tego dokonać bez zgody właściciela terenu*, Izba uznała, że trudno na tym etapie jednoznacznie przesądzić, czy przez inspektorów WIOŚ został na pewno poddany kontroli teren na którym ma znajdować się baza magazynowo transportowa wykonawcy FBService. Uzasadnia to w szczególności sytuacja, że inspektorzy jak to wynika z treści pisma nie mieli dostępu do całego 9 hektarowego terenu bazy. Dlatego też niezbędne jest szczegółowe wyjaśnienie tej kwestii przez zamawiającego.

Tym samym w sprawie, zdaniem Izby zaistniały uzasadnione wątpliwości w zakresie czy wskazana baza magazynowo transportowa spełnia postawione przez zamawiającego wymagania. Zgodnie z wymogiem art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz utrwaloną linią orzecniczą, nie jest dopuszczalne nakazanie wykluczenia wykonawcy z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, przed umożliwieniem wykonawcy udzielenia wyjaśnień zamawiającemu w tym zakresie. Ciężar udowodnienia przesłanek wykluczenia spoczywał na odwołującym. W ocenie Izby, nie można uznać, że odwołujący udowodnił, że baza magazynowo transportowa wskazana przez Konsorcjum FB Service nie spełnia wymagań zamawiającego. Twierdzenia odwołującego oparte na dokumencie urzędowym - piśmie WIOŚ z 08 października 2013 roku nie znajdują potwierdzenia w innym dokumencie urzędowym pochodzącym od tego organu z dnia 26 września 2013 roku oraz z

15 października 2013 roku. Tezy z protokołu z wizji dokonanej przez odwołującego są niespójne ze stanem rzeczy wynikającym z protokołu złożonego przez zamawiającego.

Dlatego też Izba nakazała zamawiającemu dokonanie wezwania wykonawcy FB Serwis do złożenia wyjaśnień, mających na celu wykazanie, że przedmiotowa baza spełnia postawione w SIWZ wymagania.

Wyjaśnienia, które zamawiający powinien uzyskać o wykonawcy powinny obejmować co najmniej kwestie dotyczące podstawy do dysponowania bazą, możliwość wprowadzania ścieków i wód gruntowych z terenu bazy do sieci kanalizacyjno- burzowej, zakresu w jakim przedmiotowa baza będzie wykorzystywana przez wykonawcę itp. Czyli zamawiający winien ustalić czy przedmiotowa baza w zakresie w jakim będzie z niej korzystał wykonawca FB Serwis spełnia wymagania §2 ust 2 i 3 cyt. wielokrotnie rozporządzenia Ministra Środowiska.

Podkreślenia wymaga, że postępowanie o zamówienie publiczne jest postępowaniem opartym na dokumentach i oświadczeniach wykonawcy. Jednakże jeżeli zamawiający poweźmie wątpliwości co do prawdziwości danych zawartych w tych dokumentach czy oświadczeniach, to biorąc pod uwagę obowiązującą go zasadę staranności, winien wyjaśnić, czy podniesione zastrzeżenia są zasadne.

Izba nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wezwanie wykonawcy FB Serwis do złożenia wyjaśnień, wskazuje iż powyższe orzeczenie nie uchybia prawu zamawiającego do dalszych działań w kierunku wyjaśnienia ewentualnych innych wątpliwości wynikających z dokonanych ustaleń w trakcie ponownego badania i oceny ofert.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego bazy magazynowo- transportowej, dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z powodu niewykluczenia wykonawcy FB Serwis za podanie nieprawdziwych informacji w tym zakresie, wskazać należy, że interpretacja powyższego przepisu, w zakresie możliwości wykluczenia wykonawcy z postępowania, winna być dokonywana w myśl Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Zgodnie z obowiązkiem państw członkowskich UE, przepisy prawa krajowego Państwa Członkowskiego muszą uwzględniać przepisy prawa wspólnotowego. Przepis art. 45 ust. 2 lit. g) w/w Dyrektywy stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazując jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy w złożeniu nieprawdziwych informacji. Stanowi on bowiem, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który „*jest winny poważnego wyprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji*”.

Ocena, czy błąd ma charakter poważny, czy też nie należy do zamawiającego, który powinien dokonać jej oceny na podstawie obiektywnych czynników.

Stosownie do treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Dla dokonania wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu nie jest wystarczające wykazanie nieprawdziwości przekazanych informacji. Dla zaistnienia przesłanki wykluczenia wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niezbędne jest dodatkowo wykazanie przez zamawiającego, że w danych okolicznościach złożenie nieprawdziwych informacji miało lub mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Tym samym zamawiający oceniając dokonane ustalenia może wykluczyć wykonawcę z postępowania tylko wtedy gdy nabędzie pewność co tego, że złożenie nieprawdziwych informacji było wynikiem celowego i zamierzonego działania wykonawcy i ponadto te informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Przyjęcie, jak to czyni odwołujący iż wsZ.tkie informacje składane są przez wykonawcę w celu uZ.kania zamówienia ex definitione są informacjami, które mogą mieć wpływ na wynik postępowania jest niedopuszczalne, gdyż stoi to w sprzeczności z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, Ustawodawca wyraźnie wskazał, że muszą być to nie jakiegokolwiek informacje nieprawdziwe, ale informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Musi więc istnieć obiektywna zależność pomiędzy podaniem nieprawdziwych informacji a wynikiem postępowania.

Nie jest dopuszczalne przyjęcie założenia iż podanie przez wykonawcę oświadczeń wiedzy nie wykazujących spełnienia warunku udziału w postępowaniu, może być w każdym przypadku utożsamiane z nieprawdziwą informacją mającą wpływ na jego wynik. Przepis art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. nie może w takiej sytuacji zastosowania, gdyż niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu / art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pz.p./ stanowi odrębną podstawę wykluczenia. Za taką wykładnią art. 24 ust. 2 pkt. 3 p.z.p. przemawia także brzmienie art. 25 p.z.p., który oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawców dzieli na potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu i wymagań określonych przez zamawiającego.

Odwołujący nie wykazał, że prZ.tępujący w sposób celowy i zamierzony złożył nieprawdziwe informacje, a te miały wpływ na wynik postępowania. Działaniu wykonawcy nie można zarzucić woli celowego wprowadzenia w błąd zamawiającego. Wynika to także z tego orzeczenia Izby, gdyż Izba nie stwierdziła na tym etapie postępowania podstawy do wykluczenia wykonawcy FBSerwis z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, lecz uznała, że w tej kwestii występuje wiele wątpliwości, a te przed wyborem najkorZ.tniejszej oferty winny one zostać przez zamawiającego wyjaśnione.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust 1 i 3 ustawy, zgodnie z tym przepisem wsZ.cy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinni być traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania. Obowiązek równego traktowania oznacza, by wsZ.tkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert, a zamawiający nie czynił żadnych odstępstw i różnic w podejściu do oceny ofert poszczególnych wykonawców.

Odwołujący nie wykazał, że zamawiający w sposób nieuzasadniony faworyzował jednych wykonawców, a oferty innych w tym samym zakresie oceniał odmiennie pomimo posiadania wiedzy w tym zakresie. Tym samym zarzut ten z powodu niewykazania podstaw do jego uwzględnienia został przez Izbę oddalony.

Odnosząc się do całości zarzutów rozpatrywanych przez Izbę w tym postępowaniu zwrócić uwagę należy również na fakt iż Izba nie została powołana do badania zaistnienia prawdy obiektywnej, lecz do oceny prawidłowości czynności zamawiającego w zakresie podniesionych przez odwołującego zarzutów, biorąc pod uwagę ich treść i kwestionowany zakres czynności zamawiającego.

Wskazać należy, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontrydiktoryjnym zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów mających potwierdzać zasadność zarzutów odwołania. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Izba nie ma prawa zastępowania stron w wypełnianiu tego obowiązku, gdyż mogło by to naruszać zasadę równości stron w postępowaniu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11). Jej rolą jest zadbać o to, aby powyższe reguły postępowania obowiązujące przy rozpatrywaniu odwołań zostały zachowane.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało- w zakresie bazy magazynowo-transportowej, miejsce w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i ppkt 2 b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący

Członkowie:

.....