

Sygn. akt KIO 2747/10

**WYROK**  
**z dnia 5 stycznia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Andrzej Niwicki**

**Członkowie:** **Izabela Niedziałek-Bujak**

**Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant:** **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22 grudnia 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Krzysztof Rdest prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EMKA Handel-Uслуги (pełnomocnik), 2. Firma Usługowo-Handlowa EKO-TOP Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Gen. Grota Roweckiego 6, 96-300 Żyrardów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej Sp. z o.o., ul. Kościuszki 28, 09-402 Płock,**

przy udziale wykonawcy **„ECO-ABC” Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 7, 87-400 Bełchatów** zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej Sp. z o.o., ul. Kościuszki 28, 09-402 Płock i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Krzysztof Rdest prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EMKA Handel-Uслуги (pełnomocnik), 2. Firma Usługowo-Handlowa EKO-TOP Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Gen. Grota Roweckiego 6, 96-300 Żyrardów** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
  
- 2) dokonać wpłaty kwoty **10 944 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Kościuszki 28, 09-402 Płock** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Krzysztof Rdest prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EMKA Handel-Uслуги (pełnomocnik), 2. Firma Usługowo-Handlowa EKO-TOP Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Gen. Grota Roweckiego 6, 96-300 Żyrardów** stanowiącej uzasadnione koszty strony 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Płocku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## **Sygn. akt KIO/2747/10**

### **Uzasadnienie**

Wykonawca - Konsorcjum Krzysztof Rdest EMKA Handel-Usługi zs w Żyrardowie (lider) i Firma Usługowo-Handlowa EKO-TOP sp. z o.o. zs w Rzeszowie – uczestniczący w postępowaniu na odbiór, transport i unieszkodliwianie odpadów medycznych i niebezpiecznych wniósł odwołanie na dokonane przez zamawiającego, którym jest Płocki Zakład Opieki Zdrowotnej Sp. z o.o. w Płocku czynności: wykluczenia odwołującego z postępowania w pakietach 1-5 i w konsekwencji odrzucenia jego oferty, dokonania wyboru jako najkorzystniejszej w pakietach 3-5 oferty konsorcjum ECO-ABC sp. z o.o. i Zakład Gospodarowania Odpadami EKO-ALF Władysław Cegielski oraz unieważnienia postępowania w pakiecie nr 1.

Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3-4 ustawy Pzp w zw z art. 26 ust. 2b i § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) poprzez bezzasadne zastosowanie względem odwołującego oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy pzp w zw. z art. 9 ust. 3-5 ustawy z dnia 27.04.2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2010 r., Nr 185, poz. 1243) poprzez brak odrzucenia oferty konsorcjum ECO-ABC sp. z o.o. i Zakład Gospodarowania Odpadami EKO-ALF Władysław Cegielski w pakietach 4 i 5.

Wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty, a w konsekwencji unieważnienie decyzji o unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu nr 1, gdyż złożył najkorzystniejszą ofertę, zmianę decyzji o wyborze oferty w zakresie pakietów 3-5 i uznanie w tym zakresie oferty odwołującego za najkorzystniejszą, dokonanie ponownej oceny ofert w pakietach 4 i 5 i w konsekwencji odrzucenie oferty konsorcjum ECO-ABC sp. z o.o. i Zakład Gospodarowania Odpadami EKO-ALF Władysław Cegielski jako sprzecznej z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy.

Uzasadniając zarzuty w zakresie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3-4 ustawy Pzp w zw z art. 26 ust. 2b i § 1 ust. 2 rozporządzenia PRM z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...) odwołujący wskazał, iż został wykluczony z postępowania z powodu nie przedłożenia zobowiązania podwykonawcy tj. Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. Dr. J. Psarskiego w Ostrołęce o oddaniu do dyspozycji swoich zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz oświadczenia z art. 24 ust. 1 ustawy i odpisu z właściwego rejestru dla w/w podwykonawcy. Wykluczenie, zdaniem odwołującego,

było bezpodstawne wobec bezzasadnego uznania przez zamawiającego, że odwołujący legitymuje się potencjałem podwykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i ma zastosowanie art. 26 ust. 2b ustawy oraz § 1 ust. 2 rozporządzenia PRM. Powołując treść powyższych przepisów odwołujący stwierdził, że wymagane przez zamawiającego dokumenty w odniesieniu do podwykonawcy mogą być wymagane jedynie wtedy, gdy wykonawca wykazuje spełnianie warunków udziału potencjałem takiego podwykonawcy. W niniejszym przypadku nie ma takiej sytuacji, a wykonawcy składający ofertę wspólną sami spełniają warunki udziału w postępowaniu i nie wykorzystują w tym zakresie potencjału podwykonawcy, wobec czego żądanie przedłożenia wskazanych dokumentów było bezzasadne. Na potwierdzenie stanowiska powołał wyroki KIO z 18.05.2010 r. sygn. KIO/786/10 i z 6.07.2010 r. sygn. 1245/10, w których stwierdzono, iż „za oczywistą należy uznać sytuację, w której wykonawca samodzielnie wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku, nawet jeżeli wykonawca zamierza skorzystać z potencjału podmiotów trzecich, nie jest zobowiązany do udowadniania, iż zasobami podmiotów trzecich będzie dysponował.”, oraz: „stanowisko znajduje również swoje uzasadnienie w regulacji zawartej w § 1 ust. 2 rozporządzenia /.../ Przepis powyższy określa sytuację w której wykonawca, wskazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polegać będzie na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia, w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2 w/w rozporządzenia. Tym samym *a contrario*, jeżeli wykonawca nie wskazał podmiotu, którego doświadczenie wykorzysta w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, jako podwykonawcy przewidzianego do realizacji przedmiotowego zamówienia, to Zamawiający nie ma prawa żądać dokumentów wymienionych w § 2 w/w rozporządzenia w odniesieniu do tego podmiotu.” Stwierdzając powyższe odwołujący wskazał, że w zakresie pakietu nr 1 jego oferta była jedyną, a w pakietach nr 3 i 4 najtańszą.

Uzasadniając zarzuty w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 8 ustawy pzp w zw. z art. 9 ust. 3-5 ustawy z dnia 27.04.2001 r. o odpadach poprzez brak odrzucenia konkurencyjnej oferty w pakietach 4 i 5 odwołujący wskazał, że wymogiem siwz jest postępowanie z odpadami zgodnie z zasadami wyrażonymi w art. 9 ust. 3-5 ustawy o

odpadach tj. unieszkodliwianie odpadów na obszarze tego samego województwa, w którym zostały wytworzone, względnie poza obszarem tego województwa, ale najbliższej miejsca ich wytworzenia. Stwierdził, że konsorcjum przystępującego oferuje unieszkodliwianie odpadów poza terenem województwa ich wytworzenia tj. mazowieckiego, a zatem jego oferta winna być odrzucona. Wskazał, powołując orzecznictwo, że wskazane przepisy ustawy o odpadach określające zasadę bliskości są bezwzględnie obowiązujące.

Odwołujący, jak wynika z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3-4 ustawy. Uzasadniając decyzję zamawiający stwierdził, że wykonawca w złożonej ofercie oświadczył, że unieszkodliwianie odpadów dokonywane będzie przez podwykonawcę. Zamawiający stwierdził, że wobec nie złożenia wymaganych w wezwaniu dokumentów dotyczących podwykonawcy, wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stwierdził ponadto, że wprowadzenie w błąd zamawiającego w istotnych kwestiach, mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, skutkuje wykluczeniem.

Przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania wskazał, że jego oferta w pakietach 2-5 została wybrana w postępowaniu jako najkorzystniejsza. Odnosząc się do pierwszego zarzutu stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu odwołujący będzie korzystał z usług podwykonawcy posiadającego instalację zlokalizowaną w Ostrołęce, którą wskazano na potwierdzenie spełnienia warunków określonych w art. 9 ust. 2-5 ustawy o odpadach tj. unieszkodliwianie odpadów na terenie województwa, w którym powstały. Stwierdził również, że oferta odwołującego potwierdza, że przy realizacji zamówienia, w części dotyczącej unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych wykonawca będzie korzystał z osób zdolnych do wykonania zamówienia podmiotu trzeciego (podwykonawcy), co wynika z załącznika nr 6 do oferty, gdzie nie wykazano wśród osób które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, ani jednej osoby, która zajmowałaby się unieszkodliwianiem odpadów i posiadała stosowne uprawnienia i doświadczenie. Wskazał, że pan Krzysztof Rdest posiada świadectwo kwalifikacji w zakresie gospodarowania odpadami, a nie uprawnienia do unieszkodliwiania tych odpadów, a w ofercie wymieniono jedynie osoby zajmujące się transportem odpadów, płatnościami, fakturowaniem i sporządzeniem oferty.

Odnosząc się do drugiego zarzutu przystępujący powołał przepis art. 9 ust. 2-5 ustawy o odpadach wskazując, że odpady winny być poddane odzyskowi lub unieszkodliwianiu na obszarze województwa, w którym je wytworzono w instalacjach spełniających wymagania najlepszej dostępnej techniki lub technologii, o której mowa w art. 143 ustawy Prawo ochrony środowiska lub w miejscach najbliższej położonych miejsca ich wytworzenia, co wskazuje na dwa kryteria, które winny wystąpić łącznie.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu bezzasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba uwzględniając postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia stwierdziła, że odwołujący na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wynikających z przepisu art. 22 ust. 1 ustawy i określonych w rozdziale VI pkt. 1-3 siwz złożył wymagane oświadczenia i dokumenty wymienione w rozdziale VII siwz. Należy zauważyć, że odwołujący składając ofertę wspólną złożył stosownie do postanowień rozdziału VII pkt II.1 i 2 oświadczenia i dokumenty o braku podstaw do wykluczenia z postępowania oddzielnie dla każdego z wykonawców. Natomiast fakt, że w przedmiotowym postępowaniu odwołujący będzie korzystał z usług podwykonawcy, w tym jego instalacji do unieszkodliwiania odpadów, którą to okoliczność podał w załączniku nr 6 do oferty, nie oznacza obowiązku dokumentowania braku podstaw do wykluczenia z postępowania tego podwykonawcy. Stwierdzić należy, że odwołujący nie wskazał podwykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji oznacza, że Zamawiający nie ma prawa żądać dokumentów wymienionych w § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), w odniesieniu do tego podmiotu tj. wskazanego jako podwykonawca przy realizacji zamówienia. Tym samym uznając za uzasadniony zarzut bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania Izba nakazała unieważnić czynność wykluczenia odwołującego z postępowania i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego. Ponadto Izba stwierdziła, iż w prowadzonym postępowaniu nie wykazano, by odwołujący składał nieprawdziwe informacje mające wpływ lub

mogące mieć wpływ na wynik postępowania, co oznacza, że nie zachodzi przesłanka wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba stwierdza również, że podnoszone przez zamawiającego na rozprawie nowe zarzuty, niezależnie od faktu, iż nie znajdują podstawy w postanowieniach siwz, w których nie postawiono wymogu dokumentowania uprawnień wszystkich osób przewidzianych do wykonania zamówienia, nie podlegają rozpatrzeniu, jako że domniemany brak w ofercie takich dokumentów, nie był podstawą faktyczną i prawną decyzji o wykluczeniu z postępowania zawartej w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo zamawiającego z dnia 17.12.2010 r.)

Odnosząc się do zarzutów odwołania, w których wskazano na zajście przesłanek odrzucenia oferty przystępującego, Izba stwierdza, że nie podlegają one rozpoznaniu w przed Krajową Izbą Odwoławczą z uwagi na przepis art. 180 ust. 2 ustawy pzp wyłączający prawo do zaskarżania, w drodze odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, czynności wyboru oferty konkurencyjnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli wartość zamówienia, tak jak w niniejszej sprawie, jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do jego wyniku, tj. wobec uwzględnienia odwołania zasądzono koszty od zamawiającego na rzecz odwołującego z uwzględnieniem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

